
Revista do Tribunal Superior do Trabalho



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Revista do Tribunal Superior do Trabalho

Ministro Francisco Fausto Paula de Medeiros
Presidente

Ministro Vantuil Abdala
Vice-Presidente

Ministro Ronaldo José Lopes Leal
Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen

Ministro João Batista Brito Pereira
Comissão de Documentação

Ano 68 – nº 3 – jul a dez – 2002



RS/Porto Alegre – Av. Pernambuco, 2810 – 90240-002 – Fone: (51) 3323.6600 / Fax: (51) 3323.6655
SP/São Paulo – Praça da República, 376/11º and. – 01045-000 – Fone/Fax: (11) 3334.4300
RJ/Rio de Janeiro – Av. Marechal Câmara, 160/3º and. – 20020-080 – Fone/Fax: (21) 2212.9180
PE/Recife – Av. Herculano Bandeira, 855 – 51110-131 – Fone/Fax: (81) 3463.2268 e 3463.2269
MG/Belo Horizonte – R. Piauí, 2019 – 30150-321 – Fone: (31) 3228.2433 / Fax: (31) 3225.5748
DF/Brasília – SBS Q. 02 – Bl. S – Salas 301/314 – Ed. Empire Center – 70070-904 – Fone/Fax: (61) 226.1362
Internet: www.sintese.com – e-mail: sintese@sintese.com

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

semestral

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)

Organização e Supervisão: Ana Celi Maia de Miranda

Equipe: José Geraldo Pereira Baião – Revisor

João Cláudio Fernandes Sena

Soraya Christina Tostes R. Vivacqua

Capa: Andrea Paiva Nunes

Editoração Eletrônica: Editora Síntese Ltda

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: biblioteca@tst.gov.br
Internet: www.tst.gov.br

Editora Síntese Ltda.

Av. Pernambuco, 2810
90240-002 Porto Alegre RS
Fone: (51) 3323.6600
Fax: (51) 3323.6655
E-mail: sintese@sintese.com
Internet: www.sintese.com

**Composição do
Tribunal Superior do Trabalho**

Tribunal Pleno*

Ministro Francisco Fausto Paula de Medeiros, Presidente

Ministro Vantuil Abdala, Vice-Presidente

Ministro Ronaldo José Lopes Leal, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministro Rider Nogueira de Brito

Ministro José Luciano de Castilho Pereira

Ministro Milton de Moura França

Ministro João Oreste Dalazen

Ministro Gelson de Azevedo

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula

Ministro Antônio José de Barros Levenhagen

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho

Ministro João Batista Brito Pereira

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi

Ministro José Simpliciano Fontes de Faria Fernandes

Ministro Renato de Lacerda Paiva

Seção Administrativa

Ministro Francisco Fausto Paula de Medeiros

Ministro Vantuil Abdala

Ministro Ronaldo José Lopes Leal

Ministro Rider Nogueira de Brito

Ministro José Luciano de Castilho Pereira

Ministro Milton de Moura França

Ministro João Oreste Dalazen

Seção Especializada em Dissídios Coletivos

Ministro Francisco Fausto Paula de Medeiros

Ministro Vantuil Abdala

* Composição a partir de 25.10.2002.

Ministro Ronaldo José Lopes Leal
Ministro Rider Nogueira de Brito
Ministro José Luciano de Castilho Pereira
Ministro Milton de Moura França
Ministro João Oreste Dalazen
Ministro Gelson de Azevedo
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula

Subseção I Especializada em Dissídios Individuais

Ministro Francisco Fausto Paula de Medeiros
Ministro Vantuil Abdala
Ministro Ronaldo José Lopes Leal
Ministro Rider Nogueira de Brito
Ministro José Luciano de Castilho Pereira
Ministro Milton de Moura França
Ministro João Oreste Dalazen
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Juiz Convocado Luiz Philippe Vieira de Mello Filho*

Subseção II Especializada em Dissídios Individuais

Ministro Francisco Fausto Paula de Medeiros
Ministro Vantuil Abdala
Ministro Ronaldo José Lopes Leal
Ministro Gelson de Azevedo
Ministro Antônio José de Barros Levenhagen
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho
Ministro José Simpliciano Fontes de Faria Fernandes
Ministro Renato de Lacerda Paiva

* Convocado, em virtude da aposentadoria do Exmº Sr. Ministro Almir Pazzianotto Pinto, ocorrida em 15.03.2002.

Juiz Convocado Aloysio Silva Corrêa da Veiga**

Primeira Turma

Ministro João Oreste Dalazen

Juiz Convocado Aloysio Silva Corrêa da Veiga

Juiz Convocado Luiz Philippe Vieira de Mello Filho

Segunda Turma

Ministro José Luciano de Castilho Pereira

Ministro José Simpliciano Fontes de Faria Fernandes

Ministro Renato de Lacerda Paiva

Terceira Turma

Ministro Vantuil Abdala

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi

Quarta Turma

Ministro Milton de Moura França

Ministro Antônio José de Barros Levenhagen

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho

Quinta Turma

Ministro Rider Nogueira de Brito

Ministro Gelson de Azevedo

Ministro João Batista Brito Pereira

** Convocado, em virtude da aposentadoria do Exmº Sr. Ministro Wagner Pimenta

Sumário

DOCTRINA

1. A terceirização de serviços e as cooperativas de trabalho
(*Arnaldo Süssekind*) 15
2. Liberdade intelectual do magistrado – Disciplina judiciária – Direito dos
jurisdicionados à tranqüilidade e segurança jurídica para a prática dos atos
e negócios em sociedade
(*Milton de Moura França*) 19
3. Breve analisis de los principales principios formativos aplicables al
procedimiento laboral chileno
(*Mário Mosquera Ruiz*) 25
4. Ordem pública e tutela do emprego: as dispensas individuais no
ordenamento brasileiro. Dispensa coletiva e por motivos censuráveis no
ordenamento jurídico europeu
(*Alice Monteiro de Barros*) 56
5. Reforma de sentença terminativa e julgamento imediato do mérito no
processo do trabalho
(*Estêvão Mallet*) 77
6. A fúria
(*Jorge Luiz Souto Maior*) 96
7. Da legitimidade do empregado e do empregador na solução de seus
conflitos
(*Antônio Álvares da Silva*) 138
8. Legitimidade como conflito concreto do direito positivo
(*Friedrich Müller*) 169
9. Assédio moral e seus efeitos jurídicos
(*Cláudio Armando Couce de Menezes*) 189
10. Abuso do direito sindical
(*Mauro Cesar Martins de Souza*) 196
11. O novo artigo 467 da CLT
(*Luiz Eduardo Gunther*) 221
12. Discriminação, lista negra e direito de ação
(*Raimundo Simão de Melo*) 229

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| 13. Listispendência entre ação coletiva e ação individual (<i>Osmair Couto</i>) | 233 |
|--|-----|

NOTAS E COMENTÁRIOS

| | |
|--|-----|
| 1. Ministro Carlos Alberto toma posse na Academia Nacional de Direito do Trabalho | 245 |
| 2. Falecimento do Ministro José Luiz Vasconcellos | 250 |

JURISPRUDÊNCIA

| | |
|---------------------------|-----|
| Acórdãos do TST | 253 |
|---------------------------|-----|

EMENTÁRIO

| | |
|---|-----|
| Tribunal Pleno | 377 |
| Subseção Especializada em Dissídios Coletivos | 377 |
| Subsessão Especializada em Dissídios Individuais I | 378 |
| Subsessão Especializada em Dissídios Individuais II | 381 |
| Primeira Turma | 387 |
| Segunda Turma | 393 |
| Terceira Turma | 400 |
| Quarta Turma | 407 |
| Quinta Turma | 418 |

ÍNDICES

| | |
|---|-----|
| Índice da Jurisprudência do TST | 429 |
| Índice do Ementário do TST | 429 |

Doutrina

A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS E AS COOPERATIVAS DE TRABALHO

Arnaldo Süssekind*

SUMÁRIO: I – A subcontratação de serviços, o Enunciado TST/331 e a jurisprudência; II – Considerações doutrinárias sobre a terceirização; III – Cooperativas de trabalho: legislação e natureza jurídica; IV – O novo parágrafo do art. 442 da CLT; V – A recomendação da OIT sobre cooperativas.

I – A SUBCONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS, O ENUNCIADO TST/331 E A JURISPRUDÊNCIA

A exigência de reduzir custos da produção de bens e serviços, em decorrência da globalização da economia e da imposição das leis do mercado (não observadas plenamente por alguns países desenvolvidos), levou muitas empresas a subcontratar terceiras pessoas, naturais ou jurídicas, para a execução de segmentos dos respectivos empreendimentos.

No Brasil, essa subcontratação (terceirização) é o objeto do Enunciado nº 331, de 1993, do Tribunal Superior do Trabalho, sendo certo que a legislação é omissa a respeito, salvo para: a) serviços de vigilância; b) algumas atividades da Administração Pública; c) prestação de serviços transitórios por trabalhador vinculado a empresa de trabalho provisório. Nesta última hipótese, a Lei nº 6.019, de 1974, prevê a delegação do poder de comando da contratada à contratante.

O item fundamental desse Enunciado preceitua:

“Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102/83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.”

A contrário senso, excluídas essas hipóteses, a relação de emprego se configura, tal como explicita o mesmo Enunciado e confirma a jurisprudência.

O conceito de atividade-meio, que se contrapõe ao da atividade-fim, tem gerado controvérsia, sobretudo na doutrina, a qual, tendo em vista o direito comparado, pondera que algumas atividades-fim poderiam ser terceirizadas, enquanto que certas atividades-meio (p. ex.: serviço de pessoal ou de recursos humanos) não deveriam ser objeto de terceirização.

* *Ministro aposentado do TST e titular da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.*

O douto ministro do TST, VANTUIL ABDALA, principal redator do Enunciado, ao focalizar a questão no II Ciclo de Estudos de Direito do Trabalho da Escola Nacional da Magistratura (Foz do Iguaçu, Novembro de 1995), assinalou:

“A realidade sócio-econômica estava a demonstrar que era inexorável a adoção pelas empresas do sistema de delegar a terceiros ou a terceiras a execução de serviços complementares à sua finalidade.”

E, reconhecendo que nem sempre é fácil distinguir a atividade-meio da atividade-fim, tendo em vista o objetivo final da empresa contratante, pondera que o Juiz deverá levar *“em conta as razões mais elevadas do instituto: a especialização, a concentração de esforços, naquilo que é a vocação principal da empresa; a busca de maior eficiência na sua finalidade original; e não apenas a diminuição de custos”* (Rev. LTr., nº 60, SP., 1996, págs. 587/8).

Nesse sentido também nos manifestamos num dos renomados congressos promovidos pela Revista LTr., em São Paulo: a *“terceirização deveria restringir-se à contratação de empresas especializadas em segmentos da produção não correspondentes ao objetivo final da contratante ou para a execução de atividades-meio não fundamentais ao funcionamento da empresa”*.

A jurisprudência tem admitido a terceirização dos serviços de restaurante ou de preparação de alimentação; de vigilância ou segurança; de conservação e limpeza do estabelecimento; de conservação e assistência a máquinas, elevadores e outros equipamentos; de assistência médica, jurídica ou contábil; de transporte; de seleção e treinamento de pessoal. Mas só excepcionalmente, quando indispensável, os serviços terceirizados devem ser prestados no estabelecimento ou local de trabalho da empresa contratante.

II – CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO

Não basta, como se infere da precitada norma, que o objeto do contrato de prestação de serviços possa ser terceirizado. Imprescindível será que o trabalho seja executado sob o poder de comando dos dirigentes ou prepostos da firma terceirizada e não sob a direção do tomador dos serviços (Somente no trabalho temporário como já assinalamos, a Lei nº 6.019/74 autoriza a delegação do poder de comando). Esse poder, atribuído ao empregador, por assumir o risco do empreendimento (art. 2º da CLT), se desdobra nos poderes diretivo, hierárquico e disciplinar.

Se o trabalhador registrado como empregado da firma contratada prestar serviços à contratante sob o poder de comando desta, configurada estará a relação de emprego com esta última, fundada no princípio da primazia da realidade, que é amplamente admitido no direito do trabalho (cf. os arts. 9º e 442 da CLT).

Como escrevemos alhures, *“o que importa é que os trabalhadores não fiquem juridicamente subordinados à empresa contratante, numa operação triangular só admitida nos casos de trabalho temporário, prestando os respectivos serviços sob a direção e a disciplina da mesma. O empregador desses trabalhadores, responsável primário pelo cumprimento das obrigações social-trabalhistas, é a empresa contratada. À empresa*

contratante, responsável pela escolha da contratada, é atribuída a responsabilidade subsidiária” (“Direito Constitucional do Trabalho”, Rio, Renovar, 2ª ed., 2001, págs. 100/1).

Essa responsabilidade, subsidiária e não solidária, é afirmada pelo referido Enunciado (item IV). Só entre empresas do mesmo grupo econômico é que a responsabilidade é solidária (art. 2º, § 2º da CLT).

III – COOPERATIVAS DE TRABALHO: LEGISLAÇÃO E NATUREZA JURÍDICA

A Constituição faculta a criação de cooperativas na forma da lei (art. 5º, XVIII), a qual deve apoiar e estimular essa e outras formas de associativismo (§ 2º do art. 174). Por seu turno, o cooperativismo foi catalogado entre os objetivos da política agrícola (art. 187, VI).

Lei nº 5.764, de 1971, que dispõe sobre a Política Nacional de Cooperativismo, esclarece;

“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 objetivo de lucro.”

E sublinhou que as cooperativas são sociedades de pessoas “constituídas para prestar serviços aos associados”, cuja admissão deve ficar limitada” às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviços” (art. 4º, *caput* e inciso XI).

Por conseguinte, 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” (“Dicionário jurídico” da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, redigido por seu presidente, D.M. Othon Sidou, Rio, Forense Universitária, 4ª ed., 1996, pág. 35). Isto é, os trabalhadores que se associam para a formação de uma cooperativa de trabalho, nela e para ela executam as respectivas tarefas. A cooperativa é que negocia com terceiros a venda do que produz e divide o resultado financeiro com os seus associados, em obediência ao seu estatuto.

As cooperativas de trabalho podem ser contratadas para a produção de bens ou de serviços com observância das disposições do Enunciado nº 331, do TST. Mas a produção objeto da subcontratação, ainda que pertinente o seu objeto, há de ser executada na cooperativa contratada, em regime de cooperação entre os seus associados (*affectio societatis*), e não em estabelecimento da contratante, como se fossem seus empregados. Aplicam-se, portanto, à hipótese as considerações aduzidas sobre a terceirização em geral (Seções I e II deste trabalho).

Dai porque o trabalhador cooperativado não pode ter relação de emprego nem com a cooperativa, nem com as empresas que com ela negociam para a contratação de bens ou serviços.

Consoante a advertência de Eduardo Gabriel Saad, “é de primordial importância que se ressalte a circunstância de que uma cooperativa de trabalho não é uma

agência de emprego, nem pode reunir profissionais que trabalham com vínculo empregatício” (“Suplemento Trabalhista” LTr. nº 127/99, SP, pág. 670).

IV – O NOVO PARÁGRAFO DO ART. 442 DA CLT

A Lei nº 8.949, de 1994, aditou um parágrafo ao art. 442 da CLT, com a seguinte redação:

“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.”

Esse acréscimo, porque óbvio e desnecessário, gerou a falsa impressão e o 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 na cooperativa e para a cooperativa de que são partes, como seus associados. Conforme sublinhei alhures, “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” (“Direito Constitucional do Trabalho”, Rev. Renovar, 2ª ed., 2001, pág. 105).

V – A RECOMENDAÇÃO DA OIT SOBRE COOPERATIVAS

O trabalho de cooperativados, e não a aquisição de bens e serviços das cooperativas, vem sendo utilizado largamente em fraude à lei, para encobrir incontestáveis relações de emprego, não obstante a judiciosa reação da Justiça do Trabalho. Quem presta serviços não eventuais a uma empresa, juridicamente subordinado ao seu poder de comando, dela é empregado (arts. 2º e 3º da CLT), qualquer que seja o rótulo dado ao contrato formalmente estipulado.

Precisamente porque essa simulação não ocorre apenas no Brasil, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) adotou, na conferência geral de junho do corrente ano, a Recomendação nº 185, na qual, entre inúmeras disposições, acentua:

“8.1– As políticas nacionais deveriam, especialmente,

.....

b) velar para que não se possa criar ou utilizar cooperativas para evitar a legislação do trabalho, nem que ela sirva para estabelecer relações de trabalho encobertas, e lutar contra as pseudocooperativas, que violam os direitos dos trabalhadores, visando a que a legislação do trabalho se aplique em todas as empresas.”

Aplaudo, neste ensejo, o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Ives Gandra da Silva Martins Filho por sua primorosa atuação na Comissão sobre a promoção das cooperativas, da mencionada Conferência, sobretudo porque a expressão “e combater as pseudocooperativas, que violam os direitos dos trabalhadores”, resultou da Emenda D. 60, que ele apresentou e defendeu com ardor no seio da Comissão.

LIBERDADE INTELECTUAL DO MAGISTRADO – DISCIPLINA JUDICIÁRIA – DIREITO DOS JURISDICIONADOS À TRANQUILIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA PARA A PRÁTICA DOS ATOS E NEGÓCIOS EM SOCIEDADE*

Milton de Moura França**

Não consigo separar a pessoa humana, que objetiva alcançar seu desenvolvimento espiritual, seja qual for a religião ou filosofia de vida que adote, do magistrado consciente e responsável, que deve, com sua serenidade, competência e, sobretudo, com seu procedimento ético-jurídico, assumir a responsabilidade e o dever de realizar a efetiva distribuição da Justiça.

Esse objetivo maior deve ser a sua permanente busca, como resultado da conjugação de sua liberdade e responsabilidade, atento aos regramentos constitucionais e legais disciplinadores do processo e do procedimento.

Sua vontade e determinação, portanto, de realizar, no plano concreto da relação jurídica processual, a composição da lide, com fiel observância desses valores, resultará na almejada justiça, que os jurisdicionados têm direito de exigir.

E, igualmente, ao assim proceder, valorizará e resguardará a transcendental importância do próprio Poder Judiciário, reduto último de expressão de um Estado Democrático de Direito, que tem o dever de responder, de forma eficaz e célere, às ameaças e violações dos direitos das pessoas.

Não é trabalho fácil e muito menos de resultados rápidos. Não. É toda uma existência de aprendizado, ajustes e correções no seu modo de pensar e agir.

A grande preocupação da sociedade, no que se refere ao Poder Judiciário, está concentrada na expectativa de que seja, tanto quanto possível, célere na entrega de sua prestação jurisdicional e que sua decisão se revele plena de eficácia, tornando-se concreto seu comando, de forma que a parte não apenas ganhe a causa, mas receba rápido e efetivamente o que foi declarado, pelo Estado-juiz, como seu direito.

É legítima, e, mais do que isso, imprescindível a exigência dos cidadãos que batem à porta do Judiciário, pois o ideal de realização de todo homem, num Estado Democrático de Direito, é a Justiça, porque, sem ela, bem ensina Kant, “já não valeria a pena que os homens vivessem em sociedade”.

* Palestra proferida no seminário “Os Reflexos do Novo Código Civil na Área Trabalhista”, promovido pela Univer-Cidade, nos dias 15 e 16 de agosto de 2002.

** *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.*

Compete ao magistrado, consciente de sua responsabilidade pela direção do processo, desenvolver todo o seu trabalho na busca desse objetivo, superando ou minimizando as dificuldades de um sistema processual, em parte anacrônico, que compromete a celeridade e a efetividade do processo como instrumento de composição de conflitos de interesses.

Em exposição bem sintética, permito-me tecer algumas considerações sobre o procedimento lógico-jurídico do magistrado, como forma de alcançar a celeridade na entrega da prestação jurisdicional, considerações que são dirigidas não aos doutos, mas àqueles que, ainda no início de suas atividades profissionais, procuram o seu aprimoramento intelectual, instrumento que os tornem mais aptos a vencer na difícil, mas gratificante função de julgar.

O magistrado, ao sentenciar, deve se orientar segundo regras de procedimento que indicam as diversas etapas ou momentos do desenvolvimento da relação processual.

Assim, proposta determinada ação, cumpra-lhe, prioritariamente, examinar a questão da competência, seja em razão da matéria, das pessoas ou do lugar, manifestando-se até mesmo *ex officio* em casos de incompetência absoluta para declinar o juízo competente.

Afastada a incompetência, o passo seguinte consiste em examinar os pressupostos relativos à capacidade de ser parte, de estar em juízo e de postular.

Como é de elementar conhecimento, a capacidade de ser parte é assegurada a todas as pessoas, físicas ou jurídicas, porque titulares de direitos e obrigações decorrentes de sua personalidade civil.

Embora não desfrutem de personalidade jurídica, a massa falida, o condomínio, as sociedades de fato, o espólio, etc., igualmente, são partes, quer ativa, quer passivamente, no processo.

Já a capacidade de estar em juízo se refere à aptidão de praticar os atos da vida civil.

Os menores, absoluta ou relativamente incapazes, serão representados ou assistidos, segundo sua faixa etária, enquanto que as pessoas jurídicas serão sempre representadas por aqueles que os estatutos sociais definirem.

A massa falida, pelo síndico; as sociedades de fato, pela pessoa a quem couber a administração dos seus bens e o espólio pelo seu inventariante.

Casos há, ainda, de representação por curadores, para os ausentes, loucos, etc., além da hipótese de substituição processual.

Ultrapassada, portanto, a questão da competência, e superado o exame dos pressupostos relativos à capacidade de ser parte, de estar em juízo e de postular, a questão seguinte diz respeito às condições da ação: interesse de agir, legitimação ativa e passiva e possibilidade jurídica do pedido.

O interesse de agir consiste em provocar a atividade do Estado-juiz para que se manifeste a respeito da ameaça ou lesão sobre o bem jurídico pretendido pelo autor,

enquanto que a possibilidade jurídica existe sempre que a pretensão não for considerada proibida pelo ordenamento jurídico.

A legitimação está diretamente relacionada com as partes. Compreende o “reconhecimento do autor e do réu, por parte da ordem jurídica, como sendo as pessoas facultadas, respectivamente, a pedir e contestar a providência que é objeto da demanda”.

Antes do exame de mérito, portanto, no exame das questões precedentes, se constatada qualquer irregularidade e não sanada, julga-se extinto o processo sem apreciação de mérito. É a sentença terminativa.

Por conseguinte, somente quando ultrapassadas todas essas questões, pode o juiz adentrar o mérito do pedido, para julgá-lo procedente, total ou parcialmente, ou improcedente, o que faz através de sentença definitiva.

A sentença definitiva é o ponto culminante da relação processual, onde o Estado-juíz vai declarar o direito, no elevado propósito de pôr fim ao conflito de interesses e assegurar a estabilidade e a segurança jurídica, requisitos imprescindíveis aos cidadãos que vivem em um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Mais do que um simples procedimento lógico, onde procura desenvolver seu raciocínio na busca do convencimento, atento às premissas de fato e de direito para solucionar a lide, o julgador encontra, na sentença, o momento axiológico máximo do processo.

Na interpretação e aplicação das normas, projeta toda sua formação jurídica, cultural, social, econômica, religiosa, etc., enfim, todos os fundamentos da decisão que irão retratar seu perfil de julgador e cidadão. São os chamados elementos extralógicos que compõem o julgado.

E nessa fase derradeira e de extraordinária importância do processo é que deve se fazer presente, em toda sua magnitude, a preocupação do magistrado em realizar a Justiça, que, no ensinamento, de Del Vecchio é “um dos mais altos valores espirituais, senão o mais alto, junto ao da caridade. Sem tal ideal já não tem a vida nenhum valor”.

Justiça que está mais próxima de ser realizada, quanto maior for a consciência do magistrado em reconhecer que, como todo ser humano, não raro comete erro e que, tão logo constate sua existência, deve corrigi-lo em defesa e em nome de sua integridade ética e profissional, fundamento e pressuposto legitimador do relevante cargo que exerce.

Daí a extraordinária importância que assumem os embargos declaratórios, que, utilizados com eficiência e, sobretudo, por profissionais comprometidos com a ética-jurídica ao recorrer, permitem ao magistrado a possibilidade de correção de seu julgado, quando contaminados pelos vícios da omissão, da contradição ou do manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso.

Os arts. 93, IX, da Constituição Federal, 832 da CLT e 458 do CPC impõem ao Poder Judiciário o dever de fundamentar suas decisões, competindo ao magistrado identificar os elementos fático-jurídicos que geraram sua convicção concretizada no

decisum, por meio de análise circunstanciada e explícita das alegações formuladas pelos litigantes.

Os vícios comprometedores da inteligência do julgado não podem ser relegados pelo julgador através da utilização de respostas evasivas, como por exemplo: “o que pretende o embargante é discutir o mérito que lhe foi desfavorável, pretensão que não encontra respaldo no art. 535 do CPC”; ou “os declaratórios não constituem remédio processual para reexame do decidido”; ou, ainda, “a matéria já foi exaustivamente analisada”; ou ainda mais, “se o embargante não concorda com os termos do decidido, por certo que deve se utilizar de recurso adequado, porque os declaratórios não têm a finalidade de impor ao julgador o reexame do decidido” e tantos outros “fundamentos”...

Mesmo quando os embargos declaratórios não se revelam pertinentes, porque em desacordo com o que estabelecem os arts. 535 e 897-A, do CPC e CLT, respectivamente, deve o juiz enfrentar e responder os questionamentos feitos pelo embargante, para, demonstrando a sua impertinência ou propósito de protelar o andamento do processo, aplicar a multa devida e advertir a parte de sua falta de comportamento ético-jurídico em utilizar o recurso. Procedimento pedagógico e dissuasório para que atue no processo com lealdade e boa-fé.

O que não se revela razoável, e diria mesmo correto, é que o magistrado adote procedimento comprometedor da celeridade do processo, quando se omite em enfrentar expressamente os embargos declaratórios, favorecendo, involuntariamente, o litigante de má-fé, na medida em que lhe proporciona a oportunidade de ingressar com recurso para imputar de nula sua decisão, por negativa de prestação jurisdicional, consistente exatamente no fato de que não obteve resposta aos seus questionamentos.

E essa omissão do julgador assume contornos muito mais graves, em se tratando de decisão que comporta recurso de natureza extraordinária.

Como não se desconhece, os recursos de revista e embargos, para ficar só na área do Processo do Trabalho, porque os mesmos pressupostos são exigidos para os recursos Especial e Extraordinário, que têm por destinatários o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, respectivamente, não comportam reexame de provas, ou seja, do quadro fático da instância ordinária.

Por isso mesmo, os declaratórios, ainda quando desprovidos de fundamentos e, mais do que isso, reveladores do intuito protelatório, exigem seu exame, como já exposto, sob pena de o litigante de má-fé obter, via indireta, seu objetivo, ao formular preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional.

Efetivamente, na medida em que ao Juízo *ad quem* não é permitido confrontar a decisão originária com aquela que “julgou” os declaratórios, uma vez que esta última é omissa quanto às alegações que a parte trouxe em seus embargos declaratórios, sob pena de reexame do quadro fático (Enunciados nºs 126 e 297 do TST), só lhe resta acolyer a preliminar, com conseqüente retorno dos autos ao Juízo *a quo* para que complemente a prestação jurisdicional.

DOUTRINA

Procedimento que não só beneficia o embargante que litiga com o objetivo de procrastinar a solução definitiva da lide, como também congestionava ainda mais o já asfobado Poder Judiciário que não consegue dar vazão aos milhares de processos.

Estas as razões pelas quais entendo que, alertado pelo equívoco que comete, se revela inaceitável que o magistrado, apegado a uma suscetibilidade não raro comprometida por excessiva vaidade, perca a oportunidade de fazer a Justiça, relegando a plano secundário o sagrado dever do cargo que ocupa, criando dificuldades às partes e contribuindo para o congestionamento do Judiciário e o comprometimento da celeridade e eficácia da prestação jurisdicional.

É preciso estar sempre atento e comprometido com a realização da verdadeira da Justiça.

Igualmente, não pode, nem deve, com todas as vênias, ser indiferente aos precedentes das Cortes Superiores, quando julga, olvidando a disciplina judiciária.

O juiz, a quem deve ser sempre assegurado o sagrado e inalienável direito de defender sua tese ou entendimento sobre determinada matéria, tem o dever de direcionar todos os seus esforços no sentido de assegurar a tranqüilidade e segurança aos jurisdicionados para que possam praticar os atos e negócios jurídicos.

Para tanto, revela-se imprescindível que, uma vez conhecida a orientação pacífica e reiterada da Corte Superior sobre determinada matéria, adote posição, certamente com ressalva de seu entendimento, que facilite a vida dos jurisdicionados, decidindo no mesmo sentido, salvo se possuir argumentos ou fundamentos relevantes e novos que possam alterar referida realidade jurídica.

Entretanto, uma vez conhecida a orientação definitiva de nosso órgão judiciário superior, não me parece razoável persistir na posição divergente, criando, em relação a uma das partes, a expectativa de um direito que já se sabe de antemão inexistir, e à outra, a vencida, o gravame processual, não raro de dimensão pecuniária comprometedor de sua existência ou de desenvolvimento, tal a dimensão pecuniária da condenação, para levar seu inconformismo a reexame pelo juízo *ad quem*.

Ao magistrado não é dado o direito de impor suas convicções em prejuízo dos interesses alheios, mas, sim, zelar pela segurança das relações jurídicas, dedicando todo o seu trabalho para que sejam eliminadas ou reduzidas a intranqüilidade e a instabilidade resultantes da versatilidade de decisões sobre casos idênticos. Por isso mesmo, é imprescindível, reitere-se, que adote atitude de grandeza intelectual, *acatando, com ressalva de entendimento pessoal contrário, os precedentes dos tribunais superiores*, derradeiro intérprete da matéria, *sempre que iterativos*.

Assim procedendo, certamente estará impedindo ou dificultando a conversão de seu intelecto em mero intelectualismo, carente de sentido e objetivo maiores, para ajustá-lo ao pragmatismo jurídico fundado na hierarquia e na disciplina judiciária, providência que, sem dúvida, contribuirá para que os cidadãos confiem e prestigiem o Judiciário, reduto último de defesa de seus direitos, ameaçados ou violados. E, mais do que isso, igualmente, desestimulará a eclosão de novos conflitos e de novas ações, sem se falar também no caráter inibidor que exercerá junto aos litigantes que pretendam

DOUTRINA

eternizar as demandas com uso de recursos protelatórios, pela definição precisa e iterativa do direito proclamado.

Os jurisdicionados têm o direito à tranqüilidade e à segurança jurídica para a prática de seus atos e negócios em sociedade.

E, para concluir, permitam-me convidar a todos que, direta ou indiretamente, participam da relação processual, advogados, procuradores, promotores, assessores, consultores, servidores do judiciário, juristas e tantos outros, para que, juntos, façamos uma reflexão sobre nosso comportamento profissional, e queira Deus que, ao final, a despeito de todas as imperfeições, fruto de nosso processo evolutivo, possamos concluir, como preconiza Del Vecchio, que nossas vidas tiveram valor.

BREVE ANALISIS DE LOS PRINCIPALES PRINCIPIOS FORMATIVOS APLICABLES AL PROCEDIMIENTO LABORAL CHILENO*

Márió Mosquera Ruiz**

SUMARIO: Introducción; 1 Concepto; 2 Enumeración; 3 Análisis.

INTRODUCCIÓN

El Código del Trabajo, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.F.L N° 1 de 24 de enero de 1994, trata en su Libro V de la Jurisdicción Laboral, regulando en su título I a los Juzgados de Letras del trabajo y al Procedimiento que se debe seguir ante ellos. Entre éstos se encuentra el “*procedimiento de aplicación general*” y el de los juicios laborales de menor cuantía. En el siguiente trabajo haremos especial mención al primero de ellos, sin perjuicio de referirnos en algunos casos a este último.

1 Concepto

Los principios formativos del procedimiento son aquellas directrices o bases que gobiernan todo el sistema procesal y los procedimientos.

Todo sistema jurisdiccional debe respetar ciertas bases y principios rectores o formativos y que permite comprender sus instituciones.

Dentro de los objetivos que persigue su estudio, nos encontramos con que a través de ellos se pueden establecer las características de las distintas instituciones, conceptos y reglamentaciones del derecho sustantivo respecto del derecho comparado. Representa por otra parte una ayuda inestimable para el legislador al ejercer su función de creación de la ley, para la reforma de la legislación existente, o para el análisis crítico de lo ya reformado. Constituye por otra parte, una herramienta o elemento esencial para la interpretación de la ley, no solo la doctrinaria, sino también para aquella que debe realizar el juez.

A continuación revisaremos brevemente cada uno de los más importantes principios formativos que ha establecido la doctrina y veremos en que forma la actual legislación procesal laboral chilena ha recogido o se ha informado por ellos.

* Para la elaboración de esta obra se contó con la valiosa colaboración del abogado Sr. Ignacio Verdugo Ramírez de Arellano. Judge Peter J. Messitte 8° Ciclo Internacional de Conferencias.

** *Professor Titular da Faculdade de Direito – Universidade do Chile.*

Sabido es que el tratadista que con mayor profundidad ha estudiado este campo es el escocés *Robert Wyness Millar*, a quien seguiremos.

Habitualmente, los principios formativos se enuncian y estudian agrupados en forma contrapuesta. Sin embargo, es fácil detectar que en muy pocas ocasiones se dan en forma pura en los distintos ordenamientos jurídicos vigentes. Generalmente, en la legislación se encuentra un principio con predominancia por sobre otro, el cual no se encuentra ausente sino mitigando la regla general con recurridas excepciones, es decir, “prácticamente no existe la recepción absoluta de un principio y la exclusión total de aquel que se le contrapone”.

2) Enumeración

Los principios formativos del procedimiento comúnmente aceptados son los siguientes:

- a. Bilateralidad y Unilateralidad de la Audiencia.
- b. Principios Dispositivo e Inquisitivo.
- c. Orden Consecutivo Legal, Orden Consecutivo Discrecional y Orden Consecutivo Convencional.
- d. Preclusión.
- e. Publicidad y Secreto.
- f. Oralidad, Escrituración y Protocolización.
- g. Mediación e Inmediación.
- h. La Probidad o buena fe.
- i. Protección.
- j. Economía Procesal.
- k. Adquisición Procesal.
- l. Prueba Formal, Prueba Racional y Sana Crítica.

3) Análisis

a) Principios de la Bilateralidad y la Unilateralidad de la Audiencia

El principio de la bilateralidad de la audiencia, considerado por Wyness Millar como el más destacado de los principios, consiste fundamentalmente en que “nadie puede ser condenado sin ser oído”.

No significa este principio que se pueda obligar a las partes a comparecer, ni mucho menos que sea necesario que ellas sean realmente oídas. La aplicación de este principio consiste en la posibilidad de igual acceso al ejercicio de sus facultades en el proceso.

Fundamento de este principio es la igualdad de los individuos ante la ley, que tiene su consagración constitucional en el N° 2 del artículo 19 de la Constitución Política del Estado de Chile, en virtud del cual la Constitución asegura a todas las

personas “la igualdad ante la ley”. Se puede decir que el término de “igualdad” es más exacto que hablar de bilateralidad de la audiencia o principio de la audiencia. Este sería una especie, en el terreno procesal, de aquel que sería el género. En efecto, la igualdad se materializa en asegurar a todos los litigantes la comparecencia ante los mismos tribunales, con iguales formalidades y requisitos, derechos y obligaciones. La bilateralidad, en tanto, como consecuencia de dicha igualdad da la idea de un régimen en virtud del cual todos los actos del procedimiento deben ejecutarse con intervención de la parte contraria. Salvo excepciones, la ley procesal establece que toda pretensión o petición deducida por una de las partes en el proceso, deberá ser comunicada a la parte contraria, mediante la notificación, esencial acto de concreción de este principio.

En la legislación procesal civil chilena el principio en estudio es, sin duda, el predominante. Innumerables disposiciones establecen la existencia de las partes, y la oportunidad que éstas tienen de ser oídas, promoviendo el debate, mediante peticiones o formulación de pretensiones, alegatos, defensas, la aportación durante el juicio de las pruebas, diligencias, presentación de documentos y finalmente la interposición de recursos.

Encontramos en la legislación casos de excepción que para algunos no es más que la confirmación de la regla general, en cuanto a que constituyen ciertas concesiones que en nada afectan a la universalidad del principio. Para otros son aplicación del principio de la unilateralidad de la audiencia. Es el caso de las medidas prejudiciales que pueden ser decretadas sin audiencia de la persona contra quien se piden, si la ley no exige expresamente su intervención (art. 289 del Código de Procedimiento Civil.), como asimismo, la concesión de medidas precautorias durante el curso del juicio sin conocimiento de la contraparte y, la suspensión de una obra nueva denunciada mediante la interposición de la demanda, sin previa notificación al denunciado.

El principio de la unilateralidad de la audiencia es aquel que inspira aquellos procedimientos en que se priva a una o a ambas partes de la posibilidad de ejercer sus derechos o facultades. Las actuaciones realizadas por el tribunal son igualmente válidas aun cuando una de las partes o ambas no han tenido conocimiento de ellas ni posibilidad de acceso en su realización. Los procedimientos que recogen este principio se desarrollan sin la intervención de una de las partes, por lo general, sin el sujeto pasivo de dicha relación, siendo suficiente que la contraparte, habitualmente el sujeto activo, active sus facultades. Incluso pueden encontrarse procesos en que ambas partes estén ausentes.

El sumario criminal es el mayor ejemplo de aplicación de este principio de unilateralidad de la audiencia. La aplicación del principio de la unilateralidad de la audiencia generalmente va unida a los principios inquisitivo, de investigación judicial e impulso del tribunal.

Por su parte, la bilateralidad de la audiencia va unida a los principios dispositivo, presentación por las partes e impulso de éstas.

APLICACIÓN

El proceso laboral recoge, indudablemente, el principio de la bilateralidad de la audiencia. El conocimiento de ambas partes sobre la existencia del juicio, sus pretensiones y defensas y, en general, las diligencias y actuaciones practicadas en él (sin perjuicio de la situación de la rebeldía), a través de la institución de las notificaciones, medio destinado por su naturaleza a poner en conocimiento de las partes las resoluciones judiciales y, en general, todo lo que ocurre dentro del proceso, son todas demostraciones de la inspiración general de este principio, cuidadosamente respetado por el legislador laboral en Chile.

Como ejemplos puntuales de la aceptación de este principio que materializa la igualdad de los individuos ante la ley nos encontramos: la disposición que ordena hacer la primera notificación al demandado en forma personal, entregándosele copia íntegra de la resolución y de la solicitud en que haya recaído; la norma que establece, como una especial protección en este sentido, la obligatoriedad de la notificación personal "en persona" al trabajador cuando se le notifique en el lugar donde ordinariamente preste sus servicios, si dicho lugar corresponde a la empresa, establecimiento o faena que dependa del empleador con el cual litigue; el artículo que se refiere a la citación de las partes para la audiencia de conciliación, y especialmente en la fase de prueba. En ésta podemos mencionar: el que la resolución que recibe la causa a prueba sea recurrible de reposición; la necesidad de acompañar lista de testigos con antelación a su declaración, cuya resolución debe notificarse a la contraria y evidentemente la institución de las tachas que previene de inhabilidades o imparcialidades en su testimonio, como asimismo las repreguntas o contrainterrogaciones que podrán hacer las partes a los testigos. Aparte de lo anterior puede considerarse como una manifestación del mismo principio la posibilidad de hacer impugnaciones a la prueba documental; los escritos de observaciones a la prueba y que, en general, toda diligencia probatoria debe practicarse previo decreto del tribunal, notificado legalmente a las partes, normas aplicables estas últimas en virtud de la aplicación supletoria de las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, por expresa remisión de la parte procesal del Código del Trabajo.

Adicionalmente, como una desmembración del principio de igualdad ante la ley existe el derecho constitucional a la defensa jurídica y como modo de proteger dicho derecho y dar aplicación así a la bilateralidad de la audiencia, el legislador estableció, en juicios de cierta cuantía, la obligación a las partes a comparecer con asesoría letrada, otorgando dos maneras de cumplir con esta obligación a aquellos trabajadores que tengan derecho al privilegio de pobreza: a través de los Consultorios Jurídicos de la Corporación de Asistencia Judicial, y a través de los abogados de turno que asistirán gratuitamente a dichos trabajadores.

b) Principios Dispositivo e Inquisitivo

En términos generales, el *principio dispositivo* consiste en que "la intervención del juez en el proceso, en el inicio de éste y, en general, su actividad en el mismo se

encuentra condicionada a la actuación y requerimiento de las partes”. El impulso procesal se encuentra radicado en las partes.

Las partes ejercerán o no, libremente, sus derechos, materiales y procesales involucrados en la causa, determinando ellos mismos el conflicto que se somete a la decisión del tribunal y sus límites, el curso progresivo de los autos y la aportación de los medios de convicción para la resolución del juicio por parte del tribunal.

Dentro del *principio dispositivo*, concebido en términos genéricos, de acuerdo al análisis que de él efectúa Wyness Millar podemos distinguir los siguientes principios:

- a) El principio dispositivo propiamente tal;
- b) El principio de presentación por las partes; y
- c) El principio de impulso de parte

El *principio dispositivo propiamente tal*, que para Wyness Millar, se refiere a que “las partes tienen el pleno dominio de sus derechos materiales y procesales involucrados en la causa y reconocen su potestad de libre decisión respecto del ejercicio o no ejercicio de estos derechos. El que sea dueño de un derecho, no queda pues obligado a perseguirlo en juicio... Corresponde también al demandado resolver si quiere formular o no una defensa total o parcial. Y en la esfera de los derechos puramente procesales, se basa en este principio la adopción o no adopción de las diversas medidas procesales que la ley pone a disposición de las partes”. (Millar, R.. Op. cit., pág. 65).

El *principio de la presentación por las partes* se refiere, a diferencia del anterior, a los límites de la controversia. Así, el tribunal queda limitado a la consideración de lo que los litigantes han planteado, no pudiendo ir más allá. “Las partes presentan al tribunal el material que desean sea utilizado para la averiguación del verdadero contenido de la relación existente entre ellas y cuya selección queda librada a su propio arbitrio. El tribunal, por su parte, espera pasivamente la presentación de dicho material, interviniendo únicamente en los términos necesarios para asegurar que las actividades procesales de los litigantes se desenvuelvan en base a métodos ordenados, sin exceder los límites establecidos por la ley. El procedimiento adquiere así la forma de una controversia de las partes, permitida y supervisada por el tribunal”. (Millar, R..Op. cit., pág. 59).

El *principio del impulso de partes* se refiere a la tramitación que éstas deban hacer para dar curso progresivo a los autos. Sobre ellas recae la facultad y responsabilidad de velar por el adelanto del procedimiento, a través de las distintas actuaciones que en él determina la ley, ya sea emplazamientos, producción de pruebas, etc.

De acuerdo con este principio “los órganos jurisdiccionales sólo entran en acción en virtud de un pedido y vuelven a caer en la inactividad tan pronto como se haya ejecutado la medida particular solicitada. De ahí también se infiere que la inactividad de las partes lleve consigo la del juez, causando la paralización del juicio”.

El *principio inquisitivo* es el contrapuesto y consiste, en términos generales, en la necesidad en que se encuentra el juez de iniciar el procedimiento de oficio (por lo

que también se llama principio de oficialidad), y a realizar dentro de éste todas las investigaciones destinadas a averiguar la ocurrencia real de los hechos (por lo que se llama inquisitivo, de inquirir, o de investigación judicial), quedando las partes en una posición de mayor pasividad, correspondiéndoles únicamente una intervención de colaboración con aquél.

En la aplicación pura de este principio, se niega a las partes la libre disponibilidad de sus derechos y acciones en el procedimiento, asociándosele generalmente con procedimientos en que se encuentran involucrados derechos de orden o interés público. El tribunal tiene facultad para iniciar de oficio el proceso, pudiendo realizar dentro de él todas las actuaciones que estime pertinentes para determinar los hechos del conflicto.

Dentro de este principio se pueden distinguir diferentes fórmulas, que para algunos autores serían tres aspectos de un mismo principio: el principio inquisitivo propiamente tal, el principio de investigación judicial y el principio de impulso del tribunal.

Wyness Millar, en cambio, al igual como lo hace con las fórmulas señaladas del principio dispositivo, diferencia y trata el principio de oficialidad, por un lado, y el principio de la investigación judicial o principio inquisitivo, por el otro.

a) *El principio inquisitivo*, propiamente tal, es aquél que “priva a las partes de su potestad sobre el objeto del procedimiento, de suerte que el deber oficial del juez no sólo abarca la aplicación de las leyes, sino que se extiende a determinar el alcance del material de la causa” (Kleinfeller, citado por Millar, op. cit., pág. 68).

b) *El principio de la investigación judicial* es aquél que obliga al juez a averiguar de oficio la verdad material o absoluta de los hechos, tal como acaecieron, debiendo escudriñar por su cuenta y considerar hechos que no le han sido presentados por las partes. Además, no le es dable admitir como ciertos, sin inquisiciones, los hechos convenidos como verdaderos por los litigantes.

c) *El principio del impulso judicial* se refiere a que corresponde al juez el adelantamiento del proceso una vez que éste ya se ha iniciado. Corresponde al tribunal cuidar por el curso progresivo de los autos. Con el inicio del juicio, a veces con la formulación de una solicitud, el tribunal recibe del litigante peticionario el derecho y el deber de ejecutar no sólo los respectivos actos procesales pedidos, sino también hacer todo aquello que resulte necesario para la resolución del litigio y el término del conflicto.

APLICACIÓN

Los procedimientos civiles se encuentran informados, casi sin excepción, en su totalidad por el principio dispositivo y sus derivados de presentación e impulso de las partes.

En materia laboral, también encontramos la información preponderante de uno de estos tópicos respecto de su contrario. Sin embargo, por las especiales característi-

cas de este derecho social, el juez se encuentra en una posición intermedia respecto de su actuación y de la tarea que le corresponde a las partes.

En efecto, el procedimiento ordinario del trabajo está regido preferentemente por el principio dispositivo, y en especial, por su fórmula derivada de presentación por las partes. No obstante, dadas las facultades y poderes otorgados al juez para dirigir el proceso e investigar la verdad material de los hechos, se aleja de la aplicación espúrea del principio dispositivo entrando a informarse por el principio inquisitivo, de oficialidad o, en este caso más precisamente, de investigación judicial.

Así, de acuerdo con el Código del Trabajo, y también de la observación de las legislaciones procesales laborales anteriores, la actividad de las partes resulta fundamental e indispensable para el inicio del juicio (necesidad de la demanda presentada por las partes), para la prosecución de él (aplicación del abandono del procedimiento del Código de Procedimiento Civil) y la comprobación de los fundamentos fácticos (las pruebas deben ser aportadas por las partes), quedando el tribunal limitado por lo que aquellas le han sometido a su decisión y pedido durante la tramitación del proceso, so pena de incurrir en *ultra petita*, etc.

A pesar de la irrenunciabilidad de los derechos laborales, el trabajador no se encuentra obligado a ejercitarlos, pues tienen pleno dominio de sus derechos, tanto laborales como procesales. Lo mismo puede decirse respecto del empleador.

Son las partes quienes deben velar por la prosecución del juicio y de adelantarlos hasta el punto de llegar a la sentencia definitiva, o hasta la consecución de otro equivalente jurisdiccional que ponga término al litigio.

En materia probatoria son las partes quienes deben aportar el material necesario para lograr la convicción del juez en pro de sus intereses, debiendo cumplir con una serie de disposiciones legales, que ya hemos estudiado, para la aportación de la prueba. Incluso, pueden las partes a través de su voluntad eliminar el periodo probatorio, si alguna de éstas o ambas se allanan a las peticiones de la contraria o no controvierten los hechos sustanciales y pertinentes sobre que versa el juicio.

Sin embargo, dado el especial carácter del derecho del trabajo, el legislador ha otorgado una mayor latitud en cuanto a las facultades inquisitivas del tribunal, acercándose hacia la oficialidad, e investigación judicial, dejando la pasividad propia de los procedimientos inspirados en el principio dispositivo y asumiendo un rol contralor de la actividad de las mismas e incluso, caracterizándose por funciones propias de un magistrado inquisidor como lo sería el del proceso criminal. Es más, tan es cierto que el juez no debe ser indiferente al estado y avance del juicio que éste puede y debe proponer a las partes bases concretas para lograr una conciliación, según los antecedentes de la causa, que debe estudiar rigurosamente, instando así, personalmente, por la terminación del juicio y con ello el procedimiento.

Lo anterior no quiere decir que nos encontremos de lleno dentro del principio inquisitivo, pero sí que nos encontramos con tal número de excepciones al principio de presentación por las partes e impulso de partes que podríamos decir que se trata de un

tipo intermedio o mixto de procedimiento, en donde ambos principios contrapuestos rigen equilibradamente, según las normas concretas y específicas del derecho laboral.

Dice Menéndez-Pidal y De Montes (op. cit., pág. 125) al tratar de la posición del juez en lo social, lo siguiente: “No puede olvidarse que dado el carácter semipúblico del derecho social, en las controversias individuales del trabajo se ventilan intereses particulares, pero también con cierto carácter público y aun notoriamente social, lo que justifica todavía más la adopción del sistema del impulso judicial, velando por la recta administración de la justicia social”.

Demuestran lo aseverado lo siguiente: las facultades del juez para rechazar la demanda en caso de no contener los requisitos contemplados en el artículo 439 del código; la designación que de oficio puede hacer el tribunal del funcionario que deberá practicar las notificaciones (art. 430); la facultad para disponer que cualquier resolución sea notificada personalmente o por cédula; la facultad para corregir de oficio los errores que observe en la tramitación del proceso y, además, para tomar las medidas que tiendan a evitar la nulidad de los actos del procedimiento; la facultad para declarar de oficio la incompetencia absoluta y de falta de capacidad y personería, su implicancia y la acumulación de autos; en segunda instancia, las facultades del tribunal de alzada para pronunciarse sobre acciones o excepciones hechas valer en el juicio y que el tribunal de primera ha omitido pronunciarse, o bien, sobre cuestiones tratadas en primera y sobre las cuales no se haya pronunciado la sentencia por ser incompatibles con lo resuelto, y la casación de oficio de la sentencia apelada; etc.

Sin embargo, a nuestro entender, la mayor demostración de los principios de oficialidad y de investigación judicial se encuentra dada por las facultades del tribunal en torno a la conciliación y a los medios de comprobación de los hechos controvertidos. En cuanto a lo primero, hemos dicho que el tribunal fijará una audiencia que tendrá por objeto procurar la conciliación de las partes debiendo presentar en la audiencia las bases correspondientes y actuará personalmente, pudiendo incluso, si lo estimare conveniente, disponer la comparecencia personal de las partes.

La otra materia que importa una influencia del principio inquisitivo es aquella que se refiere a las facultades del tribunal para decretar para mejor resolver cualquiera de las medidas a que se refiere el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil, u otras diligencias encaminadas a comprobar los hechos controvertidos, pudiendo decretar estas medidas durante todo el curso del juicio, a partir de la recepción de la causa a prueba.

El legislador optó por otorgar estas facultades al juez con mayores latitudes que en cualquier otro juicio de carácter civil, y esto se justifica precisamente porque le interesaba que el juez tuviera mayores facultades inquisitivas tendientes a descubrir la verdad de los fundamentos de hecho de los intereses de las partes, y al mismo tiempo, suplir la frecuentes dificultades con que se encuentran los trabajadores para la aportación de las pruebas, con la subsecuente desprotección jurisdiccional, posibilitando así la verdadera aplicación de la justicia que lleva consigo el derecho laboral.

c) *Orden Consecutivo Legal, Orden Consecutivo Discrecional y Orden Consecutivo Convencional*

El proceso es una secuencia de actos que se desenvuelven progresivamente y a través de diversas etapas o fases para el logro de un fin: la resolución del conflicto sometido a la decisión del tribunal. El orden que sigue el proceso puede ser establecido por la ley, el juez o las partes.

Según si el procedimiento se encuentra ordenado por el legislador, por el juez o por las partes, se dirá que éste se encuentra regido por los principios de Orden Consecutivo Legal, Discrecional o Convencional, respectivamente.

1— En virtud del *orden consecutivo legal* es la ley la que se encarga de establecer las secuencias o fases en que se desenvuelve el procedimiento, de modo que puede establecerse por actos o serie de actos previamente determinados, o bien por fases o etapas genéricas, anticipadamente establecidas.

2— Si un procedimiento se encuentra regido por el principio del *orden consecutivo discrecional*, quiere decir que la ley ha entregado al criterio del juez la determinación de la forma en que el procedimiento se va a desarrollar, quien deberá orientar su labor de acuerdo al contenido específico del expediente concretando la labor jurisdiccional en una forma lógica.

3— Que un procedimiento se inspire en el *orden consecutivo convencional* significa que la ley entrega a las partes la facultad de determinar las fases o etapas en que se desenvuelve el procedimiento.

Puede darse que la ley fije genéricamente las etapas y sean el juez o las partes las que deban determinar los trámites y su orden dentro de cada etapa del procedimiento fijado por la ley, encontrándonos en este caso, ante una mixtura de principios en donde prevalecen unos sobre otros.

El orden consecutivo legal es el que rige en la mayoría de los procedimientos judiciales en Chile, ya que, conforme a los principios mínimos del derecho natural, que manda resolver los conflictos de acuerdo al debido proceso de ley, consagrado en la Constitución, el legislador ha establecido las etapas de discusión, prueba y sentencia, perfectamente delimitadas y reguladas, distinguiéndose claramente los diferentes escritos, resoluciones, diligencias, trámites y actuaciones que cada una de ellas comprende.

Existen excepciones de procedimientos en que en realidad lo que está entregado en cuanto a su procedencia y ordenamiento procedimental al criterio del juez o, en otros casos a las partes son ciertas medidas procesales.

Podrían señalarse como casos de aplicación del orden consecutivo convencional los arbitrajes (árbitros mixtos y arbitradores); la prueba en el plenario criminal, entregada su existencia a la voluntad de las partes; y en materia civil la facultad que tienen las partes para reducir o ampliar la duración del término probatorio contemplado en la ley.

APLICACIÓN

En el procedimiento ordinario del trabajo rige plenamente el orden consecutivo legal, debido a que es el legislador quien predeterminó las etapas del procedimiento, excluyéndose la posibilidad de dejar al criterio del juez o de las partes la determinación de la forma y secuencia en que éste se ha de desarrollar.

Así podemos distinguir claramente en el Código del Trabajo, al igual que en sus precedentes legislaciones, fases perfectamente delineadas de principio a fin, a través de las cuales se desenvuelve el procedimiento, siendo actualmente las siguientes: fase o período de discusión, fase o período de conciliación, fase o período probatorio, fase o período de medidas para mejor resolver y fase de fallo o sentencia.

Dentro de cada fase el legislador ha establecido, además, el orden que deben seguir los trámites que la integran así, por ejemplo, en el período de prueba se establece la recepción de la causa a prueba, el ofrecimiento de la misma, su rendición —y dentro de ella cada paso y formalidades a seguir—, su apreciación, etc.

Cosa aparte es el hecho de que algunas de las fases señaladas puedan resultar solamente eventuales y que en cierto modo dependerá de la voluntad o, más bien, del actuar de las partes su procedencia o no en el transcurso del juicio. Así, llegaremos a la etapa de prueba de no producirse la conciliación entre las partes. Dependerá del criterio del juez la procedencia de la etapa de medidas para mejor resolver, según el material aportado al juicio.

Podemos encontrar en la legislación laboral, incluso en el propio código del ramo, pero fuera ya del procedimiento ordinario de que trata esta obra, ejemplos de procedimientos en que no se aplica el Orden consecutivo legal, como lo son los preceptos que se encuentran dentro de la reglamentación de las Organizaciones Sindicales, relativos a la constitución y disolución de los sindicatos, respectivamente. El primero de ellos señala que el tribunal conocerá de la reclamación que haga el sindicato de las observaciones que le formule la Inspección del Trabajo por no ajustarse a derecho, “en única instancia, sin forma de juicio, con los antecedentes que el solicitante proporcione en su presentación y oyendo a la Inspección del Trabajo respectiva”. En el segundo ejemplo, señala que de la disolución de un sindicato conocerá un Ministro de Corte de Apelaciones en única instancia, sin forma de juicio, con los antecedentes que proporcione en su presentación el solicitante, oyendo al directorio sindical, o en su rebeldía, etc.

En ambos casos el tribunal conoce sin forma de juicio, y por lo tanto, el propio juez o ministro determinará “discrecionalmente” la forma en que conocerá de cada asunto. Sin embargo, la ley determina en ambos casos que deberá oírse a determinadas entidades y que el informe o la sentencia deberá dictarse dentro de cierto plazo y la forma de su notificación, por lo que también hay un orden procedimental que está dado por la ley.

Por otro lado, siempre dentro del Código del Trabajo, en el Libro IV que trata de la Negociación Colectiva, nos encontramos con tres preceptos que dan muestra de la

preponderancia de la aplicación del principio de Orden Consecutivo Convencional a determinados procedimientos –que no son obviamente el ordinario aplicable ante los juzgados laborales– y que están referidos al procedimiento aplicable ante jueces árbitros encargados de resolver controversias que puedan plantearse entre las partes de una negociación colectiva, sea éste arbitraje voluntario u obligatorio. En estos casos la ley está permitiendo a las partes señalar el procedimiento a seguir, pero siempre dentro de normas mínimas que la propia legislación se encarga de garantizar.

d) Preclusión

Según Chioventa, el principio de la Preclusión consiste en la pérdida, extinción o caducidad de una facultad procesal producida por las siguientes razones: 1) por no haberse observado el orden señalado en la ley para el ejercicio de dicha facultad procesal; 2) por haber realizado un acto incompatible con el ejercicio de la facultad; o 3) por haberse ejercitado ya una vez válidamente la facultad.

Couture define el término preclusión como sinónimo de “extinción, clausura, caducidad; acción y efecto de extinguirse el derecho a realizar un acto procesal, ya sea por prohibición de la ley, por haberse dejado pasar la oportunidad de verificarlo, o por haberse realizado otro incompatible con aquél”. A continuación lo señala como principio procesal designado así por oposición al denominado de “secuencia discrecional”, según el cual el juicio se divide en etapas, cada una de las cuales supone la clausura de la anterior sin posibilidad de renovarla.

El principio de la preclusión se encuentra estrechamente vinculado con el principio del orden consecutivo legal, tanto así que Wyness Millar trata ambos principios, junto al de la eventualidad, en forma simultánea. El respeto al orden consecutivo legal se logra mediante la clausura definitiva de cada una de las fases o etapas en que está dividido el procedimiento, impidiendo el regreso a aquellas ya extinguidas o consumadas.

Siguiendo a Chioventa, cuatro son las formas en que la preclusión se presenta:

a. La facultad precluye por no haberse ejercido dentro del plazo establecido por la ley.

Se reconoce esta forma de operar la preclusión a través del establecimiento por parte del legislador de plazos fatales.

b. La facultad precluye por no haber respetado en su ejercicio el orden preestablecido por la ley para hacerla valer.

Así, a la demanda debe suceder la contestación, a ésta el período de prueba, etc. en los procesos regidos por el orden consecutivo legal.

Ligado al principio de la preclusión encontramos el principio de la eventualidad, (*ver Millar, op. cit., págs. 96 y sgts.) que consiste “en la necesidad de deducir conjuntamente los diversos medios de ataque o de defensa de que disponen las partes litigantes en previsión de que uno o varios de ellos sean desestimados. En otros términos, el interesado debe deducir en forma simultánea, no sucesiva, diversas

pretensiones o defensas, aun cuando sean incompatibles entre sí, para que, en el evento de que no sea acogida alguna o algunas de ellas, pueda lograr éxito en la o las restantes. Si estos medios de ataque o de defensa de que dispone el actor o demandado no se deducen conjuntamente en la correspondiente actuación, precluye el derecho de oponerlos con posterioridad.”

No importa para que opere la preclusión que aún no hubiese expirado el término que establece la ley para ejercer la facultad precluida que debió interponerse eventualmente. Se encuentra relacionado también con el principio de concentración, principios éstos asimilados sinónimamente por Engelmann (citado por Millar, op. cit., pág. 98).

c. La facultad precluye por haberse realizado un acto incompatible con su ejercicio

Opera este tipo de preclusión cuando una disposición legal brinda a un litigante dos o más medios o vías para la consecución de un determinado objetivo, pero con la condición de que sólo se puede emplear uno de ellos, es decir, la utilización de uno descarta automáticamente al o a los otros. Ejemplos en materia civil: posibilidad de promover cuestiones de competencia por inhibitoria o por declinatoria; el recurso de amparo es incompatible con la interposición de otros recursos legales; la citación de evicción lo es respecto de la contestación de la demanda.

d. Una facultad procesal precluye por haberse ejercido válidamente

Esta perspectiva de la preclusión se relaciona con el principio de la consumación procesal. La facultad procesal se extingue con su práctica, se consume con su ejercicio. Por ejemplo, el demandado que ya ha evacuado el trámite de la contestación de la demanda, no puede pretender, con el pretexto de que ha omitido alegaciones de sumo interés para su defensa, realizar una nueva contestación.

APLICACIÓN

Como consecuencia de que rige, según dijimos, el orden consecutivo legal en el procedimiento del trabajo, se aplica también plenamente el principio de la preclusión en éste. señalaremos a continuación algunos ejemplos de esta afirmación:

i.— En la situación en que las facultades precluyen por no haberse ejercido dentro del plazo establecido por la ley, encontramos el establecimiento de plazos fatales para la contestación de la demanda, para los escritos de reconvencción y de contestación a ésta, la presentación de lista de testigos, la solicitud de absolucón de posiciones, rendición de la prueba, interposición de los recursos de reposición y apelación, etc.

ii.— Debe respetarse el orden establecido por la ley para hacer valer los derechos de las partes en su oportunidad correspondiente. Demanda, contestación (con eventual reconvencción), plazo para las excepciones dilatorias, contestación de la reconvencción, resolución que cita a la audiencia de conciliación y prueba, recursos en su contra, lista de testigos y solicitud de pruebas, orden de rendición de la prueba, observaciones a la

prueba, etc. De no ejercer los derechos en su oportunidad, la parte verá precluída su facultad de hacerlos valer.

Respecto del principio de la eventualidad, encontramos su consagración, entre otras disposiciones, en el artículo que se refiere al contenido de la contestación de la demanda, al señalar que ésta debe contener "Todas las excepciones dilatorias y perentorias y los hechos en que se fundan. Con posterioridad no podrá hacerse valer excepción alguna".

iii.– No resulta fácil encontrar casos de preclusión por incompatibilidad. Sin embargo, creemos que es manifestación de este principio la situación que se produce cuando el demandado se allana a la demanda, en cuyo caso no es procedente la rendición de prueba en el proceso, en virtud de no haber hechos controvertidos. Diríamos que precluye su facultad de probar los hechos en que funda su defensa, si por otra parte, el demandado acepta llanamente las peticiones del demandante, o bien, si en sus escritos no contradice en materia sustancial y pertinente los hechos sobre que versa el juicio. En este caso, según el artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, el tribunal mandará citar a las partes para oír sentencia, disposición concordante con el inciso final del artículo 444 del Código del Trabajo.

iiii.– Por último, como ejemplo de que precluye la facultad por haberse ejercido válidamente ésta, podemos señalar, como ya dijimos, el que el demandado que ha evacuado el trámite de contestación a la demanda no puede pretender realizar una nueva contestación, aun con la excusa de haber omitido importantes alegaciones para su defensa. Lo mismo puede decirse de la presentación de la lista de testigos, que una vez hecha no podrá presentarse una nueva lista, ni aun con testigos con los que no se contaba a la época de confección de la nómina primitiva, aun cuando ésta se haya presentado dentro de primero día y la segunda, antes del vencimiento del plazo legal de dos días siguientes a la notificación de la resolución que recibe la causa a prueba. (Principio de la consumación procesal).

e) Publicidad y Secreto

El que un procedimiento esté inspirado por el principio de la publicidad, significa que todo lo que se realice dentro de él puede ser conocido por las partes, incluidos sus representantes, abogados y mandatarios, por terceros o por cualquiera persona extraña a él. Esta es la publicidad absoluta. Si este conocimiento está restringido a las partes y a sus asesores, quedando excluidos de la posibilidad de enterarse de los actos y antecedentes propios de los autos, estamos ante la publicidad relativa.

En el otro extremo encontramos el principio del secreto, que como su nombre lo indica, restringe dicho conocimiento únicamente al tribunal que conoce de la causa, siendo prohibitivo para las partes y para terceros el acceso al contenido de los actos concretos del proceso, lo que se conoce como secreto absoluto. Estamos frente al secreto relativo cuando la limitación respecto del acceso al expediente se aplica sólo a los terceros extraños al juicio y no a las partes y a sus representantes judiciales.

En casi todas las legislaciones del mundo se contempla la publicidad como principio general que gobierna los diferentes procedimientos, siendo el secreto una situación de carácter excepcional, habitualmente reservada para los procesos de carácter penal y los procesos en que la moral o el decoro, o la naturaleza de carácter familiar (ej. divorcio) exigen que se tramiten en forma reservada y sin conocimiento público de los mismos.

La publicidad, tiene por objeto una función social cual es la del público control de la actividad del Poder Judicial, y a su vez permite la transparencia de los tribunales y de las partes en la actuación jurisdiccional, como asimismo, la socialización del ejercicio mismo de la justicia.

Lo anterior no significa que ciertos actos de deliberación y votación constituyan excepciones a dicho principio, sino consecuencia de la necesaria privacidad de los agentes de la justicia para la adecuada independencia en la resolución de los conflictos.

En nuestra legislación, la publicidad es una de las bases de la administración de justicia, encontrándose establecida como principio general en el artículo 9º del Código Orgánico de Tribunales.

APLICACIÓN

Especial importancia tiene en el derecho del trabajo el principio de la publicidad del procedimiento laboral, el cual debe ser eficaz para solucionar los conflictos que ante la Justicia se presentan para su resolución, en cada caso concreto, en aras de la prosecución de una verdadera justicia social traducida en una mejor convivencia de la sociedad.

Aun cuando no existe en el código ni en otra ley especial disposición alguna que prescriba expresamente el principio de la publicidad y descarte el secreto, es aquél el que inspira el proceso en comento, en virtud del contexto general de todas sus normas, y en especial, por estar sujetos los tribunales que conocen de este tipo de procedimiento a las mismas bases orgánicas del resto de los tribunales de la República.

Le son aplicables, en consecuencia, las normas del procedimiento civil y del Código Orgánico de Tribunales al procedimiento del trabajo, puesto que no se contempla norma alguna que excepcione su aplicación.

f) Oralidad, Escrituración y Protocolización

El proceso puede ser regulado en modo que predomine el uso de la palabra o bien, el de la escritura.

Según si el medio de comunicación entre las partes y el tribunal sea la palabra o la letra será el principio que predomine en un proceso: el de la oralidad, en el primer caso, y el de la escrituración, en el segundo.

Como un principio, diríamos, intermedio, encontramos el de la protocolización, que domina los procedimientos cuando existe el requisito de que las alegaciones

o pruebas orales se establezcan por escrito con el fin de conservar un memorial del procedimiento, según explica Wyness Millar. (op. cit., pág. 143 y sgts.).

Tal como lo señala Chioyenda, por aplicación del principio de la oralidad en un procedimiento, “las deducciones de las partes deben normalmente ser hechas de viva voz en audiencia, es decir, en aquel dado momento y lugar en que el juez se sienta para escuchar a las partes y dirigir la marcha de la causa”. (“Instituciones de Derecho Procesal Civil”. Vol. I. Op. cit.. Pág. 54).

El principio de la protocolización es aquel en que las actuaciones se verifican en forma verbal, pero dejándose constancia escrita de ellas en el expediente, generalmente, a través de actas autorizadas por un ministro de fe.

Lo que se ha dicho oralmente, será pasado al papel y se agregará materialmente a los autos. De la actuación de las partes, de terceros, especialmente testigos, e incluso del juez en ciertos casos, en lo que se reduce a palabras, quedará constancia en el expediente reducido a palabras, esta vez escritas. Lo que no se “protocoliza” es la impresión y juicio del magistrado sobre la veracidad y sus propias conclusiones sobre los dichos de las partes o terceros, sino hasta el momento de la sentencia misma, que es donde el juez valorará y juzgará la importancia de cada una de ellas.

APLICACIÓN

En el procedimiento laboral reciben aplicación, en realidad, los tres principios. El proceso se desarrolla a través de una serie de actos escritos, dando lugar a numerosas actuaciones de carácter oral, las cuales a su vez se protocolizan a través de actas que se levantan de aquellas y que se incorporan al proceso.

En la legislación anterior sobre el tema (Decreto Ley 3.648 de 1981), predominaba en mayor medida la oralidad, fundamentalmente porque, la demanda podía presentarse en forma oral, lo mismo que la contestación, debiendo posteriormente protocolizarse. Sin embargo, no se cumplía en dicho procedimiento el principio de la inmediación, dado que se autorizaba la substanciación del juicio a través de un juez tramitador (el secretario del tribunal) diferente del juez sentenciador que recibía la causa una vez cerrado el proceso.

Actualmente, recibiendo aplicación los tres principios, tiene mayor predominancia, al parecer, el principio de la escrituración, especialmente si lo vemos en comparación con su antecedente legal. La gran mayoría de los actos se desarrollan por escrito, incluidos la demanda y la contestación según hemos estudiado. Sin embargo, no es inapreciable el número de actos que se desarrollan en forma oral, en donde –al menos legalmente – recibe mayor aplicación el principio de la inmediación, tan importante para que las ventajas de la oralidad tengan sentido y surtan efectos. Los comparendos deberán desarrollarse en forma oral, debiendo asistir obligatoriamente el juez a la audiencia de conciliación, y posteriormente protocolizarse. En la práctica, ya se sabe, difícilmente se cumple con esta obligación legal, especialmente en las otras audiencias.

Sin perjuicio de lo anterior, debe destacarse que en el juicio laboral de menor cuantía, reservado para aquellos cuyo valor de los disputado no exceda de una cierta cantidad que el propio legislador determina, rige más plenamente en principio de la oralidad, dado que no se le exige al demandado contar con patrocinio de abogado ni contestar la demanda por escrito.

g) Inmediación y Mediación

El principio de la inmediación “caracteriza un procedimiento en el que el tribunal actúa en contacto directo con las partes y con los testigos” (Millar, op. cit., pág. 169), en realidad, con el material mismo de la causa y la prueba rendida en ella, sin que intervenga agente intermediario alguno. El principio de la mediación “rige en juicios en que este contacto tiene lugar a través de un agente intermediario” (Idem), habitualmente a través de un funcionario del propio tribunal.

Estos principios están en íntima relación con los principios de oralidad y escritura recién analizados, llegando, incluso, algunos autores a asimilarlos (Von Bar, citado por Millar, op. cit., pág. 169). Sin embargo, el propio R. Wyness Millar, siguiendo a Engelmann, demuestra cómo la inmediación y la mediación no coinciden con el de oralidad y escritura. Nosotros, escuetamente, diremos que coincidimos en que la oralidad es un resultado de la inmediación, pero no una consecuencia necesaria, bastando para ello considerar que en cuanto un solo juez decida la causa, derivando su saber de los hechos que se le presentan y de los escritos de las partes, rige, a pesar del dominio del principio de escritura, el de inmediación, pues las declaraciones de las partes llegan a la percepción del juez directamente y no por medio de un relato que efectúa un tercero. Como contrapartida, cuando el juez delegado por el tribunal (colegiado) comunica a sus colegas lo por él averiguado, domina, aunque lo haga usando los medios directos, el principio de la mediación.

APLICACIÓN

En la normativa que precedió al actual procedimiento establecido en el Código del Trabajo, regía la mediación, en virtud de existir un juez tramitador que era el secretario del tribunal, quien dictaba todas las resoluciones y adoptaba las medidas necesarias para la substanciación del proceso, hasta que la causa quedara en estado de ser fallada. Sólo en este momento entra a tomar conocimiento de lo actuado el juez sentenciador, quien es quien debe fallar el asunto sometido a la decisión del tribunal.

En la práctica, incluso, también dada la enormidad de causas que se le acumulaban al secretario, éste delegaba sus facultades a otro funcionario del tribunal o actuario, para que éste tomase las diligencias de contestación, avenimiento y prueba, pero sólo en calidad de un mero receptor de las actuaciones y de lo dicho por las partes en la audiencia, y con el objeto de reducir lo actuado en un acta.

En la legislación actual se corrige esta falencia que estaba en evidente contradicción con el sistema de la sana crítica, para lo cual se requiere contacto directo del tribunal con la prueba rendida. Un solo juez debe sustanciar todo el proceso, tomando

contacto directo con cada una de sus actuaciones, en especial la prueba rendida, y finalmente dictar la sentencia. Rige así plenamente el principio de la intermediación, principio que ha ido perdiendo vigencia en Chile, incluso en materia penal (salvo que a través de la reforma al sistema procesal que está en etapa de implementación en nuestro país, que tiene la forma de un procedimiento penal, se vuelve plenamente al sistema de la intermediación).

No obstante lo dicho, en la práctica, sin duda, por la fuerza de la necesidad, del recargo de trabajo y por otras causas, justificadas o no, la delegación que hace el juez a los funcionarios del tribunal, hace de este principio casi una utopía: la gran mayoría de los actos del juicio son llevados a cabo frente a un actuario que representa al tribunal. Sin embargo, hay algunas actuaciones que nunca debieran ser delegadas por el juez, como lo es la de la audiencia de conciliación, en donde aquél tiene la obligación de estudiar por sí mismo los autos y presentar a las partes proposiciones o bases para procurar un acuerdo. El juez debe actuar personalmente por expresa disposición de la ley.

Lo mismo debiéramos decir de la recepción de la prueba, sin embargo, en este caso el juez se limita a recibir el juramento de los testigos, en el mejor de los casos, y resolviendo los incidentes que se produzcan en el curso de él y las reposiciones interpuestas durante las audiencias, delegando en un funcionario del tribunal el acto mismo de la recepción de la prueba, perdiéndose, por lo tanto, la posibilidad de tener contacto directo con los elementos de convicción, especialmente los aportados oralmente, aun a pesar de la necesidad en que se encuentra de apreciar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

h) La Probidad o Buena Fe

El principio de la probidad es aquel que establece que el proceso es una institución de buena fe, dentro del cual las partes deben actuar respetando la honorabilidad y lealtad que supone la labor forense, no permitiéndose que este sea utilizado dolosamente por la o las partes para lograr objetivos ilícitos.

La buena fe es una actitud que debe trasuntarse en el actuar de las partes en el proceso para no usar y abusar de éste de modo ilícito. Esta actitud de probidad debe referirse a la cuestión material debatida en el pleito, en el sentido de tener el verdadero convencimiento de la justicia de lo que se pide, y por otra parte, al modo de conducirse en el pleito.

Habitualmente en la legislación no se encuentran normas que exijan expresamente la buena fe de las partes frente al ejercicio de la jurisdicción. Sin embargo, existen variadas normas que tienden a cautelar dicha necesaria actitud de sinceridad y lealtad. La falta de buena fe es sancionada por la vía específica de las instituciones que la presuponen.

A juicio del suscrito, los ejemplos más claros de disposiciones que tienden a cautelar la probidad dentro del proceso son los siguientes:

DOCTRINA

a– Implicancias y recusaciones. A través de esta institución, el legislador está velando por la imparcialidad del tribunal que debe conocer un conflicto.

b– La condenación en costas, por la cual se sanciona al litigante temerario o doloso que pretende utilizar el proceso como instrumento dilatorio o evasivo de la solución de los conflictos. El proceso debe ser utilizado sólo como un medio destinado a solucionar los conflictos reales y, por lo tanto, se sanciona a aquel litigante que no ha tenido motivo plausible para litigar. Una disposición del Código Orgánico de Tribunales sanciona incluso a aquel litigante que goza del privilegio de pobreza –que por regla general no son condenados al pago de las costas– cuando el tribunal respectivo, en resolución fundada, declare que han obrado como litigantes temerarios o maliciosos.

c– Aquellas que se refieren a los incidentes dilatorios. La ley pone un tope de incidentes que pueden promoverse en un mismo juicio, debiendo consignar una suma de dinero si una parte desee sobrepasar dichos límites, aparte de desechar de plano aquellos que no tengan conexión directa con el pleito. A partir de la Ley 18.705, de 1988, el Código de Procedimiento Civil es aún más estricto con la parte que desee promover incidentes, modificación introducida en el código con el objeto de agilizar los procesos y de evitar, justamente, la maliciosa utilización de los mismos.

d– El recurso de revisión está destinado a anular, por determinadas causas, una sentencia definitiva o interlocutoria que se hubiese obtenido con la utilización de medios fraudulentos, especialmente en lo que se refiere a los medios de prueba instrumental y testimonial.

Así podemos encontrar otros ejemplos en que se está cautelando la necesaria buena fe que debe concurrir en la actuación de las partes, siéndole exigible también dicha virtud a determinados terceros que tienen relación con el juicio como son los testigos. No otra cosa está cautelando la institución de las tachas que vienen a proteger a las partes de los intereses creados de la inidoneidad y de la falsedad y, en general, la inhabilidad que puede afectar a los testigos. Para decir la verdad y para llegar a ella es menester la buena fe.

APLICACIÓN

En materia laboral no existe tampoco una norma expresa en la legislación procesal que exija de algún modo el principio de la probidad o buena fe. Sin embargo, de los ejemplos dados todos corresponden a instituciones que son comunes a todos los procedimientos y, por lo tanto, rigen para el proceso laboral.

Aparte de eso, el legislador laboral recoge claramente este principio al suprimir los incidentes de previo y especial pronunciamiento, aun cuando éstos sean por nulidad del procedimiento. También se reconoce dicho principio en materia probatoria al reglamentar las tachas para inhabilitar a los testigos que pudieran estar afectos a falta de imparcialidad y de idoneidad.

i) Protección

El principio formativo de la protección tiene relación con la nulidad de los actos procesales y consiste, como enseña Couture, en que “la nulidad sólo puede hacerse valer cuando a consecuencia de ella quedan indefensos los intereses del litigante o de ciertos terceros a quienes alcanza la sentencia. Sin ese ataque al derecho, la nulidad no tiene porqué reclamarse y su declaración carece de sentido” (Couture. “Fundamentos de Derecho Procesal Civil”. Op. cit., pág. 240).

La máxima de “la nulidad procesal sin perjuicio no opera” es plenamente aplicable y explicativa de lo que significa este principio. La anulación por la anulación no vale; y por consiguiente, un procedimiento inspirado en este principio contiene necesariamente normas tendientes a asegurar, a “proteger”, la validez de los actos jurídicos procesales mediante el respeto de las facultades y derechos de las partes. Couture llama a este aspecto “principio de la trascendencia” sintetizado en el aforismo “no hay nulidad sin perjuicio”, el cual conjugado con la convalidación –principio por el cual toda nulidad se convalida por el consentimiento – y la protección propiamente tal conforman las diversas aristas de una piedra fundamental en el derecho como es la nulidad.

Generalmente, pedirá la declaración de nulidad sólo quien se vea perjudicado por la misma. Podrá invocar una nulidad constituida en protección de los incapaces, éstos mismos o sus representantes legales, no así por quienes han gozado de capacidad durante la consumación de los actos y, además, como consecuencia fundamental no puede ampararse en la nulidad el que ha celebrado un acto nulo sabiendo o debiendo saber le vicio que lo invalidaba.

La nulidad procesal no tiene una reglamentación acabada en la ley como ocurre en el Código Civil. Se encuentra tratada a través de numerosas disposiciones aisladas del Código de Procedimiento Civil. A partir de la modificación hecha por la Ley 18.705 de 1988, se observa una mayor preocupación por esta institución procesal y a través del artículo 83 se perfilan sus características más notorias.

Desde luego, comienza especificando que “la nulidad procesal podrá ser declarada, de oficio o a petición de parte, en los casos en que la ley expresamente lo disponga”, aplicando en seguida el principio de la protección al señalar “y en todos aquellos casos en que exista un vicio que irroque a alguna de las partes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad”. Luego recalca, en la segunda parte del inciso 2º que “la parte que ha originado el vicio o concurrido a su materialización o que ha convalidado tácita o expresamente el acto nulo, no podrá demandar la nulidad.

La nulidad se reclama a través de un incidente, en el cual se solicita la invalidación de los actos en que se haya omitido los requisitos de validez de las actuaciones realizadas durante el curso del procedimiento.

Aparte de los incidentes de nulidad procesal, queda claro que puede anularse un procedimiento de oficio por el tribunal. Otras dos instituciones que velan por la validez

de los actos en el procedimiento son el recurso de casación en la forma y el de casación en el fondo. Finalmente, nos encontramos con el recurso de revisión.

Cabe recordar que fue al regular el recurso de casación en la forma civil, donde el legislador estableció primitivamente la consagración legal de este principio. Es así, como se establece que: “No obstante lo dispuesto en este artículo, el tribunal podrá desestimar el recurso de casación en la forma, si de los antecedentes aparece de manifiesto que el recurrente no ha sufrido un perjuicio reparable sólo con la invalidación del fallo o cuando el vicio no ha influido en lo dispositivo del mismo”.

APLICACIÓN

Este principio recibe plena aplicación en el procedimiento laboral por diversas razones.

Le son aplicables, en primer lugar, los incidentes de nulidad procesal y, por lo tanto, los artículos 83 y 84 del Código de Procedimiento Civil, en virtud de la remisión general hecha en el artículo 426 del Código del Trabajo, pero con la modalidad que jamás podrán tener el carácter de incidentes de previo y especial pronunciamiento.

En materia del trabajo, en segundo lugar, también se contempla expresamente la posibilidad de corregir de oficio los errores que se observen en la tramitación del proceso y tomar las medidas que tiendan a evitar la nulidad de los actos del procedimiento, y porque se establece expresamente que la Corte case de oficio la sentencia recurrida, cuando aparezca de manifiesto que se ha faltado a un trámite o diligencia que tenga el carácter de esencial o que influya en lo dispositivo del fallo.

Dado que en los juicios laborales tiene lugar los mismos recursos que proceden en los juicios ordinarios en lo civil y se les aplicarán las mismas reglas en todo cuanto no se encuentre modificado expresamente, debe considerarse aplicable para la protección de este principio el recurso de casación en la forma.

Igualmente, otra manera de velar por la validez de los actos, anulando aquellos que presenten causales de nulidad y que, por otra parte, representen un perjuicio para una de las partes es a través del recurso de revisión. De la lectura de las causales que contempla el artículo 810 del Código de Procedimiento Civil se desprende que la sentencia se ha dictado con un claro perjuicio respecto de la parte recurrente lo que hace necesario la anulación del fallo. Como se ha dicho, el recurso de revisión es asimismo procedente en materia laboral.

j) Economía Procesal

Este principio persigue “obtener el máximo resultado en la aplicación de la ley para la resolución de un conflicto dentro de un procedimiento, con el menor desgaste posible en la actividad jurisdiccional”.

Tres son los principios que están en juego o que se relacionan con la economía dentro del procedimiento: la economía procesal, el principio de la economía y el principio de la concentración.

Un procedimiento inspirado en el principio de la economía procesal, está estructurado de tal forma que en el menor tiempo posible y con un mínimo desgaste de la actividad jurisdiccional, se soluciona el conflicto de una forma eficaz, atendida la naturaleza del mismo. Todas las cuestiones inherentes a la posición jurídica del demandante o del demandado deben ser planteadas en una sola oportunidad; las resoluciones judiciales se cumplen pese a la interposición de recursos en su contra; la prueba se rinde en una sola oportunidad determinada para ello, se procura la actuación de las diversas partes a través de procuradores comunes de modo de evitar que haya tantos juicios como partes litigantes, etc.

La economía es aquel principio en virtud del cual un proceso no puede exigir un dispendio superior al valor de los bienes debatidos, que son el fin del proceso mismo. En virtud de él, en el procedimiento se establece una limitación respecto de las pruebas onerosas; una reducción de recursos y una limitación en el número de instancias; reducción de los costos del mismo, incluso llegando a la gratuidad respecto de las personas que no tienen medios económicos suficientes para solventar los gastos que acarrea para las partes el actuar ante la justicia, de modo que ésta no le sea prohibitiva. En determinados procedimientos esto tiene aún mayor relevancia, como son los con carácter penal y laboral. “El pobre litiga gratis”, máxima que cobra especial trascendencia en estos días y que se basa precisamente en este principio y que se traduce en Chile en el beneficio de asistencia jurídica.

La concentración que inspira a un procedimiento importa la adopción de características tales que, atendiendo a la naturaleza del conflicto se alcance la solución de éste con la mayor rapidez y el mínimo desgaste de la jurisdicción posible, reservándose para la sentencia definitiva la decisión de todas las cuestiones promovidas, incluso los incidentes.

Couture define este principio como aquel en “virtud del cual los actos del juicio deben realizarse con la máxima aproximación posible en el tiempo, contribuyendo de esta forma a la más rápida solución del conflicto que motiva el proceso.” (“Vocabulario Jurídico”. Op. cit., pág.158).

La aplicación práctica de estos principios deriva en la reducción de formas, reducción de plazos, supresión de escritos y eliminación de recursos.

Muchos autores confunden estos principios o definen unos con otros. Otros autores prefieren tratarlos como principios separados, nosotros hemos preferido distinguir dichos conceptos pero darles un tratamiento conjunto puesto que todos tienden a un aspecto común cual es la de la eficacia procesal. La normativa que se puede dar como ejemplo de cada uno de estos principios generalmente estará recogiendo, de algún modo, no sólo a uno ellos sino dos o todos.

APLICACIÓN

El principio de la economía procesal, en sus diversos aspectos, tiene plena aplicación en actual procedimiento ordinario del trabajo. No podría ser de otro modo puesto que rapidez, economía y concentración son principios fundamentales que no pueden

estar ausentes en un correcto y moderno procedimiento laboral. “La rapidez es tan necesaria en el proceso social que puede afirmarse que, en este aspecto, una justicia administrada a través de un proceso tardío resultaría prácticamente ineficaz. La economía, en atención a las personas que a estos tribunales acuden, se consigue por medio de la gratuidad del proceso hasta el período de ejecución de la sentencia”.

En la historia fidedigna de la actual legislación queda establecida la aplicación de los principios formativos de celeridad y concentración, entre otros.

Esto no presenta una novedad en la legislación laboral, puesto que en sus precedentes ya se contenían estos principios. Sin duda se ha procurado a través de numerosas disposiciones hacer efectivas dichas ideas, por medio de normas concretas.

La plena aplicación de estos principios en nuestro procedimiento del trabajo está dada por:

a— Porque se trata de un procedimiento que guarda relación con la pretensión que en él hacen valer las partes y la rapidez que se requiere para que la satisfacción de ella sea eficaz;

b— En el procedimiento se eliminan ciertos trámites como son la réplica y la duplica;

c— Los plazos son todos breves y fatales;

d— Se establece una sola audiencia de contestación y prueba, para dentro de cierto plazo (aunque en la práctica dicho plazo raramente se cumple, al menos en las grandes ciudades);

e— En lo que a la prueba respecta, se establece una sola oportunidad para rendir prueba, por ejemplo la testimonial, un solo momento para rendir instrumental, salvo causa justificada. Se aceptan sólo hasta dos testigos por cada punto de prueba, “la confesional sólo podrá rendirse en una misma audiencia”.

f— Las audiencias se celebran con la o las partes que asistan.

g— Porque se establece una sola oportunidad para el planteamiento de todas las cuestiones inherentes a la posición jurídica del demandante o del demandado, lo que se demuestra por cuanto todas las defensas deben oponerse en un solo momento en conjunto con sus fundamentos de derecho, sin admitirse excepciones posteriores.

h— En general, la reposición de una resolución pronunciada en un comparendo deberá interponerse y resolverse en el acto.

i— En atención a las resoluciones que son apelables y los efectos en que se concede.

j— La liberación de la obligación de comparecer en segunda instancia.

k— Toda la reglamentación de los juicios de menor cuantía son una clara e inequívoca manifestación de este principio.

l— En cuanto a la economía y la gratuidad, la ley establece que “los consultorios jurídicos de las Corporaciones de Asistencia Judicial o los abogados de turno, en su

caso, representarán y asesorarán gratuitamente a los trabajadores que tengan derecho al privilegio de pobreza”, y

m— En cuanto a la notificación esta deberá realizarse por los receptores de turno o por un empleado del tribunal en forma gratuita para quienes gocen del Beneficio de Asistencia Jurídica, y aún sin éste, para aquellos trabajadores cuyos ingresos mensuales sean inferiores a un monto que se establece por el legislador.

k) Adquisición Procesal

Los actos que realizan las partes no son actos aislados que van a producir sólo los efectos que su ejecutante desea, sino que pueden producir consecuencias jurídicas más allá de lo deseado por su actor. Como el proceso es un conjunto de actos procesales que se conectan y relacionan entre sí, los actos se integran al proceso, independizándose de su ejecutante, naciendo de él beneficios y perjuicios sin distinguirse, en definitiva, en quien se radican.

Las ventajas o desventajas de un acto son adquiridas por el proceso en sí sin importar quienes lo han aportado. Dicho de otro modo, al decir de Chiovenda, “los resultados de las actividades procesales son comunes entre las partes. Así, cuando la actividad de una parte es perfecta y completa para producir sus efectos jurídicos, éstos pueden ser utilizados por la otra parte.”

“La adquisición procesal consiste en el hecho de que los actos realizados por las partes no sólo benefician a quien los hace, sino a las demás que pueden aprovecharse de ellos, en lo que les favorezca. Por ejemplo, la prueba rendida por un litigante en provecho propio, puede ser utilizada por la otra parte si así conviene a sus intereses. Este beneficio, si así puede llamarse, se debe a la naturaleza jurídica del proceso que es un todo unitario e indivisible en cuanto a sus efectos.” (Pallares, Eduardo. “Diccionario de Derecho Procesal Civil”. Editorial Porrúa, S.A., México. 1956, pág. 53).

“En virtud de este principio las pruebas rendidas por una de las partes no sólo a ella aprovechan, sino también a todas las demás aunque no hayan participado en la rendición de la prueba. El principio tiene un fundamento racional evidente, ya que no es posible dividir la convicción del juez sobre la existencia o la no existencia de los hechos litigiosos. Si por virtud de una prueba, se procede en su ánimo la certeza respecto de dichos hechos, no importa quién de los litigantes haya producido la prueba. En todo caso, la eficacia de ésta es indivisible.” (Pallares. Op. cit., pág. 521).

Sin duda, este principio influye especialmente en lo que es aportación de pruebas, pero no puede descartarse su aplicación respecto de argumentos jurídicos que han sido dados por una parte y que pueden ser de provecho para la otra.

APLICACIÓN

No hay regla especial dentro de la legislación procesal laboral que haga referencia o recoja expresamente este principio. Sin embargo, por remisión al Código de Procedimiento Civil al cual se remite supletoriamente el Código del Trabajo, son aplicables las disposiciones contenidas en aquél.

Lo mismo puede decirse respecto de la confesión judicial espontánea expresa, ya que, en cualquier acto jurídico procesal, en que no se ha tenido la voluntad de favorecer a la contraparte, un litigante puede reconocer la existencia de hechos que, en definitiva, le perjudican.

Generalmente la adquisición procesal se aplicará en el escrito de contestación de la demanda en el cual, por ejemplo, el demandado pretendiendo llevar la defensa de sus derechos, mediante la exposición de hechos puede reconocer otras circunstancias que le perjudican, estimándose ésta como una confesión judicial.

Sin duda puede ocurrir lo mismo con el demandante, quien en sus declaraciones puede verse perjudicado en beneficio del demandado.

1) Prueba Formal y Prueba Racional

Cuando hablamos de Prueba Formal, de Prueba Racional o de Sana Crítica, más allá de principios que informan un procedimiento, estamos hablando de sistemas de apreciación o valoración que de la prueba se hace en el proceso. Para algunos autores incluso éstos forman parte del derecho material y no del derecho procesal, lo cual es consecuencia de la mirada bajo una concepción privatista del proceso. Couture se encarga de limitar dicha observación utilizable sólo como modo de solemnidad de ciertos actos jurídicos, poniendo en su lugar las normas que regulan la valoración que un juez hace de los medios de prueba a través de los cuales se intenta demostrar las afirmaciones formuladas en juicio. (Couture. "Fundamentos...". Op. cit., págs. 134 y sgts.).

Es necesario distinguir un sistema de apreciación "a priorística o extrajudicial", a través del cual la ley determine el criterio que deberá seguirse posteriormente por el tribunal para ponderar la prueba; y un sistema de apreciación "a posteriori o judicial", por el cual es el juez quien, con mayor o menor libertad, según sea el sistema de que se trate, dentro del proceso mismo, quien decidirá o determinará el mérito que deberá otorgar a la actividad probatoria en general, para dar por establecidos los hechos materia del juicio.

Por otra parte, es necesario tener presente que los autores no se han puesto de acuerdo ni en la terminología a emplear ni en la significación misma de cada método o sistema de apreciación.

Mientras para algunos, como Wyness Millar, la prueba puede ser valorada conforme a los principios de la prueba formal o legal, por una parte, o de acuerdo a la prueba racional o moral, por otra, correspondiendo el primero a aquel según el cual "el valor de la prueba es fijado por reglas firmes a las que el juez ha de atenerse hasta contra su convicción"; y el segundo, a aquel según el cual, "el tribunal puede valorar

libremente la prueba y decidir libremente al respecto, de acuerdo a su conciencia” (Millar. Op. cit., pág. 121); otros distinguen los sistemas de prueba legal, sana crítica y libre convicción (v. gr. Couture).

Entre tanto, se producen confusiones con el principio de libre convicción, en conciencia y sana crítica, los cuales son considerados como sinónimos, en algunos casos y como contrapuestos y representativos de ideas absolutamente antagónicas, en otros. Incluso, mucha veces la propia ley incurre en equivocaciones y contradicciones expresando el contenido de un sistema pero denominándolo con la terminología propia de otro sistema.

Por último, nos encontramos con que la Jurisprudencia de nuestros tribunales ha sido también vacilante y no siempre ha entendido lo mismo frente a determinados términos, confundiendo o identificando ciertos vocablos en ocasiones, y diferenciándolos o contraponiéndolos en otras, como ocurre por ejemplo con la expresión “en conciencia”.

Antes de definir cada principio y determinar el sentido de cada sistema, según nuestro entendimiento, debemos tener presente que los sistemas probatorios no sólo consideran la valoración que el tribunal hace de la prueba rendida, fundamentalmente en la sentencia, sino también los medios de prueba en sí mismos, el procedimiento que se ha de seguir para rendir la prueba y el valor probatorio de cada medio de prueba.

Seguiremos a Couture para los efectos de clasificar los criterios de valoración de la prueba, que son fundamentalmente tres, aun cuando no concordamos ciento por ciento en la interpretación de determinados vocablos usados por la ley, como es el caso de la expresión “en conciencia” que es identificada con el sistema de libre convicción, al igual que lo hace Niceto Alcalá de Zamora: a.— Prueba legal; b.— Libre convicción, y c.— Sana crítica.

SISTEMAS

a) Prueba legal, tasada o tarifada, prueba formal, rigurosa o prueba objetiva

Conforme a este sistema, el valor de la prueba es fijado por normas rígidas reguladoras, según las cuales el juez ha de apreciar la prueba aun hasta contra su convicción. Estas normas reguladoras de la prueba determinan 1) cuales son los medios de prueba; 2) la forma de rendirla; 3) su valor probatorio; y 4) la forma de apreciar la prueba. Sólo existen los medios de prueba que la ley establece, con su respectivo valor probatorio, los cuales sólo pueden rendirse en las oportunidades legales y no hay más que las normas preestablecidas para apreciar la prueba.

Couture define las pruebas legales como “*aquellas en las cuales la ley señala por anticipado al juez el grado de eficacia de determinado medio probatorio*” (“Fundamentos”. Op. cit., pág. 142).

En este sistema es el legislador y no el juez quien determina la forma en la que debe valorar la prueba, teniendo éste sólo un papel de aplicador de la norma jurídica para determinar el valor que ha de tener cada medio de prueba, lo cual sólo conducirá a

una verdad suficiente respecto del acaecimiento de los hechos (certeza histórica legal) y no necesariamente hacia la convicción del juez.

En nuestro derecho, aun cuando no se excluye de lleno este sistema, se encuentran normas que lo establecen, ya que, existen algunos ejemplos de leyes reguladoras de la prueba: 1) establecimiento de los medios de prueba; 2) oportunidad en que deben utilizarse por las partes y el tribunal los medios de prueba; 3) procedimientos que deben seguirse por las partes y el tribunal para rendir prueba en el proceso; 4) valor probatorio; y 5) manera como el tribunal debe realizar la valorización de la prueba.

En términos generales, la existencia de presunciones de derecho; el valor de las escrituras públicas en ciertos respectos; el valor de la inspección del tribunal constando en acta y reuniéndose ciertos requisitos legales, etc. demuestran la preponderancia de este sistema en nuestro derecho, en forma atenuada. En verdad, en ninguna parte del mundo existe en forma íntegra. Incluso en nuestro país, contrario a lo que pueda decirse, a pesar de la obligatoriedad de ciertas normas, frente a la situación de conflicto entre ellas se produce una aplicación del principio de la sana crítica, a que haremos referencia más adelante, como por ejemplo las que establece el artículo 384 del Código de Procedimiento Civil respecto de la valoración de la prueba de testigos y el artículo 428 que señala que entre dos o más pruebas contradictorias, los tribunales preferirán la que crean más conforme con la verdad.

b) Libre Convicción

En el otro extremo a la prueba legal o tasada nos encontramos con la prueba libre o la libre convicción. Para algunos autores ésta se identifica con la prueba racional o moral.

Según Couture, debe entenderse por libre convicción “aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información susceptibles de ser fiscalizados por las partes. Dentro de este método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos.” (“Fundamentos...”, op. cit., pág. 146).

En este sistema el juez tiene absoluta libertad para apreciar o valorar la prueba, sea que los medios de prueba se encuentren preestablecidos o no: “basta con que el magistrado afirme que tiene la convicción moral de que los hechos han ocurrido de tal manera, sin que se vea en la necesidad de desenvolver, lógicamente, las razones que le conducen a la conclusión establecida” (Couture. Idem.). En nuestro parecer, el juez que valora la prueba de acuerdo a este sistema, debe fundamentar en su fallo la forma en la que él ha llegado a adquirir la convicción acerca de los hechos, en virtud del principio de la socialización de la sentencia.

Sus detractores sostienen que puede producirse arbitrariedad en la apreciación de la prueba, la que conduce a una decisión igualmente arbitraria. Se puede llegar a fallar la causa por una apreciación afectiva o subjetiva de los hechos. Por otra parte,

presenta una dificultad para el control por parte del tribunal superior respecto del mérito del fallo dictado por el inferior.

Sin embargo, exigiendo este sistema ineludiblemente la dictación de un fallo debidamente fundado y el establecimiento de un correcto sistema de recursos, puede no significar arbitrariedad.

Este sistema prácticamente no existe en Chile.

c) Sana Crítica

Este sistema constituye una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción, “sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última.” Couture expresa que “las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano”. Se engarzan en ella las reglas de la lógica y las reglas de la experiencia del juez. No sólo es lógica, sana razón, sino que exige la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida y que forma parte del patrimonio personal del juez.

“El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción.” (Couture. “Fundamentos”, op. cit., pág. 144).

El profesor Colombo, profesor anteriormente mencionado, explicando a Couture, expresa “la sana crítica son reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables, con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, pero que son estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”. La lógica es invariable. La máxima experiencia va surgiendo del devenir histórico.

Stein –citado por Colombo – define la máxima experiencia “como el conjunto de juicios fundados sobre la observación de lo que ocurre comúnmente y que pueden formularse en abstracto por toda persona de nivel mental medio”.

Según el profesor Colombo, la sana crítica está más cerca de la prueba tasada que la prueba en conciencia, que está más cerca de la libre convicción, porque “si bien es efectivo que este sistema es absolutamente judicial (contrario a apriorístico o extra-judicial) en cuanto a la valoración de la prueba, la libertad del juez está limitada por factores objetivos como son las máximas de experiencia”. Estos factores, agrega, son cambiantes, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos. (Colombo. “Apreciación de la Prueba”. Op. cit., págs. 17 y sgts.).

Se dice que el legislador estaría reemplazando la experiencia “oficializada” que contiene la ley (propia de la prueba legal), por la experiencia privada del juez, que tendría como contralor a las normas de la lógica, que son inmutables. Es decir, mirado desde otro punto de vista, las llamadas reglas reguladoras de la prueba tasada emanan de prácticas antiguas, las cuales emanan a su vez de la lógica y experiencia de los jueces, de modo tal que nuestros jueces podrán aplicarlas como guía en sus decisiones.

Es necesario tener presente que en el sistema de la sana crítica es posible que existan leyes reguladoras de la prueba, como en el sistema de prueba legal, a través de las cuales se establezcan los medios de prueba, la carga de la prueba y la forma y oportunidad en que deberá rendirse, sin alterar su naturaleza de tal, puesto que el elemento diferenciador está dado por la función que deberá desempeñar el juez en la valoración de la prueba.

Según la Jurisprudencia, basada en la doctrina, la sana crítica es “aquella que nos conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconsejan la razón y el criterio racional, puestos en juicio. Conforme a su acepción gramatical, puede decirse que es el análisis, hecho en forma sincera y exento de malicia, de las opiniones expuestas acerca de cualquier asunto. Las reglas que la constituyen no están formuladas en la ley. Trátase por ende, de un proceso intelectual, interno y subjetivo del que analiza una opinión expuesta por otro, o sea, consiste en una materia esencialmente de apreciación y, por lo mismo, de hecho, cuya estimación corresponde exclusiva y privativamente a los jueces del fondo”.

De todo lo expuesto, podemos concluir que se trata de un sistema intermedio entre la libre convicción y la prueba legal, en el cual se le otorga una mayor libertad al juez para la valoración de la prueba, alejado de la amarra intelectual a que puede conducir la prueba tasada y controlando la arbitrariedad a que puede conducir la libre convicción. Dicha libertad se encuentra encausada, para no decir limitada, por reglas objetivas como son las reglas de la lógica y las máximas de experiencia.

Cuando veamos la aplicación del principio formativo correspondiente al procedimiento del trabajo actual, veremos que el Código del Trabajo al recoger este sistema de la sana crítica, formula una suerte de definición en la cual se incorporan todos los elementos que constituyen dicho sistema. Allí se establece que el juez al apreciar las pruebas según la sana crítica, “deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en cuya virtud les designe valor o las desestime”. “En general –agrega el precepto– tomará en consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador”.

En nuestro derecho común podemos encontrar algunos ejemplos en que el legislador autoriza al juez para apreciar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, aun cuando nunca define que se debe entender por tal. Un problema de concepto y de significado se ha presentado en la legislación chilena con el empleo de la expresión “prueba en conciencia”. Tal como lo adelantáramos, ha sido motivo de discusión la exacta ubicación de este sistema, puesto que, algunos autores lo consideran como un sistema intermedio entre la sana crítica y la libre convicción. Para otros, es equivalente al sistema de libre convicción y para otros, es sinónimo de sana crítica.

El profesor Hugo Pereira, en cambio, interpreta que el método seguido por la ley procesal del trabajo (antiguo Código del Trabajo) al hablar de apreciación de la prueba “en conciencia” se está refiriendo a la sana crítica.

Esta interpretación es la más acorde con la evolución que ha ido teniendo la Jurisprudencia de nuestros tribunales superiores, que en un principio sostuvo que se apreciaba la prueba en conciencia cuando se actuaba haciendo el bien y evitando el mal, basado en el concepto de la voz conciencia que da el Diccionario de la Lengua Española.

APLICACIÓN

Se ha dicho en innumerables ocasiones, que el legislador optó por el sistema de la sana crítica para la apreciación de la prueba.

En el procedimiento anteriormente vigente se establecía que “el juez podrá apreciar la prueba en conciencia...”, lo que suscitaba variadas interpretaciones. En la ley actual se soluciona este aspecto definiendo expresamente la sana crítica como el método de valoración de la prueba adoptado y además definiendo expresamente su significado.

La prueba, en general, es uno de los aspectos más novedosos que presenta el actual procedimiento del trabajo, tanto por su sistema de valoración como por la amplitud dada la juez para aceptar y recibir todos los elementos de convicción que estime pertinente y que conduzca o pueda conducir al establecimiento de los hechos.

Sabia es la decisión del legislador, a nuestro juicio, en torno a terminar con antiguas discusiones acerca del sistema de valoración de la prueba, estableciendo directamente que “*el tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.*” No obstante, el trabajo había sido completo si hubiese modificado otros preceptos del mismo Código del Trabajo en donde todavía se habla de apreciación de la prueba en conciencia, respecto de los cuales debe entenderse de todos modos que se trata de la sana crítica. Lo mismo puede decirse respecto del sistema de apreciación de la prueba propuesta para el juicio de menor cuantía, lo cual es producto de una modificación posterior del código, en el cual señala que se apreciará en conciencia, echando por tierra toda la claridad que al respecto se había logrado.

Sin embargo, es necesario hacer presente que el sistema, preponderante en el derecho chileno, de la prueba legal o tasada, también está presente cuando hablamos del sistema probatorio general. Explicamos con anterioridad que en lo que se refiere a la forma para rendir las pruebas y a la oportunidad en que debe rendirse dentro del proceso, no cabe duda se aplican las reglas expresamente establecidas en la ley. En cuanto a los medios de prueba con los que se puede contar para el establecimiento de los hechos, podríamos decir que estamos frente a un sistema mixto, por cuanto si bien es cierto que la ley establece y regula cuales son los medios de prueba de que han de servirse las partes, también es cierto que la disposición que se refiere a los medios de prueba de las partes, como la que se refiere a las medidas para mejor resolver y a otras diligencias encaminadas a comprobar los hechos controvertidos, dan mayor amplitud para introducir en el proceso otros medios para el establecimiento de los mismos.

Lo mismo puede decirse respecto del valor probatorio de los diversos medios de prueba que, si bien es cierto existe libertad para la apreciación de ellos, hemos dicho

que el juez ha de tener en cuenta el valor probatorio que la propia ley se encarga de dar para cada medio como por ejemplo respecto de la prueba de testigos.

El problema se plantea en mayor medida con ciertos medios de prueba, como lo son la confesión y las presunciones. Respecto de estas últimas, cuando se trata de presunciones de derecho ¿cabe su apreciación de acuerdo con las reglas de la sana crítica?. Cuando la ley establece una presunción de derecho está dando un valor probatorio. Una cosa que se presume de derecho no admite prueba en contrario. Lo que sí puede probarse es el presupuesto de la misma, prueba respecto de la cual sí, admitimos, cabe una apreciación conforme a la lógica y la experiencia. Así lo entendió el legislador que en el Código del Trabajo, estableció que *“las presunciones simplemente legales se apreciarán también en la misma forma”*, es decir, en conformidad a las reglas de la sana crítica. Contrario sensu, las presunciones de derecho no.

También respecto de la confesión es necesario hacer un alcance. No cabe duda que, al igual que el resto de las pruebas, debe ser valorada conforme a las reglas de la sana crítica. Sin embargo, respecto de la confesión tácita, la ley está dándole valor probatorio cuando concurren determinadas circunstancias, diferenciándose así de lo que ocurre en el Código de Procedimiento Civil, lo que tiene por objeto evitar que quien maliciosamente elude una confesión quede impune, lo que presenta una aparente contradicción con la sana crítica.

Originalmente el proyecto de la ley le daba valor de plena prueba a los hechos afirmados en el pliego, cuando el absolvente no concurría o si compareciendo se negare a declarar o diere respuestas evasivas.

Con la redacción finalmente dada se deja claramente establecido que si no comparece en única citación o si compareciendo se negare a declarar o diere respuestas evasivas, se presumirán efectivos los hechos categóricamente afirmados en el pliego. Respecto de las posiciones redactadas en forma interrogativa no se aplicará el artículo 394 del Código de Procedimiento Civil, es decir, no se le podrán imponer multas ni arrestos para exigir la declaración.

Lo que se establece, por lo tanto, respecto de la confesión tácita es una presunción, la cual, según dijimos, se apreciará conforme a las reglas de la sana crítica. Es allí donde el juez determinará si tiene la gravedad, concordancia y precisión necesarias para hacer plena prueba o no.

Respecto de la confesión expresa, su valor está dado por el artículo 1.713 del Código Civil. Difícilmente admitirá contrargumento. Sin embargo, al igual que toda la prueba, el juez podría desestimarla de acuerdo a la razón y a la experiencia, debiendo, sin duda, argumentarlo en la sentencia.

El artículo 456 se refiere a la fundamentación que en la sentencia debe hacer el juez de la prueba dentro de este sistema. Dijimos en la parte pertinente a la apreciación de la prueba y a la sentencia, que el artículo 456 era uno de los mejores concebidos de la ley creadora del procedimiento del trabajo. En cierto modo, en dicha disposición se define un poco la sentencia y se dan, por otro lado, los elementos más importantes que se debe tener en cuenta para apreciar una prueba conforme a las reglas de la sana

DOCTRINA

crítica. Esta norma ha de enriquecer el espíritu general de la legislación a la hora de decidirse frente a la sana crítica como método de valoración de la prueba.

A continuación reproducimos el citado artículo que goza, además, de la virtud de la claridad, por lo que se explica por sí mismo, por su propia lectura: *“Al apreciar las pruebas según la sana crítica, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en cuya virtud les designe valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador.”*

ORDEM PÚBLICA E TUTELA DO EMPREGO: AS DISPENSAS INDIVIDUAIS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO. DISPENSA COLETIVA E POR MOTIVOS CENSURÁVEIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO EUROPEU*

Alice Monteiro de Barros**

SUMÁRIO: 1 Estabilidade no emprego; 1.1 Direito positivo brasileiro; 1.2 Empregados não amparados pela estabilidade; 1.3 Cessação das relações de trabalho dos portadores de estabilidade; 1.4 Críticas ao instituto da estabilidade; 1.5 Despedida obstativa da estabilidade; 1.6 Natureza jurídica da estabilidade; 2 Instituição do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço; 2.1 Primeiro momento histórico da flexibilização; 2.1.1 Conselho curador do FGTS; 2.2 Constituição do FGTS. Dos depósitos; 2.3 Dos saques; 2.4 Trabalhador aposentado que continua trabalhando após o benefício previdenciário; 2.5 Relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa à luz da Constituição vigente; 2.5.1 Denúncia da Convenção nº 158 da OIT; 3 Interdependência dos dois regimes; 3.1 Prescrição; 4 Dispensas verificadas por motivos censuráveis; 5 Considerações gerais; 6 Tutela do emprego no ordenamento jurídico comunitário europeu; dispensas verificadas por motivos censuráveis e dispensas coletivas; 6.1 A noção de igualdade; 6.2 Despedida coletiva.

1 ESTABILIDADE NO EMPREGO

1.1 *Direito positivo brasileiro*

O Direito do Trabalho Brasileiro ainda se caracteriza pela predominância de normas de ordem pública, insuscetíveis de renúncia e, em consequência, apresenta-se como um organismo de proteção ao trabalhador.¹

* Texto ampliado de exposição feita na Universidade de Modena (Itália), por ocasião de Congresso promovido pela Universidade de Parma, Modena e Reggio Emilia, em fevereiro de 2002, sobre Contrato de Trabalho Transnacional.

** *Juíza do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – Minas Gerais. Brasil. Professora Adjunta IV da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Diretora de Relações Internacionais da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Jr.*

1 Tramita no Congresso Nacional projeto de lei alterando a redação do art. 618 da CLT. A nova redação prevê a possibilidade de disposições de convenção ou acordo coletivo a respeito de condições de trabalho prevalecerem sobre o disposto em lei, desde que não contrariem a Constituição Federal e as normas de segurança e saúde do trabalho. Cf. o teor da modificação sugerida: “Art. 618: As condições de trabalho ajustadas mediante convenção ou acordo coletivo prevalecem sobre o disposto em lei, desde que não contrariem a Constituição Federal e as normas de segurança e saúde do trabalho”.

Nessa linha de idéias a Constituição da República de 1988 enumera, no art. 7º, um elenco expressivo de direitos sociais, como garantias mínimas, além de outros porventura assegurados, embora haja projeto de lei tramitando no Senado, substituindo o caráter de ordem pública das leis ordinárias regulamentadores destes direitos, pela autonomia coletiva dos sindicatos, que estão muito enfraquecidos neste momento histórico do país.

Contraditoriamente, esta Constituição retrocedeu em relação às anteriores no que se refere à tutela do emprego. Para que se entenda este retrocesso é necessário um breve histórico a respeito da tutela da ocupação na evolução legislativa brasileira.

O Brasil é um país jovem, se comparado com as Nações Européias.

Uma das primeiras leis trabalhistas no Brasil surge em 1923 e seu objetivo imediato foi assegurar o custeio do sistema previdenciário. E para concretizar esse objetivo instituiu-se a estabilidade no emprego, de início para os ferroviários que tivessem mais de dez anos de serviço junto ao mesmo empregador e, paulatinamente, para outras categorias de trabalhadores até que a Lei nº 62, de 1935, a concedeu a todos os trabalhadores urbanos. Em 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que é a principal lei ordinária trabalhista do Brasil, disciplinou a matéria, no art. 492, dispondo que o empregado urbano que tivesse “mais de dez anos de serviço na mesma empresa não poderia ser despedido, salvo por falta grave ou circunstância de força maior”, independentemente da dimensão da empresa.

Em 1946, a estabilidade no emprego foi assegurada também aos trabalhadores rurais, por força de preceito constitucional.

1.2 Empregados não amparados pela estabilidade

Estão excluídos desta estabilidade os dirigentes contratados para cargos de confiança (art. 499 da CLT) e os trabalhadores de escritórios de profissionais liberais (art. 507 da CLT).

O ocupante do cargo de confiança, no Brasil, embora não seja, por força de lei, destinatário de um contrato especial de trabalho, como ocorre na Itália, ocupa posição *sui generis* no Direito do Trabalho brasileiro. A exclusão deste trabalhador da estabilidade se justifica, porque a confiança nele depositada poderá deixar de existir em face de motivos imponderáveis, quase imperceptíveis perante terceiro.² O cargo de confiança que inviabiliza a concessão da estabilidade é aquele que investe o seu titular em poderes de gestão, aos quais se equiparam os diretores, chefes de departamento e outros análogos, com padrão mais elevado de vencimento, na forma do art. 62 da CLT. A confiança, nestes casos, não se confunde com aquela que deve existir entre os trabalhadores e as empresas, em geral.

2 RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à CLT*, 13. ed., Rio de Janeiro: Forense, v. I, p. 605.

Cumpra salientar, entretanto, que o período de desempenho do cargo de confiança era adicionado ao cargo efetivo, eventualmente ocupado pelo empregado, para lhe conceder a estabilidade decenal neste último.

Se, todavia, o empregado tivesse se limitado a exercer na empresa, apenas as atribuições atinentes ao cargo de confiança, ele jamais adquiriria a estabilidade, e, ao ser dispensado, receberia indenização simples, na forma prevista nos art. 477 e 478 da CLT, pouco importando contasse dez ou mais anos de serviço junto ao mesmo empregador. Isto é, para cada ano trabalhado receberia o equivalente a uma remuneração mensal.

Inexplicavelmente ficaram excluídos também da esfera normativa da estabilidade de no emprego os empregados de escritório ou consultórios de profissionais liberais, embora fossem estes últimos equiparados a empregador, por força do art. 2º, § 1º, da CLT.

Alguns autores,³ com o objetivo de atenuar a injustiça do legislador para com esses trabalhadores, sustentavam que o dispositivo legal acima citado não alcançava os que trabalhavam em grandes escritórios ou organizações técnicas. Ocorre que a lei não contém esta exceção e introduzi-la por meio de um recurso de interpretação poderá violar o princípio da isonomia e conduzir a um acentuado subjetivismo na apreciação dos casos concretos.

1.3 Cessação das relações de trabalho dos portadores de estabilidade

A dispensa injustificada do destinatário da estabilidade é nula e autoriza a reintegração com o pagamento da remuneração mensal, aí incluídas as férias e gratificação natalina, entre a dispensa e a sentença judicial.

Se, entretanto, *houver incompatibilidade na manutenção do vínculo empregatício*, estas verbas serão acrescidas da indenização de antiguidade, tudo conforme sentença definitiva da Justiça do Trabalho. Esta indenização será em dobro, ou seja, para cada ano de trabalho o empregado receberá a esse título duas remunerações mensais (a maior recebida na empresa), acrescidas de 1/12 da gratificação natalina (Enunciado nº 24 do TST). O empregado receberá, ainda, a indenização nestes moldes, se procedente o pleito *de rescisão indireta ou encerramento voluntário das atividades empresariais*, onde se inclui a falência.

Fica esclarecido que, sendo estável o empregado e autorizada a *rescisão indireta* do contrato pela Justiça do Trabalho, por culpa do empregador (art. 483 da CLT), os salários e demais vantagens contratuais serão devidos até a sentença que decreta a ruptura contratual.⁴

3 COSSERMELLI, Eduardo. *Contrato Individual de Trabalho*, p. 326 e TOSTES MALTA, Cristóvão P. *Consolidação das Leis do Trabalho Comentada*, p. 473 e 474, 4. ed. Ambos *apud* RUSSOMANO, Mozart Victor. *Op. cit.*, p. 615.

4 "RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO – PERÍODO DE AFASTAMENTO – SALÁRIOS. Só quando se trata de empregado que goza de estabilidade é que tem natureza constitutiva a sentença que decreta a rescisão contratual por culpa do empregador. Nesta hipótese, os salários são devidos ao empregado até a data da sentença que põe fim ao contrato. No caso de empregado não está-

Convém salientar que se a dissolução do contrato ocorrer por *culpa recíproca ou força maior*, mesmo que estável o empregado, a indenização será simples (art. 484 e 502, II, da CLT) e o seu cálculo far-se-á à razão de uma remuneração mensal para cada ano trabalhado. Por força maior entende-se a circunstância inevitável para a qual o empregador não concorreu, de forma direta ou indireta.

Na hipótese de cessação do contrato de trabalho por *demissão* (ato voluntário do empregado), dispensa por *justa causa, morte do trabalhador* e em *vários casos de aposentadoria*, exceto a compulsória requerida pelo empregador, não haverá direito à indenização. Em se tratando de aposentadoria compulsória, requerida pelo empregador, a indenização será simples.

Saliente-se que o pedido de *demissão* do empregado estável só será válido se efetuado com a assistência do sindicato e, se não houver, perante autoridade local competente do Ministério do Trabalho ou da Justiça do Trabalho (art. 500 da CLT).

Cessado o contrato por *transação* entre as partes, o trabalhador receberá o equivalente a 60% da indenização em dobro, em se tratando de empregado estável (art. 6º do Decreto nº 99.684, de 1990).

1.4 Críticas ao instituto da estabilidade

A estabilidade vinha sendo objeto de críticas. Sustentavam que ela era um “escudo” protetor dos maus empregados e que era suscetível de fraude, pois o empregador poderia dispensar o trabalhador às vésperas de completar dez anos de serviço, o que, de fato, ocorria, levando a jurisprudência a criar a figura da despedida obstativa da estabilidade, a qual autoriza não a reintegração, mas a indenização em dobro.

1.5 Despedida obstativa da estabilidade

Presumia-se obstativa da estabilidade a despedida, sem justo motivo, do empregado que alcançasse nove anos de serviço na empresa (Enunciado nº 26 do TST). Neste caso, o empregado tinha a seu favor a presunção de que a despedida evitou-lhe impedir a aquisição da estabilidade, competindo ao empregador destruir esta presunção. Constando o empregado menos de nove anos de serviço junto ao mesmo empregador, a despedida obstativa poder-se-ia configurar, porém, neste caso, o ônus da prova recairia sobre o empregado.

vel, diferentemente, a Sentença que reconhece a culpa do empregador não tem natureza constitutiva. O término da relação de emprego ocorre no momento em que o empregado dá por rescindido o contrato, com o afastamento dos serviços, sendo, pois, os salários devidos apenas até esta oportunidade. Recurso de Embargos parcialmente conhecido e provido para excluir da condenação o pagamento dos salários relativos ao período posterior ao afastamento do empregado do serviço”. TST-ERR 32054/1991 – SBDI-1 – Rel. Min. Vantuil Abdala – DJU 12.02.1999, p. 00059.

1.6 Natureza jurídica da estabilidade

As teorias que procuravam explicar a natureza jurídica da estabilidade desdobram-se em dois grupos: contratuais e extracontratuais. Os adeptos da teoria contratualista viam na estabilidade uma fonte de conservação do emprego e de tutela de certos interesses, enquanto a vertente extracontratualista a via como um instrumento de segurança social. Logo, pertencem às teorias extracontratuais as teses que encontravam no instituto da estabilidade um meio para garantir a sobrevivência, obter a aposentadoria e uma tutela do direito ao trabalho.

2 INSTITUIÇÃO DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO

2.1 Primeiro momento histórico da flexibilização

Em 1967 foi introduzido no Brasil, ao lado da estabilidade, o regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), exatamente no primeiro momento histórico da flexibilização, como imposição do chamado direito do trabalho da emergência.

Permitiu-se na Constituição República (1967) a coexistência dos dois regimes: o da estabilidade prevista na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e o do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).

Embora a Lei nº 5.107, de 1966 (com vigência a partir de 1967), que criou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço o instituiu em caráter optativo, na verdade era uma falsa opção, pois o novo trabalhador, se não manifestasse a opção por esse novo regime, não obteria o emprego. E os antigos trabalhadores que optassem pelo FGTS renunciariam à estabilidade. Até então, o sistema do FGTS estendia-se apenas aos empregados urbanos e era, pelo menos em tese, facultativo.⁵

Com a Constituição de 1988, o ingresso no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço passou a ser automático, não havendo mais opção, logo, a antiga estabilidade na empresa que se adquiria ao completar 10 anos de serviço junto ao mesmo dador de trabalho foi extinta, respeitado o direito adquirido dos que já a possuíam em 5.10.88, data do início de vigência da nossa Constituição (art. 14 da Lei nº 8.036, de 1990). O regime do FGTS passou a existir também no meio rural, a partir de 1988.

2.1.1 Conselho curador do FGTS

À luz do art. 3º da Lei nº 8.036, de 1990, o FGTS será regido segundo normas e diretrizes estabelecidas por um Conselho Curador, integrado por três representantes da categoria dos empregadores, além de um representante de cada uma das seguintes entidades: Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento; Ministério do Trabalho e da

5 Convém salientar que o Fundo de Garantia não guarda semelhança com o instituto jurídico existente na Itália, com a mesma nomenclatura. Neste último país, o Fundo de Garantia destina-se a socorrer os trabalhadores na hipótese de falência da empresa.

Previdência Social; Ministério da Ação Social; Caixa Econômica Federal e Banco Central do Brasil.

A Presidência do Conselho Curador será exercida pelo representante do Ministério do Trabalho e da Previdência Social (§ 1º do art. 3º da Lei nº 8.036, de 1990).

Os órgãos oficiais far-se-ão representar, no caso dos Ministérios, pelos Ministros de Estado e, no caso dos demais órgãos, por seus Presidentes, na qualidade de membros titulares, cabendo-lhes indicar seus suplentes ao Presidente do Conselho Curador, que os nomeará (§ 2º do art. 3º da Lei nº 8.036, de 1990).

Os representantes dos trabalhadores e dos empregados e seus respectivos suplentes serão indicados pelas respectivas centrais sindicais e confederações nacionais e nomeados pelo Ministro do Trabalho e da Previdência Social, e terão mandato de 2 (dois) anos, podendo ser reconduzidos uma única vez (§ 3º do art. 3º da Lei nº 8.036, de 1990).

O Conselho Curador reunir-se-á ordinariamente, a cada bimestre, por convocação de seu Presidente. Esgotado esse período, não tendo ocorrido convocação, qualquer de seus membros poderá fazê-la, no prazo de 15 (quinze) dias. Havendo necessidade, qualquer membro poderá convocar reunião extraordinária, na forma que vier a ser regulamentada pelo Conselho Curador (§ 4º do art. 3º da Lei nº 8.036, de 1990).

As decisões do Conselho serão tomadas com a presença, no mínimo, de 7 (sete) de seus membros, tendo o Presidente voto de qualidade (§ 5º do art. 3º da Lei nº 8.036, de 1990).

As despesas porventura exigidas para o comparecimento às reuniões do Conselho constituirão ônus das respectivas entidades representadas (§ 6º do art. 3º da Lei nº 8.036, de 1990).

As ausências ao trabalho dos representantes dos trabalhadores no Conselho Curador, decorrentes das atividades desse órgão, serão abonadas, computando-se como jornada efetivamente trabalhada para todos os fins e efeitos legais (§ 7º do art. 3º da Lei nº 8.036, de 1990).

2.2 Constituição do FGTS – Dos depósitos

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço é constituído de uma conta bancária formada pelos depósitos feitos pelo empregador em nome do trabalhador na qual o primeiro deposita em nome deste último, mensalmente, 8% da sua remuneração,⁶ salvo se se tratar de contrato de aprendizagem, cuja alíquota será reduzida para 2% (art. 15, § 7º da Lei nº 8.036). Este valor é depositado na Caixa Econômica Federal que o atualiza com juros e correção monetária, sendo ela o agente operador.

6 O FGTS incide sobre a remuneração mensal do empregado, inclusive horas extras e adicionais eventuais (Enunciado nº 63 do TST). O FGTS incide também sobre todas as parcelas de natureza salarial pagas ao empregado, em virtude de prestação de serviços no exterior (Orientação Jurisprudencial da SDI-1 do TST, nº 232).

Os depósitos na conta vinculada do FGTS são devidos nos casos de interrupção do contrato, como nos quinze primeiros dias de afastamento por doença, concessão de férias, licença-paternidade, entre outras e, em algumas hipóteses de suspensão do contrato como afastamento para prestação de serviço militar, acidente do trabalho e licença-maternidade (art. 28 do Regulamento do FGTS – Decreto nº 99.684, de 08.11.90).

Os depósitos na conta vinculada do FGTS são impenhoráveis, havendo uma vertente doutrinária que lhe atribui a natureza jurídica de salário diferido.

2.3 *Dos saques*

Enquanto subsistir o contrato de trabalho, estes depósitos serão utilizados pelo governo em sistema habitacional do país e no saneamento básico.

Em princípio, só se permite a movimentação imediata desta conta do FGTS, na cessação do contrato, por motivo alheio à vontade do trabalhador. É vedado ao trabalhador movimentar a conta do FGTS, na hipótese de cessação do contrato por *saída espontânea* (demissão) ou *justa causa* (art. 15 do Decreto nº 99.684, de 1990).

Na vigência do contrato de trabalho ele está autorizado a receber o valor da conta do Fundo de Garantia quando: for pagar parte das prestações decorrentes de financiamento habitacional concedido no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação (SFH); for pagar parte das prestações, liquidar ou amortizar o saldo devedor de financiamento imobiliário, desde que seja concedido no âmbito do SFH e haja interstício mínimo de 02 anos para a movimentação (art. 20, V e VI da Lei nº 8.036); for pagar total ou parcialmente o preço da aquisição de moradia própria nas condições vigentes para o SFH (art. 20, VII da Lei nº 8.036); permanecer o trabalhador 03 anos ininterruptos, a partir de 01.06.1990, fora do regime do FGTS (art. 20, VIII); for o trabalhador aplicar em quotas de Fundos Mútuos de Privatização, regidos pela Lei nº 6.385, de dezembro de 1976 (art. 20, XII); for o trabalhador ou seus dependentes acometidos de neoplasia maligna (item XI do art. 20 introduzido pela Lei nº 8.922/94) ou forem portadores do vírus HIV (item XIII do art. 20, incluído pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 24.08.01); o trabalhador ou qualquer de seus dependentes estiver em estágio terminal, em razão de doença grave, nos termos do regulamento (art. 20, XIV da Lei nº 8.036, introduzido pela já citada Medida Provisória); tiver idade igual ou superior a 70 anos (art. 20, XV, introduzida pela Medida Provisória mencionada).

Ressalte-se que é proibida a movimentação da conta vinculada do FGTS nas hipóteses dos incisos V, VI e VII do art. 20 da Lei nº 8.036, de 1990 – art. 20, § 17, nas operações firmadas a partir de 25.06.98, caso o adquirente já seja proprietário ou promitente comprador de imóvel localizado no município onde resida, ou já possua, em qualquer parte do país, pelo menos um financiamento nas condições do SFH.

Em se tratando de *dispensa injusta ou rescisão indireta*, o empregador deverá pagar mais 40% do valor dos depósitos mensais atualizados, realizados por ele na conta vinculada do Fundo de Garantia do trabalhador (art. 9º, § 1º, do Decreto nº 99.684, de 1990).

Havendo *culpa recíproca ou força maior* reconhecida pela Justiça do Trabalho, como responsável pela dispensa, o empregador pagará mais 20% do valor dos depósitos e o empregado receberá a conta vinculada (art. 9º, § 2º do Decreto nº 99.684, de 1990).

Na hipótese de *morte* do trabalhador, seus dependentes receberão o valor do Fundo de Garantia que estiver depositado.

O trabalhador poderá sacar o valor do Fundo de Garantia, sem o aumento de 20% ou 40%, quando o contrato for *extinto por aposentadoria, término de contrato a prazo e encerramento voluntário das atividades da empresa*, embora neste último caso parte da jurisprudência e da doutrina lhe atribua o mesmo tratamento previsto para o empregado na despedida injusta. Sucede que a Lei nº 8.036, ao tratar do encerramento voluntário das atividades da empresa, não prevê a multa de 40% como direito do obreiro.

2.4 Trabalhador aposentado que continua trabalhando após o benefício previdenciário

Ainda que o trabalhador aposentado espontaneamente continue a prestar serviços na mesma empresa, considera-se que um novo contrato se firmou, pois a aposentadoria implica extinção do contrato, nos termos do art. 453 da CLT. Indevida, pois, a soma de período que se extingue com a aposentadoria para fins de incidência da multa de 40% do FGTS, na hipótese do último contrato cessar por despedida injusta (Orientação Jurisprudencial nº 177 da SDI-1 do TST).

2.5 Relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa à luz da Constituição vigente

A Constituição da República, no artigo 7º, I, assegura entre os direitos do trabalhador “a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”. Ocorre que o preceito em questão não é auto-aplicável; falta vontade política na edição da referida lei complementar.

Portanto, no estágio atual da nossa legislação, o trabalhador de empresa privada não é destinatário de tutela quanto à ocupação, sendo a dispensa um direito potestativo do empregador, salvo se à época da promulgação da Constituição da República (5.10.1988) já fosse amparado pela estabilidade prevista no art. 492 da CLT.

2.5.1 Denúncia da Convenção nº 158 da OIT

Perdemos grande oportunidade de assegurar uma tutela efetiva ao emprego, quando o Brasil ratificou a Convenção Internacional 158 da OIT, em 1996. Infelizmente isto não ocorreu e o Governo Brasileiro denunciou esta norma internacional no mesmo ano, tendo o STF concedido liminar na ADIN-1480-3-DF suspendendo os efeitos desta Convenção. Afirmavam alguns que ela era incompatível com o art. 7º, I e

art. 10, I, do ADCT da Constituição vigente, pois o preceito exigia lei complementar para regulamentá-lo. Outros afirmavam que ela regulamentava o término da relação de trabalho pelo empregador e não a dispensa arbitrária ou a indenização compensatória. De acordo com o art. 1º do citado instrumento internacional dever-se-ia dar efetividade aos seus dispositivos, por lei nacional, salvo quando aplicada por meio de convenção coletiva, laudo arbitral ou sentença judicial.

3 INTERDEPENDÊNCIA DOS DOIS REGIMES

Com a Constituição de 1988, o regime do FGTS deixou de ser facultativo e foi instituído obrigatoriamente para todos os empregados.

Poderão ocorrer situações jurídicas em que os dois regimes se interpenetram.

Na hipótese de o empregado possuir um tempo de serviço disciplinado pelo *caput* do art. 477 da CLT, aplicado ao rural subsidiariamente (art. 9º do Decreto nº 73.626, de 1974), a partir de 05.10.88, com a vigência do FGTS os dois regimes se interpenetram, situação rara nos dias de hoje. Logo, se em 05.10.88, o empregado possuía dez ou mais anos de serviço (art. 492 da CLT, aplicado ao rural, subsidiariamente) junto ao mesmo empregador fora do regime do FGTS, ainda que após a referida data ingressasse automaticamente nesse regime, *a despedida injusta é nula*, pois continua portador de estabilidade. O empregado deverá ser reintegrado. *Se o tempo anterior ao ingresso no FGTS for inferior a 10 anos, a dispensa é válida*, porém, ser-lhe-á assegurada a indenização simples (art. 477) e pelo período posterior a 05 de outubro de 1988 sacará a conta vinculada do FGTS, acrescida da multa de 40%.

Na hipótese de obter em juízo *rescisão indireta* sob o novo regime, fará jus à indenização em dobro pelo tempo anterior a 05 de outubro de 1988 e à conta vinculada do FGTS acrescida de 40% após esta data. Não sendo estável, esta indenização será simples, isto é, não dobra e pelo período posterior a 05 de outubro de 1988 sacará a conta vinculada do FGTS, acrescida de 40%. *Cessado o contrato por falência ou outra causa de encerramento voluntário das atividades da empresa*, o empregado estável receberá indenização em dobro pelo período anterior ao ingresso no regime do FGTS e o não estável fará jus à indenização simples, nas duas situações, sem prejuízo do saque da conta vinculada do FGTS.

Caso a *dissolução do contrato ocorra por iniciativa do empregado* (demissão) ele perderá a indenização, sendo estável ou não e terá acesso ao FGTS nas hipóteses de pagamento total ou parcial do preço de aquisição de moradia pelo sistema financeiro habitacional, quando for ele ou seus dependentes acometidos de neoplasia maligna, forem portadores do vírus HIV, estiverem em estágio terminal em virtude de doença grave, quando o trabalhador tiver idade igual ou superior a 70 anos, quando o trabalhador permanecer 03 anos ininterruptos, a partir de 01.06.1990, fora do regime do Fundo de Garantia, entre outras hipóteses citadas no art. 20 da Lei nº 8.036, de 1990.

Em se tratando de *extinção do contrato por morte do empregado, aposentadoria por tempo de serviço, invalidez ou idade*, não há que se falar em indenização,

independentemente de ser ou não estável e o FGTS será sacado sem acréscimo, ressaltando-se que, na hipótese de morte, o levantamento do valor é feito pelos dependentes habilitados junto à Previdência Social.

Na cessação do contrato por *culpa recíproca ou força maior*, a indenização é simples, em se tratando de empregado portador de estabilidade e pela metade em relação ao não estável (art. 484 da CLT), sendo o FGTS, pelo período posterior a 05.10.88, recebido pelo trabalhador com um acréscimo de 20% sobre a totalidade dos depósitos.

Na hipótese de despedida calcada em *falta grave* devidamente comprovada, o empregado perderá a indenização de antiguidade e o FGTS só será sacado nas hipóteses de aquisição de moradia pelo sistema financeiro habitacional do país, doença grave (neoplasia maligna ou vírus HIV) do empregado ou de seus dependentes, estágio terminal em face de doença grave, quando o trabalhador permanecer 03 anos ininterruptos, a partir de 01.06.1990, fora do regime do Fundo de Garantia, implemento de idade (70 anos), etc.

3.1 Prescrição

Transcorridos mais de dois anos da cessação do contrato de trabalho estão prescritos os créditos resultantes da relação de emprego, aí incluídas a indenização e o não-recolhimento da contribuição do FGTS (E. 362/TST). Lembre-se, ainda, que a transferência do regime jurídico de celetista para estatutário implica extinção do contrato de trabalho, fluindo o biênio prescricional a partir da mudança de regime (Orientação Jurisprudencial nº 128 da SDI-1 do TST).

4 DISPENSAS VERIFICADAS POR MOTIVOS CENSURÁVEIS

A dispensa verificada por motivo censurável é nula e autoriza a reintegração, caso o prazo de garantia de emprego não tenha se escoado, pois se isto ocorrer fará jus ao pagamento dos direitos alusivos ao período correspondente. Os trabalhadores brasileiros desfrutam da chamada, impropriamente, “estabilidade provisória” ou “estabilidade especial”, a qual garante o emprego, dentro de limites temporais, em virtude de interesse da categoria ou circunstâncias especiais. Muitas destas “estabilidades provisórias” foram criação da jurisprudência e estão hoje inseridas em leis.

E assim é que, tutela-se o emprego em decorrência de:

a) dispensa proveniente de razões discriminatórias ou de motivo ilícito: a par das proibições constitucionais (art. 3º, IV, art. 4º, VIII e art. 5º, XLI e XLII e 7º, XIII), o artigo 1º da Lei nº 9.029, de 1995, afirma que é vedado o rompimento do contrato de trabalho por “motivo de sexo, origem, raça,⁷ cor, estado civil, situação familiar ou

7 DISCRIMINAÇÃO RACIAL NO EMPREGO – REINTEGRAÇÃO. Embora o TRT tenha sustentado que não houve discriminação racial na despedida do autor, as premissas fáticas identificadas no acórdão recorrido revelam que ela existiu. Diante dessa circunstância e levando-se em conta os aspectos sociais que envolvem o tema, deve ser invocada a responsabilidade objetiva do empregador pelos atos pratica-

idade, salvo as hipóteses de proteção ao trabalho do menor”. A consequência desta proibição é, por força do art. 4º da Lei nº 9.029, de 1995, a reintegração, com direito à retribuição global desde a dispensa até o dia do retorno ao serviço ou ao pagamento em dobro desta retribuição, se o trabalhador optar pelo rompimento do contrato, como previsto no art. 4º da Lei nº 9.029 de 1995;⁸

b) dispensa verificada em violação do art. 10, II, *b* do Ato das Disposições Transitórias (ADI) da Constituição de 1988, segundo o qual “é vedada a dispensa arbitrária ou injustificada da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”. A responsabilidade do empregador é objetiva. São suficientes a prova da gravidez e a da despedida injustificada. A consequência é a reintegração ou não sendo possível por fato alheio à vontade da trabalhadora, ela fará jus à retribuição global deste período. É certo que o Enunciado 244 do TST não autoriza a reintegração, assegurando-lhe apenas o direito a salários e vantagens correspondentes ao período e seus reflexos. Ocorre que este enunciado foi editado quando se assegurava à empregada estabilidade provisória por um curto período de noventa dias após o término da licença-maternidade, como previsto em Precedente Normativo (nº 49) do TST, posteriormente alterado, em face da vigência da Constituição de 1988.

Essa Carta ampliou a garantia de emprego, vedando a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, de acordo com o art. 10, II, *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.⁹

dos pelo seu empregado ou preposto no exercício do trabalho que lhe competia, mesmo que, tal como consignado pelo colegiado de origem, à época da dispensa aquele desconhecesse os atos perpetrados por este. Esclareça-se que o empregador, ao recorrer aos serviços do preposto, está delegando poderes a ele inerentes, não podendo, portanto, eximir-se de responsabilidade. Também como fundamento, deve ser registrado que o ordenamento jurídico pátrio, desde as constituições anteriores, repudia o tratamento discriminatório, seja pelos motivos, dentre outros, de raça, cor e religião. Destarte, os princípios constitucionais, associados aos preceitos legais e às disposições internacionais que regulam a matéria, autorizam o entendimento de que a despedida, quando flagrantemente discriminatória, deve ser considerada nula, sendo devida a reintegração no emprego. Inteligência dos art. 3º, inciso IV, 4º, inciso VIII, 5º, *caput* e incisos XLI e XLII, e 7º, inciso XXX, da Constituição Federal, 8º e 9º da CLT e 1521, inciso III, do Código Civil e das Convenções nºs 111/58 e 117/62 da OIT. Recurso conhecido e provido...”. TST-RR-381.531/97 – 1ª T. – Rel. Min. Ronaldo J. L. Leal, DJU 15.02.02 – Revista Justiça do Trabalho. Rio Grande do Sul: HS, nº 219, p. 78.

- 8 O preceito legal em questão encontra correspondente no art. 1º da Lei Italiana nº 7, de 1963, que considera nula a dispensa da trabalhadora por motivo de matrimônio. Em consequência, defere-lhe a retribuição global até a data do retorno ao serviço. Também a Lei Italiana nº 604, de 1966, veda a dispensa por motivos discriminatórios ou ilícitos, entre os quais se situam aqueles fundados em credo político ou fé religiosa, por filiação a sindicato ou atividade sindical. O elenco previsto na lei é exemplificativo. E se não bastasse, o art. 15 do Estatuto do Trabalhador Italiano, modificado pela Lei nº 903, de 1977, considera nulas as dispensas ocorridas por discriminações sindicais, políticas, religiosas, por motivo de sexo, raça ou idioma.
- 9 O art. 10, II, da Constituição de 1988, encontra correspondente na Lei Italiana nº 903, de 1977, que proíbe a dispensa injusta da trabalhadora no ciclo gravídico-puerperal, até que a criança complete um ano, concluindo a Corte Constitucional pela nulidade da dispensa (Cass. 13.02.98, nº 1526, in *Dir. prat. Lav.*, 1998, 27, 1869).

Considera-se dispensa arbitrária a que não se fundar em motivo disciplinar, econômico ou financeiro, por força da aplicação analógica do art. 165 da CLT. Afora as hipóteses de dispensa, fundada nas razões mencionadas, o objetivo da Carta Magna é proteger o emprego contra a rescisão unilateral do contrato de trabalho pelo empregador, impedindo que a função fisiológica da mulher no processo de reprodução constitua causa de discriminação, com embaraços ao exercício de seu direito ao trabalho.

Portanto, o que se deve impor, caso dispensada a empregada, é a reintegração no emprego, diante do fim perseguido pela normativa em questão.

Em conseqüência, os tribunais estão revendo sua posição, permitindo que o empregador desconsidere o aviso prévio, porque incompatível com a garantia de emprego, e assegure a continuidade do contrato à empregada gestante tão logo tome ciência de sua gravidez. A gestante deverá ser reintegrada no emprego, porque nula a despedida; sua recusa configurará renúncia à estabilidade provisória, salvo se comprovada a incompatibilidade entre as partes ou outro motivo justificável. Se a empregada deixa transcorrer, injustificadamente, todo o período relativo à estabilidade provisória e ingressa em juízo, só posteriormente, inviabilizando a reintegração, não há como assegurar-lhe as vantagens pecuniárias correspondentes. A rigor, o que a empregada pretende, agindo dessa forma, não é o emprego, mas as vantagens pecuniárias advindas da estabilidade provisória. Comportamento dessa natureza vem sendo considerado exercício abusivo do direito de ação¹⁰ e, em conseqüência deferem-se os salários do período restante da estabilidade, mas a partir do ajuizamento da ação. Logo, se à época da propositura da ação o período da estabilidade já havia se escoado, nenhum direito a esse título ser-lhe-á devido.

Propomos seja inserida no art. 659 da CLT, à semelhança do que se verificou com o dirigente sindical, uma liminar de reintegração para os casos cuja despedida injusta ponha em risco direitos relevantes das partes, como o direito ao emprego e à prestação laboral correspondente. Essa medida já está prevista na legislação da Nova Zelândia, especificamente para a empregada gestante;

c) despedida verificada em violação do art. 10, II, a do ADT da Constituição de 1988, que estabelece a proibição da dispensa injustificada do trabalhador eleito dirigente de Comissões Internas de Prevenção de Acidente (CIPA), desde o registro da candidatura até um ano após o término do mandato. Este trabalhador deverá zelar por seguras condições de trabalho, relatando áreas de risco e solicitando ao empregador

10 GESTANTE – DESPEDIDA SEM JUSTA CAUSA – DESCONHECIMENTO DO ESTADO GRAVIDICO POR PARTE DO EMPREGADOR – DELONGA INJUSTIFICADA NO AJUIZAMENTO DA AÇÃO – DIREITO APENAS AOS SALÁRIOS DO PERÍODO RESTANTE DA ESTABILIDADE – ABUSO DO DIREITO. Configura-se abuso do direito de ação, justificando o deferimento dos salários apenas a partir do seu ajuizamento, quando há delonga injustificada por parte da empregada no ajuizamento da ação, quando o empregador não tinha conhecimento do estado gravídico. Embargos conhecidos e providos para condenar o reclamado ao pagamento apenas dos salários do período restante da estabilidade, contados a partir da data em que o reclamado foi citado da ação. TST-SBD11 – E-RR-280247/96.0 – Rel. Min. Vantuil Abdala – DJ 06.10.2000, pág. 541. *Revista do Direito Trabalhista*, 30.11.2000, p. 53.

medidas para reduzi-lo, eliminá-lo ou preveni-lo. Por esta razão, está sempre em confronto com a vontade patronal, sujeito à represália ou à intimidação no cumprimento de seu mister. A tutela em exame estende-se também ao suplente do dirigente efetivo, a partir da Carta de 1988;

d) dispensa ocorrida em violação do artigo 8º, VIII da Constituição de 1988 e 543 da CLT, que estabelece a proibição da dispensa dos dirigentes sindicais e seus suplentes, desde o registro da candidatura até um ano após o término do mandato. Deve a entidade sindical comunicar à empresa, em 24 horas, e por escrito, o registro da candidatura do trabalhador e, em igual prazo, a eleição e posse no cargo de dirigente sindical. Esta exigência é estabelecida *ad substantiam*, e não apenas *ad probationem tantum*, apesar do informalismo que norteia o Direito do Trabalho. O dirigente sindical só poderá ser dispensado por falta grave apurada em inquérito judicial ajuizado perante a Justiça do Trabalho (Súmula 197 do Supremo Tribunal Federal e Orientação Jurisprudencial nº 114 do Tribunal Superior do Trabalho).

O inciso X do artigo 659 da CLT autoriza o juiz a antecipar a tutela,¹¹ em ação que vise reintegrar dirigente sindical.

A tutela da ocupação se justifica porque proporciona ao trabalhador, representante da categoria, independência e segurança no exercício do mandato.

A jurisprudência começa a se inclinar no sentido de estender a estabilidade provisória ao dirigente sindical, mesmo quando o seu sindicato ainda não esteja registrado no Ministério do Trabalho. O relator do acórdão referente ao RR-739.329/2001, que tramitou perante a 2ª Turma do TST destacou o fato de a Constituição da República (art. 8º) afastar a intervenção estatal para a criação, surgimento e validade da entidade sindical, exigindo apenas a base territorial municipal. Lembra também que o Supremo Tribunal Federal não considera o registro no órgão, essencial para o reconhecimento de entidade sindical. Além disso, segundo o relator, se a Constituição e a CLT protegem o trabalhador a partir do registro de sua candidatura à direção do sindicato, mais necessário ainda se faz a proteção quando o sindicato se encontra em fase de formação. Em consequência, o TST¹² reconheceu aos dirigentes desta entidade sindical o direito à reintegração, com o pagamento dos salários atualizados desde a dispensa até o efetivo retorno;

e) dispensa verificada em violação ao artigo 625-B, § 1º da CLT, que proíbe a rescisão unilateral do contrato de trabalho do representante do empregado,¹³ membro

11 MALLET, Estêvão. Primeiras linhas sobre as comissões de conciliação prévia. *Revista Synthesis* 31/2000, p. 165.

12 RR-739.329/2001, 2ª Turma, Rel.: Juiz Convocado José Pedro de Camargo, julgado em 05.09.2001, publicado no DJU de 09.11.2001, p. 734.

13 CIPA. Representante do empregador. Estabilidade. Salvo disposição em norma interna, acordo individual ou norma coletiva, o representante do empregador na CIPA não goza da estabilidade provisória prevista nos artigos 10, inciso II, *a*, do ADCT da CF e 165 da CLT, nem, tampouco, a aludida no Enunciado nº 339 do TST. Revista conhecida e provida. TST-RR-454.332/1998.3, 5ª T., Rel.: Juiz Convocado: Walmir Oliveira da Costa, julgado em 19.06.02.

da Comissão de Conciliação Prévia criada, facultativamente, no âmbito da empresa, desde a eleição até um ano após o final do mandato. Estas comissões foram instituídas pela Lei nº 9.958 de 2000, como órgão extrajudicial, destinado a tornar mais célere e econômica a solução dos conflitos do trabalho;

f) dispensa em violação do artigo 3º, § 9º da Lei nº 8.036, de 1990, que garante a estabilidade no emprego, dos membros do Conselho do Fundo de Garantia, representantes dos trabalhadores, desde a nomeação até um ano após o término do mandato. Poderá ser dispensado apenas por justa causa;

g) dispensa com violação da Lei nº 5.764, que concede estabilidade provisória aos trabalhadores eleitos diretores de cooperativas por ele criadas. Visou o legislador assegurar a independência das cooperativas e preservar-lhe a existência.¹⁴ A garantia em questão não se aplica aos membros do conselho fiscal,¹⁵ os quais não se enquadram na Seção que trata da administração;

h) dispensa em violação do artigo 118, da Lei nº 8.213, de 1991, que garante o emprego ao trabalhador acidentado após o término do auxílio-doença previdenciário, até um ano do retorno ao trabalho. Agiu, com acerto o legislador, pois a realidade demonstra a freqüência de despedidas de trabalhadores após o recebimento de benefício previdenciário e a dificuldade que encontram na obtenção de novo emprego, mormente quando o infortúnio deixa seqüelas. A garantia visa remediar este mal, proporcionando segurança em uma fase que o trabalhador poderá apresentar fragilidade, com redução do ritmo normal do trabalho;

i) dispensa de representante dos trabalhadores no Conselho Nacional de Previdência Social, violando o art. 2º, § 7º da Lei nº 8.213 de 1991, que os declara estáveis desde a nomeação até um ano após o término do mandato, salvo se a despedida fundar-se em falta grave comprovada através de processo judicial;

j) as despedidas ocorridas antes ou logo após as eleições nos órgãos da administração direta ou indireta são também, por força de lei, consideradas nulas, visando evitar o “clientelismo eleitoral”;

l) a Constituição Brasileira, no art. 11, assegura, nas empresas com mais de duzentos empregados, a eleição de um representante destes, com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores. E ao empregado eleito para essa função, a norma constitucional não assegurou estabilidade provisória.¹⁶ En-

14 CANO MARTINS, Nei Frederico. *Estabilidade provisória no emprego*. São Paulo: LTr, 1995, p. 156.

15 Orientação Jurisprudencial nº 253 da SDI-1 do TST.

16 “A Constituição não assegura estabilidade no emprego ao representante eleito. O art. 11 é omissivo e o art. 8º, VIII, veda a dispensa do empregado exercente de cargo de direção ou representação sindical. Como representação dos trabalhadores e representação sindical são figuras diversas, não há fundamento para a extensão do direito de estabilidade de um para outro caso, a não ser que se admita, em tão delicado caso, a analogia, embora sobre razões para a sua adoção, pelos mesmos motivos que a justificam para os dirigentes e representantes dos sindicatos. As convenções, acordos coletivos e sentenças normativas podem incluir a matéria, com provável trânsito, desde que não desvirtuada a finalidade do instituto pelo representante dos trabalhadores.” (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Comentários às Leis Trabalhistas*, 2. ed., LTr, v. 1, p. 180)

tretanto, o TST, por meio do Precedente Normativo nº 86 da SDC, já concede a esses trabalhadores estabilidade provisória, nos moldes do art. 543 e seus parágrafos da CLT.

Na ausência de norma coletiva, a Convenção nº 135 da OIT, complementada pela Recomendação nº 143 e ratificada pelo Brasil, por meio do Decreto nº 131, de maio de 1991, prevê medidas de proteção para os representantes de trabalhadores eleitos por eles, entre as quais se situa a reintegração na hipótese de dispensa injusta.

A estas hipóteses legais de estabilidade provisória, outras poderão ser acrescentadas por meio de normas coletivas.

E assim é que o C. TST, por meio do Precedente nº 85, defere aos trabalhadores, em sentença normativa, garantia de emprego durante os 12 meses que antecedem a data em que o empregado adquire direito à aposentadoria voluntária, desde que trabalhe na empresa há pelo menos cinco anos. Adquirido o direito, extingue-se a garantia.

Embora o E. Supremo Tribunal Federal seja contrário à concessão de qualquer tipo de estabilidade, por meio de sentença normativa, ainda que a título de mera garantia de salários, ressalta a doutrina¹⁷ que o Precedente 85 possui relevante finalidade social, pois assegura ao trabalhador às vésperas de sua aposentadoria segurança e tranquilidade, contribuindo para a paz social entre os interlocutores sociais, tendo a seu favor o disposto no art. 7º (itens I e XXIV da Carta Constitucional).

5 CONSIDERAÇÕES GERAIS

A jurisprudência predominante do Tribunal Superior do Trabalho, afirma que se o trabalhador preencher as exigências para a aquisição da estabilidade provisória (*b, c, d, e, f, g, h*) apenas no curso do pré-aviso, não terá direito à tutela da ocupação, pois a intenção de romper o contrato indeterminado já havia se operado.¹⁸ Ousamos dissentir desta orientação jurisprudencial, por considerarmos que ela viola o artigo 487, § 1º da CLT, segundo o qual “o prazo do aviso prévio é sempre tempo de serviço”, logo, os direitos e obrigações das partes não se alteram no curso do pré-aviso e as circunstâncias supervenientes regem-se pelas mesmas disposições que disciplinam o contrato originário.

Exaurido o período da “estabilidade provisória”, a reintegração improcede, sendo devidos apenas os salários desde a data da despedida até o final da garantia de emprego assegurada (Orientação Jurisprudencial nº 116 da SDI-1 do TST).

A tutela da ocupação prevista nas letras *b, c, d, e, f, g, h*, chamada “estabilidade provisória” ou “estabilidade especial” é inaplicável ao trabalhador contratado por

17 FREITAS, Manoel Mendes. *Comentários aos precedentes normativos e à orientação jurisprudencial da SDC do TST*. São Paulo: LTr, 2001, p. 72.

18 Orientação Jurisprudencial 35 e 40 da SDI-1 do TST.

tempo determinado, considerando não poder a garantia em exame sobrepor-se ao limite do contrato estabelecido de boa-fé pelas partes. Nesse sentido é a Orientação Jurisprudencial nº 196 da SDI-1 do TST.

Na hipótese de extinção da empresa ou estabelecimento no âmbito da base territorial em que trabalhava o dirigente sindical, ele fará jus aos salários e demais parcelas até o encerramento das atividades, o qual implica cessação do contrato de trabalho (Enunciado 173 do TST). Neste sentido é a Orientação Jurisprudencial nº 86 da SDI-1 do TST.

Mesmo extinta a empresa, há decisão do TST¹⁹ mantendo a garantia de emprego assegurada à empregada gestante, pelo art. 10, II, do ADCT, como medida de proteção ao nascituro. Este ponto de vista foi por nós defendido em tese de doutorado.²⁰

Infelizmente, o trabalhador brasileiro do setor privado não tem uma tutela eficaz contra a dispensa. No setor público federal, em que o trabalhador é admitido por concurso, a tutela é mais eficaz, porque depois de três anos de serviço ele adquire estabilidade no serviço (artigo 41 da Constituição da República, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) e só perderá o cargo em virtude de sentença judicial definitiva ou de processo administrativo disciplinar no qual lhe seja assegurada ampla defesa. Este dispositivo legal aplica-se também ao servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional, de acordo com a Orientação Jurisprudencial nº 265 da SDI-1 do TST.

A diversidade de tratamento dado pelo legislador no setor privado, que reúne o grande contingente dos trabalhadores²¹ em relação ao setor público, acentua a diferença no mercado de trabalho em detrimento da maioria dos trabalhadores não qualificados e de precoce envelhecimento, contribuindo, ainda mais, para que o Brasil esteja incluído entre os países de maior desigualdade social.

Trabalho realizado pelo Instituto de Estudos do Trabalho e Sociedade, por um grupo de estudiosos, na maioria economistas, considera que a economia sozinha não tem instrumentos para resolver o problema. Asseveram que o Estado Brasileiro é desigual, promotor de privilégios e incapaz de alcançar os verdadeiros pobres com os seus R\$135 bilhões anuais de gastos sociais. Criticam esquerda e direita pela proposta desenvolvimentista, sustentando que o maior obstáculo para que exista uma política social

19 GARANTIA DE EMPREGO À GESTANTE – FECHAMENTO DE EMPRESA – ART. 10, INCISO II, LETRA B, DO ADCT. A empregada gestante faz jus à estabilidade de emprego conferida pelo art. 10, inciso II, alínea b, do ADCT, ainda que a despedida tenha ocorrido em virtude do fechamento da empresa, por se tratar, no caso, de uma garantia visando a não privar a gestante da conservação de um emprego que é vital para o nascituro, já que o salário percebido será utilizado em favor da subsistência e nutrição deste... TST-RR-402630/97 – 2ª T. – Rel. Min. Vantuil Abdala, DJ 12.09.01.

20 MONTEIRO DE BARROS, Alice. *A mulher e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p. 452.

21 Dados fornecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social e publicados no Jornal do Brasil de dezembro de 2001, revelam existir no Brasil, em 1999, na população econômica ativa 79,3 milhões de pessoas, sendo 71,7 milhões (90,4%) na população ocupada e 7,6 milhões (9,6%) na população desocupada. Ressaltou-se que 4,7 milhões estão no setor público e 66,9 milhões estão no setor privado (84,4%).

eficiente é o fato de os pobres constituírem uma barreira invisível, politicamente, por falta de representação, economicamente, por estarem na faixa mais baixa de renda e, socialmente, porque sequer são conhecidos pelo Estado. O referido estudo revela que metade das crianças brasileiras é pobre; 63% dos pobres são negros e 60% dos jovens e adultos não completaram oito anos de estudo.²²

6 TUTELA DO EMPREGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO COMUNITÁRIO EUROPEU: DISPENSAS VERIFICADAS POR MOTIVOS CENSURÁVEIS E DISPENSAS COLETIVAS

É sabido que a Comunidade Européia, hoje União Européia, surge, historicamente, como decorrência de razões econômicas, baseada na livre circulação de mercadorias entre os Estados-Membros, sendo protegida por uma tarifa aduaneira comum. O trabalhador era, inicialmente, considerado dentro de uma perspectiva mercantilista.²³ A política social aparecia subordinada à política econômica em uma perspectiva de passividade,²⁴ embora o art. 117 do Tratado de Roma dispusesse sobre a necessidade de promover a melhoria das condições de vida e de trabalho mediante a harmonização. Acontece que o funcionamento eficiente desse mercado europeu exigia a supressão de obstáculos à livre circulação de pessoas (art. 3º, g, do TUE), em geral, e dos trabalhadores em particular (art. 48 do TCE). E para isto é necessária a eliminação de discriminação fundada em nacionalidade (art. 12 do TCE), no que diz respeito ao acesso ao emprego (com algumas exceções no serviço público), à remuneração, às condições de trabalho (art. 39 TCE) e aos benefícios da seguridade social.

Hoje, a União Européia visa promover: “o desenvolvimento harmonioso e equilibrado das atividades econômicas, um crescimento sustentável e não *inflacionista*, que respeite o ambiente, um alto grau de convergência dos comportamentos das economias, *um elevado nível de emprego e de proteção social, o aumento do nível e da qualidade de vida*, a coesão econômica e social e a solidariedade entre os Estados-Membros” (art. 2º do Tratado da União Européia – TUE). Já o art. 3º, h, do TUE alude a uma aproximação das leis sociais.

Essas disposições revelam não só a necessidade de se harmonizarem os custos da mão-de-obra, para evitar que a integração constitua uma concorrência em detrimento dos países onde a legislação social é mais avançada, como também demonstra uma Europa de cidadãos atenta às exigências sociais.

A política social da União Européia compreende três períodos:²⁵ *o primeiro*, que se inicia no final da década de 50 e termina em 1974, foi marcado pelo crescimento

22 Jornal do Brasil. Reportagem de Carla Rodrigues. 11 de dezembro de 2001.

23 ALMEIDA, José Carlos de Carvalho Moitinho de. *La libre circulation des travailleurs dans la jurisprudence de la Cour de Justice (art. 48 CEE/art.28 E.E.E.)*. Collection de droit européen, n. 9, p. 180.

24 SALA FRANCO, Tomás. La política social en la Comunidad Europea. *Rev. Relasur*, nº 1, p. 45.

25 MOSLEY, Hugh G. La dimensión social de la integración europea. *Revista Internacional del Trabajo*, v. 109, n. 1, 1990, p. 87 e ss.

econômico e por taxas de desemprego muito reduzidas, limitando-se a intervenção da C.E. à coordenação da seguridade social em proveito dos trabalhadores migrantes. *O segundo período* (1974 – 1985) caracteriza-se por um crescimento econômico lento e por desemprego continuamente elevado; a política social mostrou-se mais ativa, intervindo a C.E. no princípio da não-discriminação no emprego entre homens e mulheres que, até então, permanecera em estado latente, embora assegurado no art. 119 do Tratado de Roma; inúmeros programas de ação foram adotados para fomentar o direito geral de não ser discriminado no emprego. Nesse período, várias diretivas foram também adotadas em matéria de direito do trabalho, entre elas, a de nº 75/129, de fevereiro de 1975, relativa à *despedida coletiva*, exigindo a notificação prévia da autoridade pública competente e dos assalariados quando ocorressem despedidas em massa; a de nº 75/117, de fevereiro de 1975, relativa à *igualdade de remuneração entre homens e mulheres*; a diretiva nº 76/207 de 9 de fevereiro de 1976 sobre *igualdade de tratamento entre homens e mulheres*; a diretiva nº 77/187, de 1977, sobre *medidas de proteção ao salário*, em caso de sucessão de empresas ou estabelecimentos; a diretiva nº 80/987, de 20 de outubro de 1980, relativa à *proteção dos assalariados, na hipótese de insolvência do empregador*, estabelecendo que as Convenções Coletivas são aplicáveis ao sucessor e determinando ainda a obrigação de criar instituições para assegurar o pagamento dos salários dos empregados de empresas falidas.

O terceiro período, na política social da Comunidade Européia, tem início em 1986. A partir daí, presta-se mais atenção à dimensão social, propondo-se uma legislação comunitária sob a forma de várias diretivas a respeito da segurança e saúde dos trabalhadores.

6.1 A noção de igualdade

A noção de *igualdade de tratamento* comporta conceitos diversos nos instrumentos comunitários. A diretiva de 1975 a define como *eliminação de toda a discriminação fundada em sexo* (art. 1º). Já a diretiva de 1976 dispõe que o princípio da igualdade de tratamento implica *ausência de toda a discriminação fundada em sexo, seja direta ou indireta, por meio de referência, notadamente, ao estado matrimonial ou familiar; a definição cobre todas as formas de discriminação ou tratamento desigual*. A discriminação direta é fundada no sexo e a indireta se baseia em outros critérios, aparentemente objetivos e aceitáveis, mas que, de fato, conduzem a um tratamento discriminatório.

As regras alusivas à *igualdade de tratamento* previstas no art. 119 do Tratado da Comunidade Européia profíbem não só a discriminação ostensiva, mas toda a forma dissimulada de discriminação. A igualdade de tratamento está prevista, com detalhes, no Regulamento nº 1612/68, relativo à liberdade dos trabalhadores no interior da Comunidade. Essas disposições relativas à igualdade de tratamento são características do princípio geral da igualdade previsto no art. 6º do Tratado da CE.

As modificações introduzidas pelo *Tratado de Amsterdã* assinalam um progresso no sentido da afirmação dos princípios da paridade de tratamento e

oportunidade entre homens e mulheres, em matéria de emprego e ocupação. No texto, afirma-se que a Comunidade tem a tarefa de “eliminar as desigualdades, como também promover a paridade entre homens e mulheres” (art. 3º, § 2º). E mais adiante, no art. 13, permite ao Conselho tomar as providências oportunas para combater as discriminações fundadas em sexo e em orientação sexual.

Nesta linha de idéias e dando prosseguimento ao combate ao tratamento discriminatório editou-se, em outubro de 1992, a Diretiva nº 92/85, estabelecendo licença-maternidade, no mínimo de 14 semanas e *garantia de emprego durante a gravidez até o término desta licença.*

Um dos objetivos mais clara e continuamente perseguidos²⁶ pelo legislador comunitário diz respeito à igualdade entre homem e mulher, princípio consagrado no art. 141 do Tratado institutivo da Comunidade. Nos anos setenta, foram publicadas várias diretivas, entre as quais a de nº 75-117, assegurando salário igual para trabalho de igual valor e a de nº 76/207, sobre igualdade de tratamento quanto ao acesso ao trabalho, formação, promoção profissional e condições de trabalho. A diretiva nº 76/207 introduz expressamente o princípio da não-discriminação direta e indireta e o direito de recorrer à justiça a quem se sentir discriminado. Essas duas diretivas impõem aos Estados-membros a adoção de medidas necessárias “para proteger os trabalhadores contra toda dispensa que constitua uma reação do empregado a uma reclamação formulada no nível da empresa ou a uma ação na Justiça para fazer valer o princípio da igualdade de tratamento”.

A dificuldade objetiva de provar o motivo discriminatório poderá comprometer o princípio da igualdade de tratamento entre os sexos. Em conseqüência, houve necessidade de modificar o princípio concernente ao ônus da prova, o que foi feito de início pela jurisprudência da Corte de Justiça, afirmando que na hipótese de tratamentos diferentes entre homens e mulheres, incumbiria ao empregador o ônus de demonstrar a razoabilidade dos critérios adotados, quando não fossem eles transparentes. Este raciocínio acabou por ser incorporado na *Diretiva 97/80, a respeito de ônus da prova, nos casos de discriminação fundada em sexo.* A diretiva visa introduzir em todos os Estados-Membros um regime probatório mais favorável. E, derogando os princípios gerais que regulavam o ônus da prova, esta diretiva considera suficiente que a parte (autor) apresente em juízo elementos de fato sobre os quais se possa presumir esteja sendo vítima de discriminação indireta e, diante de tais indicações, incumbe ao réu “promover a insubsistência da violação ao princípio da paridade de tratamento” (art. 4º, § 1º). Esse regime probatório se aplica aos procedimentos civis ou administrativos que versem sobre discriminação, seja no tocante à relação de trabalho público, seja no tocante à relação de trabalho privado.

As modificações introduzidas pelo Tratado de Amsterdã assinalam um progresso na afirmação dos princípios da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de ocupação e emprego, quando, no art. 3º, § 2º, afirma dever a Comunidade

26 GALANTINO, Luisa. *Diritto Comunitario Del lavoro.* Torino: G. Giappichelli editore, 2001, p. 163.

eliminar as desigualdades, como também promover a igualdade entre homens e mulheres.

A *Diretiva n.º 2.000/43, de 29 de junho de 2000, proíbe discriminação fundada em raça e origem étnica*. Ela é aplicável no setor público e privado, com referência não só às condições de acesso ao trabalho subordinado ou autônomo, mas também à proteção social, à instrução e ao acesso a bens e serviços. Não se compreendem neste contexto as diferenças de tratamento baseadas em nacionalidade e disposições que regulam o ingresso e residência de cidadãos de outros países.

A União Européia, por meio da *Diretiva n.º 2000/78*, estabelece um quadro geral para a *igualdade de tratamento em matéria de ocupação e condições de trabalho, proibindo discriminação baseada em religião, convicções pessoais, handicap, idade e tendências sexuais*. Não se considera discriminação a diferença de tratamento baseada em religião e convicções pessoais, se estas últimas constituírem requisito essencial ao desenvolvimento da atividade profissional, tendo em conta a sua natureza e o contexto em que ela vem espelhada. No que tange às convicções pessoais, são previstas disposições específicas para a Irlanda do Norte.

6.2 Despedida coletiva

Finalmente, a *Diretiva de 30 de julho de 1998, n.º 98/59* reuniu, em um texto único, outras diretivas concernentes à aproximação da legislação dos Estados-Membros em *matéria de despedida coletiva*, assim considerada aquela efetuada por um empregador com pelo menos vinte empregados “por um ou mais motivos não inerentes à pessoa do trabalhador se o número de dispensas efetuadas é a escolha dos Estados-Membros: por um período de trinta dias pelo menos igual a dez trabalhadores, nos estabelecimentos que ocupem habitualmente mais de vinte ou menos de cem trabalhadores; pelo menos igual a 10% do número de trabalhadores nos estabelecimentos que ocupem, habitualmente, pelo menos cem trabalhadores; pelo menos igual a trinta trabalhadores nos estabelecimentos que ocupem habitualmente, pelo menos trezentos empregados; ou por um período de noventa dias pelo menos igual a vinte, sem considerar o número de trabalhadores habitualmente ocupados nos estabelecimentos interessados”.

Ressalta a doutrina que a definição de dispensa coletiva é baseada em um elemento quantitativo temporal, isto é, na dispensa de um determinado número de trabalhadores em um certo período de tempo e um elemento qualitativo, consistente na presença de motivos não inerentes à pessoa do empregado. Sob este perfil, devem incluir-se, no conceito de dispensa coletiva, as despedidas consideradas tecnológicas, provenientes de uma reestruturação da empresa, independentemente da sua atividade.²⁷ São igualmente consideradas dispensas coletivas, as cessações do contrato de trabalho verificadas por iniciativa do empregador por uma ou mais razões não inerentes à pessoa

27 GALANTINO, Luísa. Op. cit., p. 197.

DOUTRINA

do empregado, desde que as despedidas sejam, pelo menos, em número de cinco. A diretiva prevê uma consulta sindical preventiva às dispensas, com o objetivo de evitá-las ou reduzi-las, como também de atenuar as conseqüências, recorrendo a medidas sociais capazes de facilitar a requalificação dos trabalhadores. Pretende-se, com isto, atribuir ao sindicato um papel ativo de co-gestor da crise empresarial, segundo o modelo típico participativo da legislação comunitária.²⁸

São estas as considerações que submeto à apreciação dos leitores a respeito do tema, confrontando-o, em algumas passagens, com o ordenamento jurídico da União Européia.

28 GALANTINO, Luisa. Op. cit., p. 198.

REFORMA DE SENTENÇA TERMINATIVA E JULGAMENTO IMEDIATO DO MÉRITO NO PROCESSO DO TRABALHO

Estêvão Mallet*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Efeito devolutivo de recurso contra sentença terminativa antes da Lei nº 10.352; 3 Duplo grau de jurisdição, devido processo legal e julgamento imediato do mérito em caso de reforma de sentença terminativa; 4 Antecedentes legislativos e direito comparado; 5 Fundamentos da regra; 6 Compatibilidade com o processo do trabalho; 7 Pressupostos para o julgamento imediato do mérito em caso de reforma de sentença terminativa; 8 Natureza da atribuição de julgamento imediato do mérito; 9 Julgamento imediato do mérito e conduta do recorrente; 10 Âmbito de incidência; 11 Procedimento aplicável; 12 Impugnação do pronunciamento sobre a aplicação do § 3º, do art. 515, do CPC; 13 Direito transitório.

I INTRODUÇÃO

A renovação da legislação processual, iniciada em 1994, compreende medidas com diferentes graus de importância. Algumas envolvem correção de imperfeições pouco significativas, por vezes de caráter meramente terminológico, como é o caso, para mencionar apenas um exemplo recente, da nova redação dada ao art. 475, inciso II, do CPC. Substituiu-se a equivocada referência a improcedência da execução pela alusão, tecnicamente mais correta, a procedência dos embargos à execução. Outras medidas, ao contrário, contêm avanços muito mais expressivos. Alteram diretrizes tradicionais, deixam de lado princípios sedimentados e abandonam postulados antes considerados intocáveis, tudo para permitir a prestação mais eficiente e eficaz da atividade jurisdicional. É o caso do § 3º, introduzido no art. 515, do CPC, que, ao ampliar o efeito devolutivo da apelação, admite o imediato julgamento do mérito, em caso de reforma de sentença terminativa, nos seguintes termos:

“nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento”

Para interpretar adequadamente essa regra e bem compreender o seu significado é preciso ter em mente, em primeiro lugar, as limitações antes impostas ao efeito devolutivo da apelação.

* *Doutor e Livre Docente em Direito do Trabalho, Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e advogado.*

2 EFEITO DEVOLUTIVO DE RECURSO CONTRA SENTENÇA TERMINATIVA ANTES DA LEI Nº 10.352

De acordo com o regramento em vigor antes da Lei nº 10.352, a apelação, tal como o recurso ordinário do processo do trabalho – não há, entre um meio de impugnação e o outro, nesse ponto, diferença alguma –, tinha efeito devolutivo mais limitado. Quando interposta contra sentença terminativa, não permitia, caso reformada a decisão, o imediato julgamento do mérito do processo.¹ O retorno dos autos ao juízo de primeiro grau, para exame do mérito, era de rigor, sob pena de nulidade da decisão, em respeito, segundo se imaginava, ao princípio do duplo grau de jurisdição.²

Na verdade, porém, a apontada limitação do efeito devolutivo da apelação, antes da Lei nº 10.352, era fruto de mera opção legislativa. Não constituía desdobramento do princípio do devido processo legal ou mesmo da garantia de duplo grau de jurisdição. É o que cabe doravante demonstrar.

3 DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO, DEVIDO PROCESSO LEGAL E JULGAMENTO IMEDIATO DO MÉRITO EM CASO DE REFORMA DE SENTENÇA TERMINATIVA

O duplo grau de jurisdição, embora possa ser concebido com maior ou menor amplitude, variando, portanto, de um ordenamento jurídico para o outro,³ normalmente não assegura pelo menos dois juízos sobre todas as questões discutidas no processo. Garante simplesmente a possibilidade de a controvérsia, compreendida em sua integralidade, passar por duplo exame. Como escreve Mario Villani, a consagração do duplo grau de jurisdição “*non esige che ogni singola questione venga esaminata due volte: è la controversia nel suo complesso che deve poter passare... attraverso due gradi*”.⁴

1 MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, vol. V, nº 238, 2000, p. 425.

2 Assim, expressamente, Antonio Carlos de Araújo Cintra, *Sobre os limites objetivos da apelação civil*, São Paulo, s. e. p., 1986, p. 102, e Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito processual civil*, Rio de Janeiro: Forense, vol. I, nº 543, 2000, p. 505, nota 58. Em jurisprudência: “Apelação civil. *Tantum devolutum quantum appellatum*. Art. 515 do CPC. Duplo grau de jurisdição. Extinto o processo, sem julgamento do mérito, na instância inferior, com base no art. 267, VI, do CPC, não é possível ao juízo de segunda instância, em grau de apelação, apreciar o mérito, julgando procedente a ação, sob pena de comprometer o duplo grau de jurisdição. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (STF, 1ª T., RE nº 103.588/SC, Rel. Min. Rafael Mayer, julg. em 03.12.84 in DJU de 19.12.84, p. 21.920) e “Apelação. Carência de ação reconhecida pela sentença. Impossibilidade do tribunal, apreciando recurso de apelação, julgar o mérito do pedido inicial. Violação do princípio do duplo grau de jurisdição e ofensa ao art. 515, par 1º, do CPC. Recurso extraordinário parcialmente conhecido e provido.” (STF, 1ª T., RE nº 84.467/SP, Rel. Min. Bilac Pinto, julg. em 19.10.76 in DJU de 19.11.76).

3 Enrico Redenti, *Diritto processuale civile*, Varese, Giuffrè, 1985, 2, nº 161, p. 404.

4 *Appello (diritto processuale civile)* em *Enciclopedia del Diritto*, Varese, Giuffrè, 1958, II, p. 719. No mesmo sentido, na jurisprudência trabalhista, colhe-se, em acórdão proferido no ROAR nº 736.660, da SDI – II, do Tribunal Superior do Trabalho, relatado pelo Min. João Oreste Dalazen, a seguinte precisa afirmação: “... para a realização do princípio do duplo grau não se quer que o juízo *a quo* haja exauri-

Torna-se isso muito claro quando se consideram os sistemas jurídicos que, embora acolhendo o princípio do duplo grau de jurisdição – como ocorre no direito francês –, permitem, com largueza, a apresentação, perante o tribunal, de questões não examinadas no juízo recorrido.⁵ Para essas questões novas não se oferece duplo exame.

Mesmo no direito brasileiro, que, nessa matéria, seguiu a linha do processo austríaco,⁶ limitando sensivelmente a possibilidade de exame de questões novas no juízo recursal, nunca se afastou completamente o *jus novorum* na apelação. Além do art. 517, do CPC, a própria extensão conferida pelos §§ 1º e 2º, do art. 515, também do CPC, ao efeito devolutivo da apelação permite que certas questões fiquem sujeitas a apenas um julgamento. Se a defesa assenta em dois diferentes fundamentos, pode dar-se a rejeição do pedido por apenas um deles, sem exame do outro. Com o recurso do autor, ao tribunal transfere-se o exame de ambos os fundamentos, inclusive o daquele não apreciado em primeiro grau de jurisdição. E sobre esse fundamento, não examinado em primeiro grau, não haverá duplo juízo, mas apenas o juízo emitido pelo tribunal.⁷

Assim entendido o duplo grau de jurisdição, percebe-se que a possibilidade ou não de exame imediato do mérito do processo, no caso de provimento de recurso interposto contra sentença terminativa, constitui mera decorrência do efeito devolutivo da impugnação. Se esse efeito é mais limitado, por opção do legislador, o exame do mérito não pode ter lugar. Se, diversamente, atribui-se ao efeito devolutivo maior amplitude, pode-se desde logo julgar o mérito do processo. Em qualquer hipótese, contudo, não se elimina o princípio do duplo grau de jurisdição, que se acha preservado pela simples permissão do recurso.

De todo modo, o duplo grau de jurisdição não constitui – cumpre dizê-lo com clareza – decorrência necessária da garantia do devido processo legal, de modo que não está posto ao abrigo de qualquer limitação por parte do legislador ordinário. Prova-o a previsão, na Constituição brasileira – em que expressamente se acolhe a garantia do devido processo legal –, de causas julgadas em única instância (art. 102, incisos I e III).

do a matéria de mérito no julgamento da lide. Basta que haja julgado o(s) pedido(s).” (julg. em 05.03.00 in DJU de 12.04.02)

- 5 A conjugação do art. 564 com o art. 565, do *Code de Procédure Civile*, permite afirmar a ampla possibilidade de alteração da causa de pedir na apelação do direito francês, desde que não se altere o pedido. É, ao que parece, a conclusão de Jean Vincent e Serge Guinchard (*Procédure civile*, Paris, Dalloz, 1999, nº 1431, p. 971) e de Gérard Cornu e Jean Foyer (*Procédure civile*, Paris, PUF, 1996, p. 611).
- 6 A propósito, Luiz Machado Guimarães, Efeito devolutivo da apelação in *Estudos de direito processual civil*, Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1969, p. 216 e segs.
- 7 Figure-se um exemplo. Em reclamação envolvendo pedido de pagamento de horas extras, oferece o reclamado defesa em que alega: a) não prestação de horas extras e b) exercício, pelo empregado, de cargo de confiança, incompatível com a exigibilidade de horas extras (CLT, art. 62, inciso II). Julgado improcedente o pedido, com o acolhimento do primeiro fundamento da defesa, o recurso ordinário interposto pelo reclamante devolve ao tribunal o exame integral da lide, nos exatos termos do art. 515, §§ 1º e 2º, do CPC. Reconhecida a prestação de horas extras, ao tribunal cabe julgar se o empregado exercia ou não cargo de confiança, embora sobre tal matéria não se tenha pronunciado o juízo de primeiro grau.

A questão é, aliás, absolutamente pacífica na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, em torno da qual se construiu, em grande medida, o conceito de devido processo legal. Em *McKane v. Durston*, por exemplo, registrou a Corte: “*A review by an appellate court of the final judgment in a criminal case, however grave the offense of which the accused is convicted, was not at common law, and is not now, a necessary element of due process of law. It is wholly within the discretion of the state to allow or not to allow such a review. A citation of authorities upon the point is unnecessary*”.⁸ Já em *National Union v. Arnold* reafirma-se a mesma idéia em matéria civil, consignando-se que “*a statutory review...is not a requirement of due process*”.⁹ Não discrepa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como mostra decisão com a seguinte ementa: “Diante do disposto no inciso III do artigo 102 da Carta Política da República, no que revela cabível o extraordinário contra decisão de última ou única instância, o duplo grau de jurisdição, no âmbito da recorribilidade ordinária, não consubstancia garantia constitucional”.¹⁰

Em síntese, a possibilidade de julgamento imediato do mérito, em caso de reforma de sentença terminativa, não conflita, de modo algum, com a regra do duplo grau de jurisdição, ao menos nos termos em que ela é tradicionalmente concebida no direito brasileiro, a qual, ademais, não exterioriza desdobramento necessário da garantia constitucional do devido processo legal.

4 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS E DIREITO COMPARADO

A nova previsão do § 3º, do art. 515, do CPC, não é completa novidade no direito brasileiro e muito menos no comparado.

8 153 U.S. 684.

9 348 U.S. 37. Ainda em *Reetz v. People of State of Michigan* (188 U.S. 505) pode-se ler: “*Neither is the right of appeal essential to due process of law... In civil cases a common rule is that the amount in controversy limits the entire litigation to one court...*”. Finalmente, em *Luckenbach S.S. Co. V. United States* (272 U.S. 533) encontra-se a seguinte assertiva: “*The constitutional requirements are all satisfied if one opportunity is had for the trial of all parts of a case. Everything beyond that is matter of legislative discretion, not of constitutional right*”. Não é sem interesse notar que Thomas Cooley, ao indicar as características do *due process of law*, depois de se referir ao direito de ser previamente ouvido por um tribunal imparcial, com jurisdição adequada e aplicação de punição apenas depois do julgamento, não menciona, em nenhum momento, o direito ao recurso (*The general principles of constitutional law*, New Jersey, The Lawbook Exchange, 2000, p. 224).

10 STF, 2ª T., AgRg AI nº 209.954-1/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, jul. em 15.09.98 in DJU de 4.12.98. Sempre no mesmo sentido, STF, 2ª T., RHC 80.919-SP, Rel. Min. Nelson Jobim, jul. em 12.06.01 in Informativo STF 232, de 11 a 15 de junho de 2001, STF, 1ª T., AgAICrim nº 248.761/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, jul. em 11.04.00 in DJU de 23.06.00, p. 10 e, ainda, STF, 1ª T., HC-71.124/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, jul. em 28.06.94 in DJU de 23.09.94, p. 25.314. Isolada e minoritária, pois, a seguinte pronúncia: “...o princípio constitucional da ampla defesa... por si, pressupõe mais de um grau de jurisdição”(STJ, 1ª Sec., MS nº 4.831-DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo in DJU de 16.06.97, p. 27.308).

As Ordenações Filipinas, que tratavam com largueza o efeito devolutivo da apelação, estendendo-o a ambas as partes, inclusive à que não havia apelado,¹¹ impunham, como regra, o imediato julgamento do mérito do processo em caso de reforma de sentença terminativa, repelindo a devolução dos autos ao juízo de primeiro grau para novo julgamento. Apenas excepcionalmente, havendo requerimento de ambas as partes, é que prevalecia solução diversa. Dispunha o Livro III, Título LXVIII, *princípio*, das Ordenações Filipinas: “Quando alguma das partes appellar da sentença, que contra elle fôr dada...e depois que o feito fôr concluso, vejam-no os Julgadores, a que o conhecimento de tal appellação pertencer; e se fôr appellado da sentença interlocutória, e acharem que foi bem appellado, e que o appellante foi agravado pelo Juiz, assi o determinam, e não mandem tornar o feito ao Juiz, de que foi appellado, mas vão por elle em diante, e o determinem finalmente, como acharem por Direito, salvo, se o appellante e o appellado ambos requererem, que se torne o feito á terra perante o Juiz, de que foi appellado, porque então se tornará, e será assinado termo, a que o vão lá seguir”. O Código de Processo da Bahia manteve tal diretriz, preceituando, no art. 1.290: “Tendo o juiz de primeira instância deixado, por qualquer motivo, de julgar a causa *de meritis*, a turma ou o juiz da apelação, si entender que isto não obsta que se conheça do pedido, julgará a causa definitivamente”.

No direito comparado é paradigmática a solução vigente no direito francês. O art. 568, do *Code de Procédure Civile*, preocupado com a rápida solução do litígio,¹² determina: “*Lorsque la cour d’appel est saisie d’un jugement qui a ordonné une mesure d’instruction, ou d’un jugement qui statuant sur une exception de procédure, a mis fin à l’instance, elle peut évoquer les points non jugés si elle estime de bonne justice de deonner à l’affaire une solution définitive, après avoir ordonné elle-même, le cas échéant, une mesure d’instruction*”. No Cantão de Genebra a mesma possibilidade existe, mas depende de concordância das partes. O art. 311, da Lei de Procedimento Civil, de 1987, acha-se assim redigido: “*Jugement sur incident. 1. Si le jugement n’a tranché qu’un incident, la cour ne statue que sur cet incident; la décision du fond est renvoyée au juge de première instance. 2. Si toutes les parties le requièrent, la cour peut toutefois, en infirmant la décision du premier juge, par le même arrêt, prononcer sur le fond*”. O direito português mostra-se ainda mais avançado. Embora preveja recurso específico em caso de extinção do processo sem julgamento do mérito, correspondente ao agravo, reservando a apelação para os casos de extinção com julgamento do mérito,¹³ admite que, ao julgar o agravo, o tribunal desde logo resolva em definitivo o litígio. Preceitua o art. 753º, nº 1, do Código de Processo Civil: “Sendo o agravo interposto de decisão final e tendo o juiz de 1ª instância deixado, por qualquer motivo, de

11 Almeida e Sousa considera certíssima a máxima segundo a qual a apelação é comum a ambas as partes (Segundas linhas sobre o processo civil, Lisboa, Imprensa Nacional, 1855, parte II, nota 645, p. 385).

12 Jean Vincent e Serge Guinchard, *Procédure civile cit.*, nº 1447, p. 978.

13 É a regra geral, como exposto por João de Castro Mendes, que sublinha a existência de casos duvidosos e de situações excepcionais, envolvendo decisão de mérito suscetível de agravo (Direito processual civil, s. l. e., Edição AAFDL, 1989, III vol., p. 87 e segs.).

conhecer do pedido, o tribunal, se julgar que o motivo não procede e que nenhum outro obsta a que se conheça do mérito da causa, conhecerá deste no mesmo acórdão em que revogar a decisão de 1ª instância”. No direito chileno merece referência o art. 208, do *Código de Procedimiento Civil*, assim redigido: “*Podrá el tribunal de alzada fallar las cuestiones ventiladas en primera instancia y sobre las cuales no se haya pronunciado la sentencia apelada por ser incompatibles con lo resuelto en ella, sin que se requiera nuevo pronunciamiento del tribunal inferior*”.

Como se vê, a solução consagrada no § 3º, do art. 515, encontra amplo respaldo em diferentes diplomas legislativos.

5 FUNDAMENTOS DA REGRA

A possibilidade de imediato exame do mérito, em caso de acolhimento de recurso interposto contra sentença terminativa, acha-se respaldada na idéia de obtenção de maior rendimento na atividade jurisdicional.

É desejável, desde que não se comprometam as garantias fundamentais dos litigantes, que o processo ofereça o máximo possível de rendimento, com menor custo e dispêndio de tempo em respeito ao princípio da economia processual.¹⁴ Se a causa, quando de seu exame no juízo do recurso, diante do estado em que se encontra, já comporta julgamento de mérito, não há razão suficiente para que se devolvam os autos ao juízo de primeiro grau, a fim de que nova sentença seja proferida, tanto mais quando é muito provável que a nova decisão venha a ser impugnada, retornando o feito ao exame do tribunal. Haveria considerável gasto adicional de tempo e significativo acréscimo de custo para o aparelho judiciário, com ganho qualitativo pouco expressivo. Daí a preocupação do legislador, subjacente à regra do art. 515, § 3º, do CPC, de evitar os “incômodos, despesas e demoras resultantes do vaivém do processo”, para utilizar as palavras de José Alberto dos Reis.¹⁵

É verdade que o julgamento do mérito apenas no juízo do recurso tem pelo menos um inconveniente: afasta a pronúncia sobre o fundo do litígio pelo órgão judiciário que colheu as provas, quebrando o vínculo que deve haver entre a atividade de produção da prova e a de julgamento da lide. Essa quebra é ainda mais indesejável quando – como ocorre com frequência no processo do trabalho – a análise das provas testemunhais é importante para a correta solução da lide. Isso porque os juízes que não ouviram as testemunhas depondo – ressalta François Gorphe, em estudo dedicado exatamente à valoração da prova testemunhal – “*n’ont aucun moyen d’apprécier les témoignages*”.¹⁶ Nas palavras de Denti, “*il vero giudizio di fatto è quello che si pone in*

14 Teve o Supremo Tribunal Federal ocasião de registrar: “Princípio da oralidade – Economia processual. Tanto quanto possível, busca-se, com um mínimo de atuação judicante, a máxima eficácia das normas que compõem a ordem jurídica.” (STF, Pleno, RCL-371/RR, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. em 25.08.92, in DJU de 02.04.93, p. 5.613)

15 *Código de Processo Civil anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, vol. VI, 1985, p. 184.

16 *La critique du témoignage*, Paris, Dalloz, 1927. p. 85.

rapporto di immediatezza com l'assunzione delle prove e discende da una partecipazione diretta del giudice alle attività istruttorie".¹⁷ Hazard e Taruffo ainda sublinham: "il giudice del dibattimento di primo grado si trova in una posizione in cui può meglio valutare la credibilità dei testimoni".¹⁸

Mas o julgamento fundado em apreciação das provas testemunhais por quem não acompanhou a sua produção não é problema causado apenas pela regra do § 3º, do art. 515, do CPC, e nem seria eliminado com a sua revogação. Trata-se de dificuldade produzida pela amplitude do duplo grau de jurisdição no direito brasileiro, que confere ao juízo do recurso a possibilidade de reexaminar o litígio em todos os seus aspectos.¹⁹ Mesmo que, após a reforma de sentença terminativa, fosse proferido novo julgamento pelo órgão judiciário perante o qual se produziram as provas, especialmente a testemunhal, a interposição de recurso devolveria ao tribunal o reexame da causa, quebrando a imediação.

Em síntese, nos sistemas em que não há garantia efetiva de imediação – como é o do direito processual brasileiro –, a regra do § 3º, do art. 515, do CPC, traz mais vantagens, em termos de economia de tempo e de custos, do que desvantagens. Sua adoção mostra-se, pois, plenamente justificável. Só deixaria de o ser se o recurso de apelação fosse sensivelmente limitado em seu efeito devolutivo, do ponto de vista da profundidade, para tornar soberana a decisão do juízo recorrido no tocante aos fatos em debate na causa.

6 COMPATIBILIDADE COM O PROCESSO DO TRABALHO

A possibilidade de julgamento imediato do mérito, em caso de reforma de sentença terminativa, é perfeitamente compatível com o processo do trabalho.

O recurso ordinário do processo do trabalho, no tocante aos seus efeitos, não se distingue em nada da apelação regulada no direito comum. Trata-se exatamente do mesmo recurso, apenas com alteração nominal e com pequenas peculiaridades no tocante a certas condições de admissibilidade, tais como prazo e depósito recursal. A falta, no direito brasileiro, de preceito como o art. 87º, do Código de Processo do Trabalho português, sujeitando expressamente os recursos do processo do trabalho ao regi-

17 *Riforma o controriforma del processo civile?* em *Un progetto per la giustizia*, Bologna, Il Mulino, 1982, p. 288. Em termos quase idênticos, Mauro Cappelletti, *Un idolo falso: el Código de 1942 em Processo, ideologias, sociedad*, Buenos Aires: EJE, 1974, p. 289.

18 *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna, Il Mulino, 1993, p. 209. Veja-se ainda, no mesmo sentido, a categórica advertência de Edoardo F. Ricci: "Se l'immediatezza-concentrazione è un valore del processo moderno, il secondo grado non è un processo degno di questo nome" (*Doppio grado di giurisdizione (principio del)*), (*Diritto processuale civile em Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, v. 12, p. 8).

19 Como escreve Pedro Batista Martins, o duplo grau de jurisdição "importa o sacrificio de um dos princípios cardiais do sistema oral: o da imediação" (*Recursos e processos da competência originária dos tribunais*, Rio de Janeiro: Forense, nº 109, 1957, p. 150).

me de julgamento estabelecido pelo processo civil,²⁰ não tem relevo, suprida que se acha a lacuna pelo comando genérico do art. 769, da CLT. Aliás, tanto jurisprudência como doutrina já haviam realçado a aplicação das regras dos §§ 1º e 2º, do art. 515, ao recurso ordinário do processo do trabalho.²¹ Não há razão para que se passe de modo diverso com o novo preceito adicionado a esse artigo.

Ademais, a finalidade perseguida pela norma do § 3º, do art. 515, do CPC, encontra-se afinada com o art. 765, da CLT, que sublinha a importância do rápido andamento das causas trabalhistas.

Não há, pois, como pôr em dúvida a possibilidade de aplicação do § 3º, do art. 515, do CPC, no processo do trabalho.²²

7 PRESSUPOSTOS PARA O JULGAMENTO IMEDIATO DO MÉRITO EM CASO DE REFORMA DE SENTENÇA TERMINATIVA

No direito brasileiro o exame do mérito do litígio, em caso de reforma de sentença terminativa, depende, consoante o texto do § 3º, do art. 515, do CPC, da natureza da questão em debate, que deve ser, segundo a fórmula legal, “exclusivamente de direito”, e da possibilidade de se dar, desde logo, o seu julgamento.

Logo de início percebe-se o equívoco do legislador em referir-se a questão exclusivamente de direito. Na verdade, questão alguma é exclusivamente de direito porque – como lembra Lopes da Costa – a discussão sobre a norma a aplicar “não pode ser de modo absoluto separada da questão de fato. É do fato que nasce o direito. *Ex facto ius oritur*”.²³

Realmente, pretender separar, de modo rígido, fato e direito não se compreende. A própria análise dos fatos não é simplesmente atividade voltada à consideração da realidade. A discriminação dos fatos a serem considerados supõe já certo enquadramento jurídico da situação, porque os fatos são sempre constatados tendo em vista “um

20 O art. 87º, do Código de Processo do Trabalho português, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 480/99, tem o seguinte teor: “O regime de julgamento dos recursos é o que resulta, com as necessárias adaptações, das disposições do Código de Processo Civil que regulamentam o julgamento do recurso de agravo, quer interposto na 1ª instância, quer na 2ª instância, conforme os casos”.

21 Em jurisprudência: “Recurso – Devolutividade – Amplitude. Se o reclamado em sua defesa articulou mais de um fundamento mas apenas um deles foi acolhido pela sentença de primeiro grau, o recurso ordinário interposto devolverá ao Tribunal o conhecimento dos demais fundamentos da defesa, ainda que não apreciados pela Junta de Conciliação e Julgamento. Inteligência do art. 515 do CPC. Recurso conhecido e provido.”(TST – SBDI1 – ERR nº 208.313/95-1, Rel. Min. Vantuil Abdala *in* DJU de 21.05.99, p. 87). Em doutrina, cf. Estêvão Mallet, Procedimento sumaríssimo trabalhista, São Paulo, LTr, nº 38, 2002, p. 100/101.

22 Em jurisprudência, aplicando já a nova regra no processo do trabalho: “A lei processual em vigor pôs fim ao formalismo inútil da chamada supressão de instância. Se o juiz declarar extinto o processo nos termos do art. 267 do CPC, pode o Tribunal afastar o motivo e decidir a lide...”(TRT 2ª Reg., 9ª T., RO nº 20010377039, Ac. nº 20020198595, Rel. Juiz Luiz Edgar Ferraz de Oliveira, *judg.* em 01.04.02 *in* Revista Nacional de Direito do Trabalho, nº 50, junho de 2002, p. 163).

23 Direito processual civil, Rio de Janeiro: Forense, vol. III, nº 419, 1959, p. 409.

determinado sentido jurídico”.²⁴ Daí dizer Karl Larenz que todas as situações de fato a apreciar juridicamente “não representam uma pura enumeração de fatos, mas são o resultado de uma certa escolha...em atenção ao que nisso pode ser juridicamente relevante”.²⁵ Os fatos são muito variados e nem todos os aspectos da situação ocorrida revestem-se de relevância jurídica. Assim, é preciso separar, entre os diversos acontecimentos, aqueles efetivamente importantes para a análise jurídica do problema. Mas a própria delimitação dos acontecimentos relevantes supõe já possível enquadramento jurídico da situação, porque conforme seja uma ou outra a norma aplicável, variam os fatos dignos de consideração. Em conseqüência, a definição dos fatos e a determinação da norma de regência não são momentos distintos e estanques do processo de formulação da sentença. Muito ao contrário, “a constatação dos fatos está inserida na apreciação jurídica”, consoante adverte Schapp,²⁶ o que transforma a atividade decisória em verdadeiro “círculo hermenêutico”,²⁷ para utilizar a expressiva fórmula cunhada por Larenz. Em perfeita sintonia com esse entendimento, lembra Mandrioli ser impossível conceber como duas operações absolutamente distintas os juízos sobre os fatos e sobre o direito, “*perché il giudizio di diritto presuppone, nella sua stessa impostazione...un primo orientamento che non può esser dato che dai fatti, mentre il giudizio di fatto presuppone la cernita e la messa a fuoco degli elementi rilevanti, la quale presuppone a sua volta il riferimento alla portata della norma*”.²⁸ Aliás, nem mesmo no juízo abstrato de constitucionalidade das normas – em que presumivelmente menos importância poderia ter a realidade concreta – a separação entre fatos e direito mostra-se cabível, aludindo a doutrina à necessidade de “investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos”.²⁹ E tanto é verdade que a Lei nº 9.868, ao regular o procedimento para julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, admitiu a importância que os fatos podem ter no exame da controvérsia, admitindo sejam solicitados pareceres ou ouvidos especialistas.³⁰

Em conseqüência, superada a pretendida separação rígida entre questão de fato e questão de direito, a inadequada fórmula do § 3º, do art. 515, do CPC, passa a dirigir-se à situação em que já há nos autos elementos suficientes para resolução da controvérsia sobre os fatos relevantes no processo. Nada mais.

Definido o que se deve entender por “questão exclusivamente de direito”, cabe agora apurar se as duas condições mencionadas no § 3º, do art. 515, do CPC, antes

24 SCHAPP, Jan. *Problemas fundamentais da metodologia jurídica*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1985, p. 40.

25 *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 335.

26 *Problemas fundamentais da metodologia jurídica*, cit., p. 40.

27 *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 337.

28 *Corso di diritto processuale civile*, Torino: Giappichelli, I, § 17, 1993, p. 81.

29 MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial in *Jurisdição constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 356.

30 Arts. 9º, § 1º e 20, § 1º.

indicadas, são aditivas. A esse propósito cumpre ter em vista que a utilização da partícula “e” nem sempre traduz idéia de adição, ao contrário do que a alguns pareceu.³¹ Por vezes serve apenas como “designativa de ordem”, como sublinhou Correa Telles, nas notas que apôs à Teoria da interpretação das leis de Domat, demonstrando sua afirmação com o seguinte exemplo: “se me perguntarem... quaes são os herdeiros necessários, e eu responder, que são os descendentes e ascendentes, nem por isso quero dizer, que os ascendentes succedem junctamente com descendentes”.³² Outras vezes a partícula tem significado alternativo. É o que ocorre quando, para a pergunta sobre os caminhos para se chegar a determinado local, indica-se que se pode adotar o caminho A e o caminho B.³³ Tome-se exemplo ainda mais próximo da questão em debate. Refere-se o art. 475, inciso II, do CPC, ao tratar do reexame necessário, à sentença “proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público”. A despeito do duplo emprego do “e”, a ninguém ocorrerá dizer que está sujeita ao reexame necessário apenas a sentença simultaneamente contrária a todas as pessoas mencionadas. A função alternativa – e não aditiva – das partículas é, no caso, inegável.

Pois bem, se, como visto, o “e” não indica necessariamente adição, não faria sentido algum que tivesse esse significado no § 3º, do art. 515, do CPC. Qual o motivo para afastar o exame imediato do mérito do litígio quando semelhante resultado se pode logo obter, embora não seja “exclusivamente de direito” a questão? Buscou-se, com a dispensa de retorno dos autos ao juízo de primeiro grau, permitir a prestação mais eficiente, eficaz e rápida da atividade jurisdicional, ideal a ser prestigiado e favorecido. Logo, não há razão alguma para limitar os casos em que a providência tem lugar. Daí porque não é preciso estarem presentes simultaneamente as duas condições mencionadas no art. 515, § 3º, do CPC, para que se julgue o mérito logo após a reforma da sentença terminativa.

Em conseqüência, mesmo havendo controvérsia sobre direito e também sobre fatos, se já foram realizadas todas as diligências pertinentes ao esclarecimento desses fatos, após larga instrução processual, sem, todavia, decisão de mérito – pronunciando-se, por exemplo, a carência de ação, o que sabidamente pode ocorrer a qualquer tempo (CPC, art. 267, § 3º)³⁴ –, o acórdão que reformar a sentença poderá desde logo

31 KLOURI, César Marcos. Comentários às alterações do Código de Processo Civil *in* Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, São Paulo: RT, nº 9, janeiro-junho de 2002, p. 201.

32 Auxiliar jurídico – Apêndice às Ordenações Filipinas, Lisboa: Calouste Gulbenkian, vol. I, 1985, p. 431.

33 Interessante notar que por vezes é o contrário o que se verifica. Adquire a partícula “ou” significado aditivo e não alternativo. Exemplo expressivo encontra-se no *caput*, do art. 286, do CPC. Sobre essa hipótese, cf. José Carlos Barbosa Moreira, *O novo processo civil brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 13, e José Joaquim Calmon de Passos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1989, vol. 3, p. 214.

34 Cf., sobre o tema, Liebman, *Manual de direito processual civil*, São Paulo: Forense, 1985, vol. I, nº 74, p. 154. Em jurisprudência: “Acerca dos pressupostos processuais e das condições da ação, não há preclusão para o juiz, a quem é lícito, em qualquer tempo e grau da jurisdição ordinária, reexaminá-los, não estando exaurido o seu ofício na causa.” (STJ, 4ª T., REsp nº 18.711/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, julg. de 31.05.93 *in* DJU de 30.08.93, p. 17.296.); “O tribunal da apelação, ainda que decidido o mérito

reconhecer a procedência do pedido. Diversamente, se, pelo acolhimento de preliminar de inépcia, suscitada em defesa, o julgamento terminativo ocorreu sem que as provas tenham sido produzidas, afastada a inépcia, o julgamento do mérito não pode se dar de imediato. Em síntese, teria sido muito mais simples, portanto, se houvesse o legislador brasileiro deixado claro, com melhor técnica, que o imediato julgamento do mérito depende apenas da inexistência de qualquer obstáculo, seja por não ter havido controvérsia sobre os fatos no juízo recorrido, seja por já haverem sido produzidas todas as provas necessárias ao deslinde da controvérsia.

8 NATUREZA DA ATRIBUIÇÃO DE JULGAMENTO IMEDIATO DO MÉRITO

Presentes os pressupostos antes analisados, o julgamento imediato do mérito não constitui mera faculdade conferida ao juízo do recurso. Trata-se, ao contrário, de verdadeiro dever.³⁵ O fato de haver o legislador disposto que o tribunal “pode julgar desde logo a lide”, não o impondo, não é determinante.

Em primeiro lugar, é sabido que muitas vezes a expressão utilizada pelo legislador, reconhecidas as deficiências e as limitações da interpretação gramatical, não é o argumento decisivo no campo da hermenêutica jurídica.³⁶

Em segundo lugar, freqüentemente se exprime verdadeira obrigação imposta ao juiz por meio da alusão a algo que pode ele fazer.³⁷ Um bom exemplo encontra-se no art. 273, do CPC, que igualmente alude à possibilidade de o juiz antecipar a tutela pedida, já havendo a doutrina sublinhado que o provimento tem de ser concedido, tanto

na sentença, poderá conhecer de ofício da matéria concernente aos pressupostos processuais e às condições da ação. Nas instâncias ordinárias não há preclusão para o órgão julgador enquanto não acabar o seu ofício jurisdicional na causa pela prolação da decisão final.”(STJ, 4ª T., AGREsp nº 192.199/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. em 10.08.99 in DJU de 20.09.99, p. 66). De modo ainda mais abrangente, admitindo até mesmo o reexame de decisão de saneamento, para declarar carência de ação antes afastada: “Após declarar saneado o processo, não fica o juiz impedido de declarar a ilegitimidade da parte. A preclusão é sanção imposta à parte e não ao juiz, que pode examinar os pressupostos processuais e as condições da ação desde a petição inicial até o julgamento definitivo da lide.”(STJ, 1ª T., REsp nº 199.471/RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, julg. em 04.05.99, in DJU de 21.06.99, p. 87). No sentido do último julgado, em doutrina, Ovídio Batista da Silva, Curso de processo civil, São Paulo, RT, 1998, vol. 1, p. 211 e José Rogério Cruz e Tucci, Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento in Revista dos Tribunais, vol. 640, *passim*, especialmente p. 23.

35 No mesmo sentido, de modo hesitante, porém, e sem indicação de fundamentos para a conclusão, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, *Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: RT, 2002, p. 142.

36 Cf., dispensando outras referências, Francesco Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, Athenaeum, 1921, t. 1, p. 214. Na jurisprudência vale a alusão ao seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: “Muitas vezes a interpretação literal contraria profundamente o espírito da lei”(STJ, 1ª T., REsp nº 231.313-RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julg. em 22.08.00 in Revista do Superior Tribunal de Justiça, vol. 140, p. 143/144).

37 Sobre o tema, amplamente, Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, Rio de Janeiro: Forense, 1991, nº 331 e segs., p. 270 e segs.

que presentes os seus pressupostos.³⁸ Por isso mesmo, quando se está diante de verdadeira faculdade, a fórmula legal é clara e indubitosa, como ocorre, por exemplo, no direito francês, em que o julgamento imediato do mérito fica condicionado a que o tribunal considere “*de bonne justice de donner à l'affaire une solution définitive*”, nos termos do art. 568, do *Code de Procédure Civile*, anteriormente mencionado.³⁹

Cabe lembrar ainda, em terceiro lugar, que a obtenção do maior rendimento com a atividade processual, idéia que, em correspondência com o princípio da economia processual, inspira a norma do § 3º, do art. 515, do CPC,⁴⁰ não pode ficar na dependência da vontade do julgador. Constitui, pelo contrário, objetivo a ser perseguido permanentemente, sem prejuízo das garantias conferidas aos litigantes. E tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça já realçou ser o julgamento antecipado da lide providência de caráter obrigatório e não facultativo.⁴¹

Por fim, no processo do trabalho é ainda mais evidente o caráter imperativo do julgamento imediato do mérito, quando presentes os pressupostos mencionados no § 3º, do art. 515, diante da obrigação imposta ao juízo pelo art. 765, da CLT.

9 JULGAMENTO IMEDIATO DO MÉRITO E CONDUTA DO RECORRENTE

Do que acaba de ser dito no item anterior tira-se que o julgamento imediato do mérito, em caso de reforma de sentença terminativa, não depende de requerimento do recorrente. Não cabe argumentar, para justificar solução diversa, com o *caput*, do art. 515,⁴² porque o § 3º, constitui exceção à primeira norma. Tampouco importa o desejo da parte de, com o retorno dos autos ao juízo recorrido, produzir provas adicionais.⁴³ De duas, uma: ou as provas que a parte pretende produzir são pertinentes, ou não. Sendo pertinentes, não cabe aplicação do § 3º, do art. 515, porque não se encontram

38 No processo civil, cf. José Carlos Barbosa Moreira, A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil *in* Revista de Processo, São Paulo, RT, 1996, nº 81, p. 208, e, no processo do trabalho, Estêvão Mallet, Antecipação da tutela no processo do trabalho, São Paulo, LTr, 1999, p. 94.

39 Compreende-se, ante tal fórmula, considere a doutrina francesa o julgamento imediato do mérito “*une simple faculté, nullement une obligation*” (Jean Vincent e Serge Guinchard, *Procédure civile cit.*, nº 1445, p. 977).

40 Antes, item 5.

41 O acórdão tem a seguinte ementa: “Presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder” (STJ, 4ª T., REsp nº 2.832-RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo *in* DJU de 17.09.90, p. 9.513). Ainda na mesma linha: “Cerceamento de defesa. Dispensa de testemunha. Não configuração... não configura cerceamento de defesa a dispensa de testemunha quando o julgador, sentindo-se convencido com a prova colhida, inclusive testemunhal, entender desnecessária a oitiva das demais testemunhas arroladas face a inexistência de controvérsia acerca do fato probante” (STJ, 3ª T., REsp nº 40.212/BA, Rel. Min. Cláudio Santos *in* DJU de 02.05.94, p. 10.008).

42 O argumento encontra-se em Cândido Rangel Dinamarco, Os efeitos dos recursos *in* Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis, São Paulo, RT, 2002, p. 38.

43 Novamente Cândido Rangel Dinamarco, Os efeitos dos recursos, *cit.*, p. 39.

presentes as condições para o julgamento imediato do mérito no juízo do recurso.⁴⁴ Se são impertinentes as provas, não serão produzidas nem mesmo em primeiro grau de jurisdição (CPC, art. 130, parte final), por mais que o deseje a parte.⁴⁵ A vontade do litigante é, no particular, irrelevante. O que importa é a necessidade objetiva da prova. Logo, se entende o juízo do recurso, diante do estado do processo, desnecessárias novas provas, deverá de imediato julgar o mérito do litígio. Fazendo-o não cerceará a defesa de quem quer que seja.⁴⁶ Claro está, de todo modo, que, equivocadamente o seu entendimento – porque era necessária a prova indeferida –, se configura *error in procedendo*, tornando-se a decisão suscetível de anulação.

Desnecessário, como visto, requerimento para que se aplique o § 3º, do art. 515, do CPC, não há falar-se em oposição do recorrente ou mesmo do recorrido ao imediato julgamento do mérito. A conclusão do processo não fica sujeita à iniciativa das partes (CPC, art. 262). Se o litígio já se encontra em condições de julgamento, não podem as partes se opor a que isso ocorra, nem lhes cabe produzir diligências inúteis ou protelatórias (CPC, art. 130, parte final).

10 ÂMBITO DE INCIDÊNCIA

O julgamento imediato do mérito, no campo trabalhista, tem cabimento, normalmente, no julgamento do recurso ordinário. Hipótese mais freqüente é a de cumulação objetiva de ações. Pleiteando o reclamante, por exemplo, o pagamento de horas extras e equiparação salarial, realizada a instrução em torno de ambos os pedidos, o segundo é, ao ensejo do julgamento, considerado inepto. Afastada, no julgamento do recurso ordinário, a inépcia, segue-se o exame do mérito do pedido de equiparação salarial.

Pode-se aplicar o § 3º, do art. 515, mesmo sem que haja cumulação objetiva de ações. Ajuizada a reclamação apenas para o pagamento de horas extras, sem a prévia tentativa de conciliação (CLT, art. 625-D, *caput*), equivocadamente se pronuncia, após a completa instrução do feito, a carência de ação.⁴⁷ Sobrevindo reforma da decisão,

44 Antes, item 7.

45 “Ao julgador incumbe indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias, na esteira do entendimento do art. 130 do Código de rito”(2º Trib. Alçada Civil, SP, 11ª Câm., Ap. nº 593.076-00/0, Rel. Juiz Mendes Gomes *in* Boletim ADOAS nº 8192095). Invocando expressamente a aplicação subsidiária do art. 130, do CPC, no processo do trabalho, cf. TRT, 12ª Reg., 3ª T., Ac. nº 5365/98, Relª Juíza Lourdes Dreyer *in* DJSC de 22.06.98, p. 74.

46 Em termos gerais, veja-se, a propósito, o seguinte aresto: “Não pratica cerceamento de defesa a decisão que julga antecipadamente a lide, afirmando ser dispensável a realização de perícia com vistas a constituir prova sobre fato cuja comprovação documental cabia à concordatária, que não cuidou de fazê-la oportunamente”(STJ, 4ª T., Ag nº 43.975-5-RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo *in* DJU de 23.05.94, p. 12.616).

47 A solução é equivocada porque, como se procurou mostrar em outra oportunidade (Primeiras linhas sobre as comissões de conciliação *in* Revista LTr, São Paulo, vol. 64-04, p. 444), a falta de prévia tentativa de conciliação não obsta o julgamento do mérito do pedido. Nesse sentido: “Comissão de concilia-

com o julgamento do recurso, prossegue-se desde logo no exame do mérito do litígio. O mesmo se pode dizer no caso de incompetência absoluta da Justiça do Trabalho, afirmada após a produção de todas as provas requeridas pelas partes. Afastando o Tribunal a incompetência, julgará de imediato o mérito.

Também na hipótese de reconvenção pode haver aplicação do § 3º, do art. 515, do CPC. Repelida a reconvenção, depois de regularmente contestada, por considerar-se ausente o pressuposto da conexão, mencionado no art. 315, *caput*, do CPC, se a instrução realizada na ação principal permite o esclarecimento da matéria suscitada na reconvenção, o tribunal, reformando a sentença de extinção, examinará logo o pedido deduzido pelo reclamado.

Se o recurso ordinário é interposto em processo de competência originária do Tribunal Regional, como em dissídio coletivo, ação rescisória ou mesmo mandado de segurança, a regra do § 3º, do art. 515, do CPC, satisfeitos os seus pressupostos específicos, tem plena aplicação. Daí porque, extinto o dissídio coletivo sem exame do mérito, por considerar-se que não se esgotou a tentativa de negociação, a reforma da decisão devolve ao Tribunal Superior do Trabalho, não havendo necessidade de novas provas, o exame do mérito do litígio. Julga-se logo o pedido, sem necessidade de baixa dos autos ao Tribunal Regional.

Em procedimento sumaríssimo, incide igualmente a permissão de julgamento imediato do mérito, em caso de reforma de sentença terminativa. A especialidade desse procedimento não é incompatível com a norma do art. 515, § 3º, do CPC.

O mesmo não se verifica, todavia, no procedimento sumário da Lei nº 5.584, não derogado pela Lei nº 9.957.⁴⁸ É que nesse último procedimento não se admite a interposição de recurso ordinário, mas apenas de recurso extraordinário, em caso de ofensa à Constituição.⁴⁹

ção prévia – Submeter a controvérsia à Comissão de Conciliação Prévia não é um dos pressupostos da ação. É uma faculdade da parte. Raciocinar em sentido contrário seria obstaculizar o exercício da cidadania constitucionalmente previsto, e que assegura a todos o acesso ao Poder Jurisdicional para dirimir questões que envolvem violação a direito, a uma norma de hierarquia inferior, no caso a lei 9958/2000.”(TRT 2ª Reg., 4ª T., RORS nº 07873200290202009, Rel. Juiz Sergio Winnik, julg. em 09.04.02 *in* DJ de 19.04.02) e “Comissão de Conciliação Prévia. Artigo 625-D, da CLT. Não há cominação para o não-comparecimento à comissão de conciliação prévia, razão pela qual, constituindo uma faculdade (e não uma obrigação), não impede o ajuizamento da ação na Justiça do Trabalho.”(TRT, 2ª Reg., 6ª T., RO nº 20010369320, Rel. Juíza Rita Maria Silvestre, julg. em 16.04.02, *in* DJ de 03.05.02). Existem, porém, julgados em sentido contrário. Por exemplo: “...qualquer demanda de natureza trabalhista, inclusive sobre obrigação de fazer, será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, ela houver sido instituída no âmbito da empresa ou do sindicato (art. 625-D), sob pena de extinção do feito.”(TRT, 3ª Reg., 2ª T., RO nº 12.121/2001, Rel. Juíza Alice Monteiro de Barros, julg. em 09.10.01 *in* DJMG de 17.10.01, p. 21)

48 MALLETT, Estêvão. *Procedimento sumaríssimo trabalhista*, cit., p. 21/22.

49 Sobre a questão, Estêvão Mallet, Do recurso de revista no processo do trabalho, São Paulo, LTr, 1995, nº 6.1, p. 43/44. Em jurisprudência: “Recurso extraordinário. Causas de alçada. Decisão, em instância única, de primeiro grau, versando matéria constitucional. Dela cabe recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (...) e não recurso a órgão judiciário de segundo grau”(STF, 2ª T., Proc. RE nº 140.169-9, Rel. Min. Neri da Silveira *in* DJU nº 53, de 19.3.93, p. 4.283) e “A existência de contencio-

Uma vez que o exame imediato do mérito, em caso de reforma de sentença terminativa, não contraria o duplo grau de jurisdição, como se procurou mostrar acima,⁵⁰ a regra do § 3º, do art. 515, do CPC, abrange ainda o recurso ordinário *ex officio*, previsto no art. 1º, inciso V, do Decreto-Lei nº 779.⁵¹

A nova disciplina estabelecida pela Lei nº 9.756 estende a aplicação do § 3º, do art. 515, do CPC até mesmo ao julgamento proferido após o provimento de agravo de instrumento. Denegado recurso ordinário interposto contra sentença terminativa, o provimento do agravo, nos termos do art. 897, § 7º, da CLT, leva ao exame do recurso dehegado, o que permite o imediato julgamento do mérito do litígio.

Também em agravo de petição, que pouco se distingue do recurso ordinário, pode ter lugar o julgamento imediato do mérito. Se a impugnação à sentença de liquidação ou os embargos à execução não são examinados no mérito, porque acolhida a alegação de intempestividade, a reforma dessa decisão transfere ao tribunal o julgamento do litígio, descabendo a devolução dos autos ao juízo de primeiro grau para prolação de nova sentença.

É claro que não tem pertinência o § 3º, do art. 515, do CPC, se o juízo do recurso entende não ser o caso de julgamento do mérito. Afirmando o tribunal a incompetência da Justiça do Trabalho para julgamento da causa, deverá aplicar o disposto no art. 113, § 2º, do CPC, sendo-lhe vedado julgar o mérito do litígio ou mesmo deixar de anular a decisão recorrida. Tampouco se aplica o § 3º, do art. 515, do CPC, se não houve extinção do processo sem exame do mérito em primeiro grau de jurisdição. Assim, se determinada Vara do Trabalho rejeita exceção de incompetência relativa, prosseguindo até decisão de mérito, reiterada a alegação no recurso, deverá o tribunal, julgando-a fundada, anular a sentença e remeter os autos à Vara do Trabalho competente.

Tampouco importa para a aplicação da regra do § 3º, do art. 515, quando, por deficiência técnica, proclama-se a extinção do processo sem julgamento do mérito, embora se tenha examinado a pretensão deduzida. Exemplifique-se com a decisão

so constitucional, a ser dirimido pelo Supremo Tribunal Federal, viabiliza a interposição de recurso extraordinário contra a decisão emanada de juízes de primeiro grau, nas causas de alçada" (STF, 1ª T., RE nº 182.995-8, Rel. Min. Ilmar Galvão, julg. em 08.11.94 *in* DJU nº 164, de 25.08.95, p. 26.078). Sempre no mesmo sentido, STF, 1ª T., Proc. RE nº 136.149-2, Rel. Min. Moreira Alves *in* DJU nº 213, de 06.11.92, p. 20.107, e STF Plenário, REC nº 510-1, Rel. Min. Ilmar Galvão, julg. em 23.02.95 *in* DJU nº 85, de 05.05.95, p. 11.904. Sem razão, portanto, o seguinte acórdão do Tribunal Superior do Trabalho: "Cabe recurso ordinário das sentenças proferidas nos dissídios de alçada que versem matéria constitucional" (TST, 4ª T., Proc. RR nº 115.591/94, Rel. Juiz convocado Rider Nogueira de Brito *in* DJU nº 238, de 16.12.94, p. 35.138).

50 Antes, item 3.

51 Em sentido diverso, partindo, segundo parece, da premissa de que o art. 515, § 3º, do CPC, contrastaria com a regra do duplo grau de jurisdição, cf. Luiz Eduardo Gunther e Cristina Maria Navarro Zorning, *As novas alterações do CPC e o processo do trabalho in* Jornal Trabalhista, Brasília, 15 de junho de 2002, p. 923/11.

proferida em reclamação com pedido de reconhecimento de existência de contrato de trabalho, julgada, após a completa instrução processual, extinta sem exame do mérito, porque considerado autônomo o reclamante. A conclusão sobre a natureza não empregatícia da relação envolve juízo de mérito.⁵² A alusão à extinção do processo sem julgamento do mérito mostra-se, pois, equivocada. De todo modo, esse equívoco, meramente terminológico, não altera a natureza do pronunciamento, de modo que, mesmo antes da reforma introduzida pela Lei nº 10.352, em caso de reformá da sentença, ao juízo do recurso cabia desde logo examinar os pedidos deduzidos, sem devolução dos autos ao juízo recorrido.⁵³

11 PROCEDIMENTO APLICÁVEL

O procedimento a observar para a aplicação do § 3º, do art. 515, não apresenta peculiaridades significativas. Algumas poucas merecem referência.

Em primeiro lugar, não há necessidade e nem mesmo é tecnicamente correta a cisão do julgamento em diferentes sessões, uma para reforma da sentença terminativa, outra para julgamento do mérito do litígio. Na sessão designada para apreciação do recurso ordinário, considerando o relator estarem presentes os pressupostos do § 3º, do art. 515, do CPC, apresentará de imediato pronunciamento atinente à reforma da sentença, examinando o mérito da pretensão. Acolhida sua manifestação, julgar-se-ão na mesma assentada e no mesmo acórdão todas as matérias. Não haverá um acórdão para a reforma da sentença e outro para julgamento do mérito. Nem é pertinente o adiamento da sessão, para julgamento do mérito, em outra oportunidade, do mérito. Se, no entanto, por equívoco assim se fizer, não ocorre nulidade, diante da ausência de prejuízo para as partes (CLT, art. 794).

Em segundo lugar, e como decorrência do exposto, ao impugnar o recurso interposto contra sentença terminativa, deve o recorrido desde logo oferecer suas alegações atinentes ao mérito do litígio. Não terá oportunidade subsequente para fazê-lo. Do mesmo modo, ao recorrente cabe discutir o mérito de sua pretensão. Diversamente do

52 A propósito: “Afirmando o autor, em sua peça inaugural, a existência de uma relação empregatícia, está constituída a causa de pedir remota, substrato de todos os pleitos vindicados, sendo isso o suficiente para a fixação da competência, no plano lógico e abstrato. Admite-se, então, segundo a ótica da reelaborada teoria abstrata do direito de ação, a veracidade provisória dos fatos constantes da exordial, relegando ao julgamento meritório a apuração do juízo de certeza quanto a estes.” (TRT, 13ª Reg., REOR nº 2074/99, Rel. Desig. Juiz Francisco de Assis Carvalho e Silva, Ac. nº 55.617, julg. em 08.09.99 in DJ de 20.04.00).

53 Assim, na jurisprudência de direito comum: “Para verificar se houve exame do mérito, há que pesquisar se a pretensão formulada foi decidida. Isso tendo ocorrido, não importa que a sentença haja, equivocadamente, afirmado que o autor era carecedor da ação. Fica o tribunal, no julgamento da apelação, autorizado a examinar todas as questões pertinentes ao merecimento” (STJ, 3ª T., REsp nº 31.766-0-RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro in DJU de 30.05.94, p. 13.480) e “É lícito ao acórdão examinar o pedido pelo mérito, se a sentença não deixou de fazê-lo, embora tenha extinto o processo sem julgamento do mérito. Inocorrência de ofensa ao art. 515 do CPC” (STJ, 3ª T., REsp nº 7.417-SP, Rel. Min. Nilson Naves in DJU de 22.04.91, p. 4.787).

que ocorre no direito português, em que o tribunal, ao reformar a sentença terminativa, convida as partes “a produzir alegações sobre a questão de mérito”,⁵⁴ o regime do § 3º, do art. 515, do CPC brasileiro não assegura o direito de manifestação em separado sobre o mérito, após a interposição do recurso. Tem o recorrido, pois, o ônus de falar, já em sua resposta ao recurso, sobre o mérito do litígio.

Sem embargo, serão votadas separadamente as questões relativas à reforma da sentença, ao cabimento do exame do mérito e, finalmente, ao próprio mérito.⁵⁵ Concebe-se, pois, que, após a reforma unânime da sentença terminativa, fique vencido o relator na proposta de imediato exame do mérito, por entenderem os demais julgadores não estarem presentes os pressupostos do § 3º, do art. 515, do CPC, caso em que haverá a baixa dos autos, para prosseguimento do processo (CPC, art. 560). Os juízes vencidos no julgamento de qualquer uma das questões deverão votar nas subseqüentes, consoante o art. 561, do CPC. Ao julgador que votara pela confirmação da sentença terminativa, vencido na questão, compete pronunciar-se sobre o mérito, se assim decidir a maioria.

Outro ponto a assinalar diz respeito ao depósito recursal. O julgamento imediato do mérito prescinde de depósito recursal específico e não autoriza a posterior exigência de garantia duplicada. Por isso, se houve extinção do processo sem julgamento do mérito em relação a todos os pedidos, o recurso do reclamante chega ao tribunal sem que tenha sido feito depósito recursal algum. Reformada a sentença e julgado precedente o pedido, o recurso de revista do empregador dependerá apenas do depósito do valor limite previsto em lei para este último recurso, não cabendo a exigência cumulada do valor exigido também para a interposição do recurso ordinário.

12 IMPUGNAÇÃO DO PRONUNCIAMENTO SOBRE A APLICAÇÃO DO § 3º, DO ART. 515, DO CPC

A aplicação ou não da regra do § 3º, do art. 515, do CPC, não envolvendo mera faculdade do juízo do recurso,⁵⁶ sujeita-se, em tese, a impugnação. O recurso apropriado para tanto é, no caso de decisão proferida por Tribunal Regional, a revista, prevista no art. 896, da CLT. Não incide o óbice previsto no Enunciado 126, do Tribunal Superior do Trabalho, até porque a discussão sobre a necessidade ou não de novas provas não envolve reexame de fatos, mas aplicação de normas legais sobre direito probatório.⁵⁷

Nem sempre, porém, o recurso de revista poderá ser oferecido. Se o tribunal nega a aplicação do § 3º, do art. 515, do CPC, determinando o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau, qualquer que seja o motivo, seu pronunciamento reveste-se de ca-

54 Código de Processo Civil português, art. 753º, nº 2.

55 Sobre o tema, amplamente, José Carlos Barbosa Moreira, Comentários ao Código de Processo Civil cit., nº 372, p. 663 e segs.

56 Antes, item 8.

57 Em sentido contrário, sem razão, todavia: “A verificação da necessidade ou não de outras provas para alicerçar o julgamento da causa demandaria...o reexame das provas dos autos, vedado nesta Instância Especial, a teor do Verbete Sumular nº 7-STJ”(STJ, 4ª T., REsp nº 210.607-RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo *in* Revista do Superior Tribunal de Justiça, junho de 2002, vol. 154, p. 393).

ráter interlocutório e não comporta imediata impugnação por meio de recurso, como decorrência do disposto no art. 893, § 1º, da CLT, e Enunciado 214, do Tribunal Superior do Trabalho.⁵⁸ Eventual equívoco será reparado posteriormente.

Determinando o tribunal o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau, após reformar sentença terminativa, sem examinar a possibilidade de aplicação do § 3º do art. 515 do CPC, tem-se por configurada omissão. Admite-se, na hipótese, a apresentação de embargos de declaração (CPC, art. 535, inciso II), os quais poderão revestir-se de efeito modificativo (Enunciado 278, do Tribunal Superior do Trabalho, combinado com Orientação Jurisprudencial nº 142 da Subseção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho) e, em conseqüência, propiciar a continuação do julgamento já no tribunal, independentemente da prolação de nova sentença.

13 DIREITO TRANSITÓRIO

A afirmação, tão freqüente, de que as normas de direito processual têm aplicação imediata, apanhando os processos em curso,⁵⁹ é, em sua generalidade, excessiva. Nem sempre há como compatibilizar os atos já praticados com as novas disposições legais, como se pôde verificar com o procedimento sumaríssimo previsto no Código de Processo Civil de 1973⁶⁰ e, mais recentemente, com o procedimento criado pela Lei nº 9.957.⁶¹

58 De acordo com isso, em situação assemelhada: “Recurso de revista – Descabimento. Acórdão regional que ordena o retorno dos autos ao primeiro grau de jurisdição, para providências, sem julgamento definitivo da causa. Irrecorribilidade. A teor do En. nº 214 do TST, “as decisões interlocutórias, na Justiça do Trabalho, só são recorríveis de imediato quando terminativas do feito, podendo ser impugnadas na oportunidade da interposição de recurso contra a decisão definitiva, salvo quando proferidas em acórdão sujeito a recurso para o mesmo tribunal”. Tal verbete espelha o comando do art. 893, § 1º, da CLT, no sentido de que “os incidentes do processo são resolvidos pelo próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recursos da decisão definitiva”. A este princípio se curva o acórdão, que, decidindo questões preliminares ou prejudiciais, devolve os autos ao primeiro grau de jurisdição, para prosseguir no julgamento ou adotar providências, que adiem o provimento regional definitivo para um segundo momento. Tal decisão, por teratológica que possa ser, não desafiará recurso de revista, eis que não represente a última manifestação jurisdicional, em grau ordinário. Tem-se, aqui, salutar expressão de celeridade processual, enquanto se evita o percurso desnecessário dos autos entre as instâncias recursais. Recurso de revista não conhecido.”(TST, 2ª T., RR nº 372.244, Rel. Juiz Convocado Alberto Luiz Bresciani Pereira, julg. em 14.02.01 in DJU de 16.03.01, p. 737).

59 Por todos, Paul Roubier, *Le droit transitoire*, Paris: Dalloz, 1960, nº 101, p. 545.

60 A propósito, decidiu o Supremo Tribunal Federal: “Procedimento sumaríssimo. Este ganha feição própria a partir da petição inicial (CPC, art. 276). Esta sua configuração, que surge, portanto, da propositura da ação, impede que, iniciada a demanda pelo procedimento ordinário e até contestada, tal ainda na vigência da antiga lei adjetiva civil, venha, quando em grau de recurso, e aí já vigorando o novo Código, ser aplicado o prazo de 5 dias do parágrafo único do art. 508. Recurso extraordinário conhecido e provido.”(STF, 1ª T., RE nº 82.357/PR, Rel. Min. Bilac Pinto, julg. em 04.11.75 in DJU de 26.12.75 e RTJ v. 76, p. 653).

61 Cf. TST – 2ª T., AIRR nº 698.747/00, Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira, julg. em 21.02.01 in DJU de 23.03.01, p. 608; TST 5ª T., AIRR nº 717.985/00, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, julg. em 09.05.01 in DJU de 24.05.01, p. 731 e TST, 4ª T., RR nº 715.592/00, Rel. Juiz Convocado Renato de Lacerda Paiva, julg. em 06.06.01 in DJU de 29.06.01, p. 837.

No caso da Lei nº 10.352 a aplicação da regra do § 3º, do art. 515, do CPC, aos recursos interpostos antes de sua vigência, embora julgados posteriormente, comprometeria o contraditório, na medida em que o recorrido, dispensado, pela regulamentação anterior, de discutir o mérito do litígio em sua resposta ao recurso, poderia ser surpreendido pela decisão do tribunal. A melhor solução para a aplicação no tempo da nova regra sobre o efeito devolutivo corresponde, portanto, à observância do princípio estabelecido para os recursos em geral, consistente em sujeitá-los às regras vigentes ao tempo da publicação da decisão recorrida.⁶² Daí que o § 3º, do art. 515, do CPC, aplica-se desde logo aos recursos interpostos contra decisões publicadas após o início da vigência da Lei nº 10.352, não importando o momento em que ajuizada a ação, encerrada a instrução ou subscrita a sentença. Os recursos interpostos contra decisões publicadas anteriormente, porém, ficam ainda sujeitos ao regime do direito anterior, mesmo quando julgados já sob a vigência das disposições da Lei nº 10.352.

62 Em jurisprudência: “Segundo princípio de direito intertemporal, o recurso se rege pela lei vigente à data em que publicada a decisão...”(STJ, 4ª T., RMS nº 38-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo *in* DJU de 04.06.90, p. 5.061). Em doutrina, José Manoel de Arruda Alvim, Curso de direito processual civil, São Paulo, RT, vol. 1, nº 13.

A FÚRIA

“...até bem pouco tempo atrás poderíamos mudar o mundo, quem roubou nossa coragem?” (Renato Russo)

Jorge Luiz Souto Maior*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 As consciências social e econômica no direito do trabalho; 2.1 O advento das idéias de flexibilização e desregulamentação; 2.2 A origem da consciência social do direito do trabalho; 2.3 A formação da consciência atual (econômica) do direito do trabalho; 2.4 O direito do trabalho construído com base na consciência econômica; 2.5 Reconstruindo a consciência social do direito do trabalho; 2.6 Reconstruindo o direito do trabalho com base na consciência social: a) Conceito; b) Princípios; c) O controle de constitucionalidade das leis; d) As declarações internacionais de preservação da dignidade humana; e) Natureza jurídica; 3 Os atores do novo direito do trabalho; 4 Fazendo atuar o direito social do trabalho; 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A convite de amigos, tenho comparecido a alguns seminários que tratam do futuro do direito do trabalho no Brasil e nestas ocasiões tenho conclamado os ouvintes a integrarem um grupo informal que denomino, “A Fúria”, inspirado na seguinte passagem de Hannah Arendt:

“A fúria não é de modo nenhum uma reação automática diante da miséria e do sofrimento em si mesmos; ninguém se enfurece com uma doença incurável ou um tremor de terra, ou com condições sociais que pareçam impossíveis de modificar. A fúria irrompe somente quando há boas razões para crer que tais condições poderiam ser mudadas e não o são. Só manifestamos uma reação de fúria quando nosso senso de justiça é injuriado; tal reação em absoluto não se produz por nos sentirmos vítimas da injustiça, como prova toda a história das revoluções, nas quais o movimento começou por iniciativa de membros das classes superiores, conduzindo à revolta dos oprimidos e miseráveis.”

A Fúria, que é, em verdade, um modo abstrato de unir, no âmbito transcendental (aproveitando a onda da novidade introduzida no recurso de revista, art. 896-A, da CLT), pessoas, ligadas ao direito do trabalho, que se enfurecem com a injustiça produzida cotidianamente pelo direito do trabalho, ou melhor, pela forma como este direito vem sendo construído, interpretado e aplicado nos dias presentes; que acreditam que é possível mudar esse modo de atuar o direito do trabalho; que vêem no direito do

* *Juiz do Trabalho, titular da 3ª Vara do Trabalho de Jundiá. Livre-docente em direito do trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Bolsista da Capes. Membro da Associação dos Juizes para a Democracia.*

trabalho um instrumento de construção da justiça social; e que assumem a responsabilidade de lutar para que esta realidade se faça.

Neste ensaio, pretendo esclarecer como encampar, concretamente, esta luta, ou melhor, como utilizar o direito do trabalho com este propósito.

2 AS CONSCIÊNCIAS SOCIAL E ECONÔMICA NO DIREITO DO TRABALHO

2.1 O advento das idéias de flexibilização e desregulamentação

O direito do trabalho atual passa por intensa turbulência, marcada pelo aparecimento das idéias de flexibilização e desregulamentação. O que significam essas idéias?

Sob um ponto de vista estritamente conceitual, flexibilização representa a adaptação das regras jurídicas a uma nova realidade, gerando um novo tipo de regulamentação. Por desregulamentação identifica-se a idéia de eliminação de normas do ordenamento jurídico estatal que não mais se justificariam no contexto social, incentivando-se a auto-regulação pelos particulares.

Ambas, no entanto, quando apoiadas no pressuposto da necessidade de alterar as relações de trabalho, para fins de satisfação do interesse econômico, acabam se constituindo em meros instrumentos de redução dos custos do trabalho, mascarando-se tal intenção.

É interessante verificar que essa idéia de redução dos custos do trabalho, para atender à demanda produtiva, não é nova nas relações de trabalho até porque está na própria base de discussão da origem do direito do trabalho, representando, por isto, nada mais, nada menos, que o eterno conflito econômico x social.

A título de exemplo, veja-se artigo publicado na Revista LTr, edição nº 237, de maio de 1957, de Hélio de Miranda Guimarães, com o título "*Morre o Direito do Trabalho?*", no qual o autor põe em discussão a idéia defendida por Pinto Antunes, em aula inaugural dos cursos jurídicos da Faculdade de Direito da USP, publicada no Jornal O Estado de São Paulo, na edição de abril de 1957, no sentido de que o direito do Trabalho estaria fadado a desaparecer, em razão do movimento chamado de Segunda Grande Revolução Industrial e isto porque o capital teria se cansado de ser pressionado pelo inchaço da legislação trabalhista, que passou a consumir grande parte de seu lucro, tendo provocado uma reação dos empresários em direção da substituição da mão-de-obra pelo robô.

O que chama a atenção do cientista do direito, portanto, não é a pretensa novidade que estas idéias traduzem, mas o fato de terem elas adquirido, de uma hora para outra, uma força dominante, significando, em abstrato, a supremacia da consciência econômica do direito do trabalho sobre a consciência social que se tinha sobre este mesmo direito.

Como essas idéias, que durante muito tempo foram abafadas pela consciência social, passaram a dominar o cenário da construção da ordem jurídica trabalhista? Eis a importante investigação a ser trilhada nos itens seguintes.

2.2 A origem da consciência social do direito do trabalho

A situação fática existente no período inicial da chamada Revolução Industrial provocou um acirramento da “luta de classes”, que comumente é indicada como a *fonte material* do direito do trabalho, provocando as primeiras revoltas dos trabalhadores para busca de melhores condições de trabalho. Essas revoltas, no entanto, não significaram, inicialmente, qualquer conquista dos trabalhadores, visto que a força dominante repressiva se encontrava, obviamente, do lado dos interesses dos industriais. As primeiras revoltas, como relatado na célebre obra de Émile Zola, *Germinal*, acabaram com os trabalhadores retornando aos locais de trabalho em condições ainda piores que as anteriores.

Esta realidade somente começa a se alterar no momento em que os trabalhadores passam a adquirir uma consciência de classe, o que teria sido possível quando uma elevada produção intelectual, de cunho humanitário, conclama os trabalhadores a se unirem e a lutar contra o próprio sistema político. Em outras palavras, as mudanças no mundo do trabalho começam a acontecer, de forma mais relevante, apenas quando as revoltas dos trabalhadores adquirem uma feição revolucionária.

As obras dos socialistas “utópicos” (Sismondi, Fourier e Saint-Simon), dos socialistas “científicos” (o manifesto comunista de Marx, em 1848, por exemplo), as internacionais socialistas que resultaram dessas idéias, e mesmo a encíclica papal *Rerum Novarum* (1891), são os fundamentos para a construção dessa consciência.

As primeiras leis de proteção do trabalho começam a surgir, no entanto, dentro de um contexto paradoxal. Em certa medida, elas representaram uma conquista dos trabalhadores, mas, por outro lado, elas significaram o resultado de uma reação natural da classe dominante como tática de sobrevivência para o modelo capitalista de produção, em virtude do risco da tomada do poder que as revoltas dos trabalhadores passam a representar, ainda mais diante do sucesso da revolução proletária na Rússia, em 1917. Como esclarece Rodrigo Garcia Schwarz, “o Direito do Trabalho apresenta-se, assim, desde a sua gênese, útil ao capitalismo, conquanto interesse também aos trabalhadores, por razões opostas: por um lado, o capital faz pequenas concessões que reduzem as tensões sociais, retirando força à luta de classes; por outro lado, o trabalhador consegue limitar, concretamente, a exploração que sobre ele é exercida”.¹

Surgem, dentro desse contexto, as primeiras leis de cunho social, iniciando com o seguro social, na Alemanha (1883, lei de Bismarck), e prosseguindo com regras de natureza trabalhista, especialmente quanto ao trabalho das crianças e das mulheres e, em seguida, tratando do limite da jornada de trabalho, que teria chegado a 16 horas.

1 A falácia da flexibilização do direito do trabalho, *Revista do Direito Trabalhista*, 31 dez. 2001, p. 9.

O mero advento de leis voltadas para regular as relações de trabalho não implica, todavia, o surgimento de um ramo do direito destacado dos demais. O relato histórico feito até aqui diz respeito, mais diretamente, à criação de leis direcionadas às relações de trabalho.

A construção de um direito do trabalho, destacado do direito civil tem uma outra origem. O direito é um conjunto de normas e princípios voltado à regulação da vida social. Para falar de um direito autônomo, um ramo do direito distinto do direito comum, é preciso que se tenha um razoável número de normas voltadas para um fato social específico e que se identifiquem nestas leis princípios próprios que lhes dêem uma noção de conjunto, fornecendo-lhe uma lógica particular e uma finalidade distinta.

A proliferação das normas trabalhistas, no cenário internacional, é marcada pelo advento de alguns instrumentos jurídicos dos mais importantes da história da sociedade moderna.

Em 1917, a Constituição do México, em seu famoso art. 123, contemplou vários direitos aos trabalhadores: limitação da jornada de trabalho; salário mínimo; proteção ao salário; participação nos lucros; garantia no emprego; proteção especial para mulheres e crianças; isonomia salarial...

Ao final da 1ª Guerra, no tratado de Versalhes (28 de junho de 1919), foi criada a OIT (Organização Internacional do Trabalho), « com a função precípua de estudar e promover a melhoria da condição dos trabalhadores no mundo ». ² Neste mesmo instrumento dedicou-se uma parte especialmente ao trabalho, fixando-se o princípio de que o « trabalho não é mercadoria » e estabelecendo-se a importância de se garantir alguns direitos aos trabalhadores, tais como : jornada de oito horas ; igualdade de salário ; repouso semanal ; inspeção do trabalho ; proteção ao trabalho das mulheres e das crianças ; salário mínimo e direito de sindicalização.

Em 1919 (11 de agosto), surge a Constituição de Weimar, na Alemanha, de inspiração socialista, criando os conselhos de trabalhadores nas empresas, proclamando a liberdade sindical e declarando que « a propriedade gera obrigações ».

Nova crise social, no entanto, abala a ordem mundial, tendo início com a quebra da Bolsa nos Estados Unidos, em 1929. Para minimizar os efeitos da crise, em 1935, Roosevelt implementa medidas de bem-estar social em um plano conhecido como « New Deal ». Idéia esta que fora seguida em diversos países, como na Inglaterra, em 1942, com a implementação do Plano Beveridge.

Mas, a paz mundial não resiste muito tempo e em 1939 tem início a 2ª Guerra mundial.

Em 30 de maio, de 1946, após a 2ª Guerra, a OIT é elevada a órgão permanente da ONU, reforçando a preocupação com a distribuição de renda e com a fixação de condições dignas e igualitárias de trabalho por todo o mundo.

2 MORAES FILHO, Evaristo de. *Introdução ao direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, p. 51.

Como reflexo dessa preocupação, vários outros países integraram, ao seu ordenamento jurídico, regras voltadas às relações de trabalho, inclusive no corpo da Constituição.

A inserção de tais normas na Constituição (movimento conhecido como “constitucionalismo social”, que não deixou de ser também, inicialmente, uma forma de manter o modelo político) acabou se justificando porque a concretização dos preceitos de natureza social não depende meramente do cumprimento de obrigações na esfera individual, mas da conjugação de diversos fatores sócio-econômicos de todo um corpo social e, em especial, da atuação do próprio Estado, que neste contexto não mais aparece como mero ente coercitivo da ordem jurídica, mas como estimulador, financiador e promotor dos direitos constitucionalmente assegurados. A fixação na Constituição de interesses sociais representa, por assim dizer, um compromisso do Estado e da sociedade com o implemento e satisfação de tais interesses, sendo o Estado até mesmo um sujeito passivo obrigado a efetivá-los. Juridicamente, o Estado deixa de ser um mero legitimador dos interesses dos dominantes e transfigura-se em autêntico Estado social.

A própria Constituição norte-americana, que muitos dizem ser avessa aos direitos sociais, consagrou, em 1946, os princípios enumerados na Constituição da Filadélfia, de 1791, no que se refere a: dignidade do ser humano; liberdade de associação; busca de pleno emprego; adequadas condições de trabalho e de remuneração; seguridade social...

A integração de normas trabalhistas às Constituições, a criação de um órgão internacional voltado às relações de trabalho (a OIT) e o reconhecimento mundial da importância de se minimizarem os efeitos perversos da exploração do capital sobre o trabalho humano, com propósitos também de evitar a proliferação da miséria, a instabilidade social e a ameaça à paz mundial fornecem o vasto *campo para o desenvolvimento de uma teorização acerca da criação de um novo direito, um direito que teria como função tornar a preocupação com a justiça social mais que um compromisso moral, mas uma obrigação de particulares, com limitação dos interesses econômicos, e um dever do Estado*. Esta lógica diversa daquela que norteava o direito civil, justifica, então, a organização teórica de um novo direito, o direito do trabalho. Um direito promotor da justiça social, sendo que esta, a justiça social, tanto pode ser vista do ponto de vista ético (ou filosófico), que reflete a preocupação de preservar a integridade física e moral do trabalhador; quanto do ponto de vista econômico, que se traduz como a busca de uma necessária distribuição equitativa da riqueza produzida no modelo capitalista.

Na teorização desse novo direito, consagra-se, por isto, a noção de valorização do trabalho humano a partir de postulados não meramente sociológicos mas também jurídicos, isto é, dotados de força coercitiva no seio social.

A ambígua origem das primeiras leis trabalhistas, portanto, não impede que se reconheça no direito do trabalho um instrumento decisivo e indispensável para a construção da justiça social dentro do próprio contexto do modelo político de natureza capitalista.

A predominância da consciência social, de caráter humanista, como se vê, foi o que permitiu o surgimento do direito do trabalho, como ramo específico do conhecimento jurídico.

Neste momento de formação do direito do trabalho e até bem pouco tempo atrás, os argumentos sociais transplantam os argumentos econômicos (que nunca deixaram de existir – vale lembrar). Mas, como dito acima, na situação atual, assiste-se a prevalência do econômico sobre o social. O que teria mudado?

2.3 A formação da consciência atual (econômica) do direito do trabalho

Dizem que a flexibilização e a desregulamentação (produtos da consciência econômica do direito do trabalho) são efeitos da globalização e da informática,³ buscando, com isto, justificar a dominação dessas idéias a partir dos postulados da “modernidade” e do “fatalismo”. Entretanto, estes fenômenos, ainda que com feições um pouco diferentes já ocorreram na história da humanidade com outros nomes: robótica e imperialismo. Não são, portanto, fenômenos, nem modernos, nem fatais.

O fato é que a origem das primeiras leis trabalhistas (sem o que não se poderia sequer pensar na construção do direito social do trabalho) teve ligação direta com o embate ideológico (formado na Europa no início do século XIX) entre o capitalismo e o socialismo. A ameaça do socialismo representou o motivo da criação de leis de natureza social, mas isto não se apresentou como tal e ao mesmo tempo nunca deixou de ser visto como uma espécie de derrota do econômico para o social.

Com a derrocada do ideal socialista, representado pela queda do muro de Berlim, a ameaça socialista deixa de existir e o sistema capitalista passa a poder se apresentar sem as máscaras do “welfare state”, que, inclusive, passa a ser apresentado como um desvio indevido do curso natural da história (obscurecendo-se o fato de que o Estado Social foi uma criação do capitalismo como tática política de sobrevivência diante dos avanços dos ideários socialistas). Com isto, a posição dos empresários, tradicionalmente, uma posição de defesa em face dos avanços de garantias aos trabalhadores, muda de perspectiva e começa a adquirir uma feição de ataque direto às conquistas trabalhistas. Como explica Barbagelata, “é fácil atualmente constatar que os empresários e suas organizações já não se limitam a regatear e a tratar de minimizar o alcance dos dispositivos favoráveis aos trabalhadores, mas eles próprios agitam plataformas de reivindicações onde não se trata simplesmente de pôr freio às reformas, mas o que se postula é voltar atrás, flexibilizando ou mesmo suprimindo as garantias contidas na legislação trabalhista”.⁴

3 “Para os economistas, a tecnologia é o resíduo que explica tudo o que suas teorias não conseguem explicar.” (Ethan B. Kapstein, “Os trabalhadores e a economia mundial”, *Foreign Affairs*, edição brasileira, publicação da Gazeta Mercantil, edição de 11.10.96, p. 6)

4 BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *O particularismo do direito do trabalho*. Revisão técnica de Irany Ferrari. Tradução de Edilson Alkimim Cunha. São Paulo: LTr, 1996, p. 140.

Esse modo de equacionar os problemas do mundo se apresenta, no entanto, sem qualquer objeção ideológica.

Assim, se explica e se entende porque a teoria da flexibilização (que reflete a mera intenção de reduzir os custos do trabalho) se impõe, apresentando-se como “moderna”, embora tenha estado na própria origem paradoxal das primeiras leis trabalhistas. Lembre-se que o conflito trabalhista foi identificado, desde os seus primórdios, como o choque de interesses distintos de empregados e empregadores: os primeiros querendo trabalhar menos e ganhar mais; os últimos, querendo que os trabalhadores trabalhem mais por menores salários.

Esta prevalência da consciência econômica sobre a social, entretanto, reforça e consagra injustiças nas relações sociais e para que esta situação não faça ressurgir a base material das revoltas populares, as injustiças são desqualificadas sob a ótica do fatalismo. Assim, a sociedade moderna é apresentada e assumida como a sociedade do um quinto: um quinto de pessoas que se inserem no contexto social e que não tem como se preocupar com os 4/5 restantes, pois não há o que se possa fazer para reintegrá-los à sociedade. Vide a este respeito impressionante relato de Hans-Peter Martin e Haral Schumann,⁵ a respeito de uma reunião, realizada no Hotel Fairmont, em 1995, na cidade de San Francisco, entre chefes de Estado, economistas e empresários, na qual se assumiu a postura de que a sociedade do futuro seria a sociedade do 1/5, não havendo perspectivas de integração para os 4/5 excluídos.

E vale reparar que a sociedade do 1/5 não é mais a sociedade do futuro (como se considerava há cinco anos atrás), mas a sociedade do presente. A Revista Capital, edição de 03 de abril de 2002, pág. 28, veicula pesquisa da Associação Nacional de Empresas de Pesquisa (ANEP) e da Associação Brasileira dos Institutos de Pesquisas de Mercado (ABIPEME), com base em dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no sentido de que 81% da população brasileira vive à berlinda do que se produz e se consome no país.

Essa injustiça, no entanto, como dito, é desqualificada (exatamente para que um estado de fúria não se desenvolva). Fala-se, então, que esta situação é decorrência natural e inevitável da globalização, impondo-se um modo de pensar, ou mesmo a impossibilidade de pensar. Neste contexto impera a ideologia do limite econômico e, mais ainda, do mal menor. As coisas são como são porque não há outro modo de serem. Ademais, prossegue-se, é melhor se integrar à sociedade da forma como for possível do que estar, irremediavelmente, alijado. Como diz o economista José Eduardo Pastore, “é melhor ser um cooperado, mesmo com direitos diferentes dos do trabalhador assalariado, do que um desempregado”.⁶

Mas, por óbvio, tal argumento do mal menor não se justifica diante da visão jurídica do emprego como dever do Estado e direito do cidadão. Além do mais, dentro da

5 *A Armadilha da Globalização: o assalto à democracia e ao bem-estar social*. São Paulo: Globo, 1997.

6 “Cooperativas disfarçam desemprego”, reportagem de Fátima Fernandes e Cláudia Rolli, Folha de São Paulo, edição de 07 de abril de 2002, pág. B-1.

lógica deste argumento está o próprio fundamento da escravidão. Como relata Gramsci, nos períodos pós-guerra os vencedores escravizavam os vencidos com o argumento de que se podiam matar os vencidos poderiam escravizá-los já que este seria um mal menor para os vencidos.

De todo modo, com ou sem intenção, esses argumentos acabam se tornando um acalanto para os que integram o 1/5 da sociedade, ao mesmo tempo em que gera nos injustiçados um sentimento de plena impotência. Aliás, como resultado da política de desmantelamento da educação pública, iniciada no Brasil no final da década passada, a maior parte da população brasileira (cuja herança cultural é do país da escravidão) considera que o trabalho que lhe é fornecido é uma esmola e se algum direito ainda lhe é concedido aí já é uma verdadeira obra divina. Conforme explica Roberto Pompeu de Toledo,⁷ o Brasil “teve três séculos e meio de regime escravocrata, contra apenas um de trabalho livre”, gerando a concepção “de que trabalho é algo que se obriga outro a fazer e pessoas humanas são mercadorias”, mas não uma mercadoria qualquer, uma mercadoria especial porque tão logo comete algum delito torna-se gente.

Essas pessoas, portanto, assumem a consciência de sua “inferioridade”, não se identificam como verdadeiros cidadãos e ainda, quando empregadas, possuem um sentimento de culpa, que lhes é inculcado, em razão do grande número de trabalhadores desempregados. Há, conseqüentemente, perda completa da dignidade nas relações de trabalho e uma impossibilidade concreta de alteração por ato de revolta dos injustiçados.⁸

A sociedade que deveria se basear pelo pacto de solidariedade, se caracteriza, então, pela luta de todos contra todos, pelo salve-se quem puder: e que vença o melhor e mais competente. Os cursos de formação profissional preparam o jovem para este mundo da competição, e seja o que Deus quiser!

2.4 O direito do trabalho construído com base na consciência econômica

Esta sociedade competitiva, liberal e descomprometida possui, no entanto, um grande paradoxo, pois o direito que lhe dá conteúdo coercitivo ainda é o direito formado na era do Estado social. Sob o ponto de vista exclusivo das relações de trabalho, o direito do trabalho tradicional constitui-se óbice à consagração do “novo” modo de ordenação do mercado, cada vez mais à busca da lógica da lei da oferta e da procura.

A ideologia “moderna”, por isso, busca alterar as bases do direito do trabalho, para que decisões judiciais não impeçam o avanço concreto do padrão liberal de formação das relações de trabalho. A idéia de flexibilização, de mero ideal econômico,

7 TOLEDO, Roberto Pompeu de. *A sombra da escravidão*. Revista Veja, edição de 15 maio 1996, p. 52. Também João José Reis: “Tivemos quase 400 anos de história em que os mais afortunados se acostumaram à noção de que os outros podem ser torturados. Isso pesa” (idem, p. 64).

8 Por isto que a Fúria deve surgir dentro daqueles que integram o 1/5 da sociedade e que têm a consciência de que a injustiça social não é natural e que sua superioridade econômica com relação aos outros não é, em absoluto, fruto de sua competência.

passa, então, a integrar a base do direito do trabalho como um de seus princípios, abalando o próprio conceito do direito do trabalho que passa a ser visto como um instrumento não da construção da justiça social, mas como ponto de equilíbrio das forças entre empregado e empregador, um equilíbrio, no entanto, que se amolda facilmente às possibilidades econômicas e à completa ausência de força dos trabalhadores para resistirem aos avanços econômicos sobre os seus direitos, em razão do desemprego, o que implica, até mesmo, uma mudança na denominação do direito do trabalho, que começa a ser visto como “direito ao trabalho”, não importando qual trabalho.

A construção teórica tradicional do direito do trabalho é, desse modo, sensivelmente abalada, o que acaba permitindo a inserção de diversas leis no ordenamento que visam, exatamente, a reduzir as garantias sociais e econômicas do trabalhador e não mais a melhoria da sua condição de vida. Estas alterações legislativas poderiam ser afastadas sob a ótica do direito do trabalho tradicional, mas o Judiciário trabalhista, também convencido das razões fatalísticas que embasam o ideário da flexibilização, tem concedido eficácia a tais leis e até alterado posições jurisprudenciais anteriores mais protetivas dos interesses dos trabalhadores.

Esse novo direito do trabalho, no Brasil, que em termos científicos, até poderia questionar constituir-se, ainda, um direito autônomo da ciência jurídica, apresenta-se da seguinte forma:

a) o empregador pode dispensar o empregado sem justo motivo, pagando-lhe, apenas, uma multa de 40% do FGTS (multa esta que está a todo tempo sob ameaça de deixar de existir);

b) pode o contrato de trabalho se formar por diversas formas anômalas, que refletem uma precarização de direitos no que tange ao contrato tradicional: contrato temporário (Lei nº 6.019/74, com tendências à ampliação do prazo de 03 meses); contrato provisório (Lei nº 9.601/98); contrato a tempo parcial (art. 58-A da CLT); estágios (Lei nº 6.494/77, utilizada de forma cada vez mais indiscriminada e sem limites); cooperativas de trabalho (art. 442, parágrafo único, da CLT, também utilizado de forma ampla e ilimitada);

c) várias utilidades conferidas ao trabalhador não mais se consideram salário: art. 457, parágrafo 2º, da CLT;

d) o prazo prescricional dos direitos dos trabalhadores rurais foi recentemente fixado em 05 (cinco) anos (EC nº 28);

e) é possível compensar horas de trabalho pelo sistema de banco de horas dentro do período de um ano (art. 59, da CLT);

f) foram criadas as comissões de conciliação extrajudicial, com previsão legal de que elas possuem o poder de mediar acordos com efeito liberatório das obrigações trabalhistas, sem que se tenha que transacionar expressamente os direitos (Lei nº 9.958/00).

Além disso, nunca é demais lembrar que o salário mínimo no Brasil é de R\$200,00 e que os direitos trabalhistas conferidos ao trabalhador são: limitação da

DOUTRINA

jornada, em oito horas diárias e 44 semanais; adicional de hora extra de 50% sobre a hora normal; adicional noturno de 20% sobre a hora normal; férias anuais de 30 dias; feriados remunerados; 13º salário; regras de proteção ao salário; proteção contra alterações contratuais por ato unilateral do empregador (art. 468, da CLT); descanso semanal remunerado; multa de 40% sobre o FGTS no caso de dispensa injusta nos contratos por prazo indeterminado; aviso prévio nos contratos por prazo indeterminado; estabilidade provisórias no emprego, em casos excepcionais e socialmente justificáveis; Fundo de Garantia por Tempo de Serviço; proteção do trabalho da criança, do adolescente e da mulher; normas de segurança e higiene do trabalho; direito de greve e seguro social contra contingências sociais.

Sob o ponto de vista jurisprudencial, seguindo-se esta linha da flexibilização, tem-se verificado, de modo geral, o seguinte:

a) não há qualquer questionamento (ou pelo menos, muito poucos) acerca da inconstitucionalidade das citadas previsões legais;

b) legitimou-se, pelo Judiciário, o sistema administrativo da terceirização (En. 331, do TST), deslocando-se o vínculo de emprego do local de prestação dos serviços, com efeitos nefastos no cotidiano dos trabalhadores;

c) fixou-se o entendimento de que o pagamento por intervalo não cumprido não possui natureza salarial;

d) manteve-se o salário mínimo como base de incidência do adicional de insalubridade, embora a Constituição forneça argumentos fortes em sentido contrário;

e) manteve-se o entendimento de que não é possível a acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, se presentes os elementos caracterizadores dos dois direitos;

f) firmou-se o entendimento de que não produzem efeitos trabalhistas nos contratos firmados com entes públicos sem prévia aprovação por concurso público;

g) tem-se aplicado a nova prescrição do rural a todos os contratos de trabalho rurais em vigor, desde que não haja reclamação trabalhista em andamento a respeito da respectiva relação de trabalho;

h) não se confere a estabilidade no emprego, prevista no art. 118, da Lei nº 8.213/90 (estabilidade do acidentado), na hipótese em que o ex-empregado não tenha recebido auxílio-doença acidentário, mesmo em se tratando de doença profissional;

i) firmou-se o entendimento de que a gorjeta não possui natureza salarial (En. 354, do TST);

j) firmou-se o entendimento de que a aposentadoria por tempo de serviço é causa extintiva do contrato de trabalho, fazendo-se o cálculo da multa de 40% sobre o FGTS, no caso de dispensa, somente com relação ao período posterior à aposentadoria;

l) tem-se reduzido a incidência a aplicação das horas *in itinere* (En. 324, do TST).

Visão que tem repercutido, igualmente, no processo do trabalho:

a) a distribuição do ônus da prova continua sendo aplicada com base na regra do artigo 333, do CPC, sem avaliação do princípio da aptidão para a prova;

b) raras são as concessões de tutela antecipada, adotando-se como limite o requisito negativo da irreversibilidade;

c) várias são as homologações judiciais de acordos prevendo a quitação ampla do extinto contrato de trabalho, sem indicação precisa dos direitos efetivamente transacionados;

d) freqüentes são as anulações de penhora em dinheiro ou de penhora em faturamento da empresa, com base no pressuposto de que não se deve “matar a galinha dos ovos de ouro”;

f) têm sido adotados, ainda que com menor incidência, os entendimentos de que as comissões de conciliação se constituem condição da ação e do efeito liberatório dos acordos ali formulados.

Esse é o quadro atual do direito do trabalho, no Brasil. Um direito, portanto, por demais flexível, que gera uma situação de extrema fragilidade jurídica do trabalhador, que se potencializa na forma como se tem visualizado o processo do trabalho, conforme relato de Márcio Túlio Viana:

“Essa distorção repercute até nos pedidos. Ninguém vai à Justiça para exigir, por exemplo, o cumprimento de normas de higiene e segurança do trabalho. Ou pedindo que o juiz fixe a data de suas férias não gozadas no prazo legal.

Do mesmo modo, nenhum empregado transferido ilicitamente requer a volta ao lugar de origem, como a lei garante, até em caráter liminar. Na prática, todo o contrato pode ser alterado, mesmo de forma ilegal, sem que o patrão seja compelido a recolocá-lo nos eixos.

O que se pede, sempre, são reparações financeiras. E o que é pior: mesmo elas, em geral, não conseguem reparar tudo: sobre os direitos teóricos desaba o peso da prescrição, que se faz acompanhar, não raras vezes, com a ineficiência da execução. E assim se completa o trabalho de desconstrução da norma – que se iniciara no chão da fábrica – pelas mãos do próprio empregador.

Mas ainda não é só. Como já não tem a sua fonte de subsistência, o empregado que vai à justiça é sempre um demandado fragilizado. Repete-se, no plano do processo, a mesma coação irresistível que operava quando ela ainda tinha emprego e não queria perdê-lo. A relação de direito material contamina a relação processual: longe de desaparecer, a dependência econômica se agrava. Daí os acordos baixos... e as pessoas tantas vezes cabisbaixas.”⁹

9 Proteção ao emprego e estabilidade sindical, *Revista do Direito Trabalhista*, 31 de dez de 2001, p. 20.

2.5 *Reconstruindo a consciência social do direito do trabalho*

Diante da concreta mudança já experimentada pelo direito do trabalho, atendendo os postulados da flexibilização, é possível verificar quais são os efeitos que esse novo direito está produzindo no mundo do trabalho, ou, mais amplamente, na sociedade.

Analisando-se a realidade, o que se percebe é que esse novo direito nenhum resultado positivo tem produzido e isto até por uma razão muito simples: é que a mera redução de custos do trabalho não produz riqueza e, conseqüentemente, não resolve o problema das pequenas e médias empresas (que são as que realmente empregam neste país) e que dependem do mercado interno para sobreviver. Imagine-se, a título de exemplo, uma pequena loja do comércio, com 05 trabalhadores, sem qualquer direito trabalhista (nem mesmo salário mínimo). Diante de um mercado sem consumidores essa loja terá resolvido seus problemas financeiros?

A mera criação de leis que precarizam as relações de trabalho não significaram ampliação do mercado de trabalho. Conforme sentença Rodrigo Garcia Schwarz: “Ratifica-se, nesses termos, a inépcia da flexibilização do Direito do Trabalho como política de fomento ao emprego...”.¹⁰

Verifica-se, ademais, na realidade, o aumento da utilização fraudulenta dessas leis. Ainda que o propósito das leis de flexibilização tivesse sido trazer parte das pessoas, que atuam no chamado “mercado informal”, para a formalidade, o fato é que, em concreto, tais leis estão servindo para acabar com o emprego tradicional, conduzindo os “ex-empregados” para uma situação de semi-emprego (por exemplo, contrato a tempo parcial) ou de ocupação sem qualquer garantia trabalhista (por exemplo, cooperativas de trabalho).

Os empregados de ontem são os cooperados de hoje, revela a Reportagem, supra citada, publicada no Jornal Folha de São Paulo, “Cooperativas disfarçam crise do emprego”, na qual se constata o aumento do número de cooperados e a diminuição do emprego com carteira assinada nos últimos anos.

Esta situação tem gerado ganho menor para os trabalhadores e agravado a má distribuição de renda, aniquilando, como dito, o mercado interno e as pequenas e médias empresas. Aliás, os problemas das pequenas e médias empresas se agravam ainda mais porque, em geral, as técnicas de flexibilização, vinculadas à aceitação dos sindicatos, acabam sendo utilizadas apenas por grandes empresas.¹¹

10 A falácia da flexibilização do direito do trabalho no Brasil. *Revista do Direito Trabalhista*, 31 dez. 2001, p. 11)

11 Pesquisa, em andamento, com o título “Impactos da flexibilização no mercado de trabalho: a realidade de Jundiaí/SP”, realizada pelo Núcleo de Pesquisa da Faculdade de Direito de Jundiaí, sob a coordenação de Jorge Luiz Souto Maior, revela que as regras de flexibilização são previstas em acordos coletivos e não em convenções coletivas e, em regra, os acordos em questão são firmados com grandes empresas.

“E percebe-se que não se fala apenas de trabalhadores de classe baixa. Os trabalhadores da classe média foram os primeiros a ser atingidos pela desregulamentação do mercado de trabalho, conforme destaca a reportagem “À beira do abismo”, da Revista Época, edição de 3 de junho de 2002, p. 68: “Trazidas ao país em clima de euforia, as modas de gestão empresarial e siglas que parecem partidos políticos tinham origem teórica diversa, mas uma consequência prática comum – caçar a classe média no setor privado. Era para gerentes, auxiliares e supervisores que se olhava quando se falava em ‘inchaço’ no quadro de funcionários, se propunham ‘reestruturações’ e se denunciavam ‘benefícios’, que a partir de então foram chamados de mordomia.”

Assim, a lógica da redução dos custos do trabalhador apenas alimenta a lógica do desemprego e contraria a própria lógica do regime capitalista.

Além disso, sob o prisma exclusivo do dia-a-dia do trabalho, o fantasma do desemprego potencializa a subordinação, fazendo com que o empregado se submeta a condições de trabalho cada vez mais prejudiciais à sua saúde. Isto implica que a exclusão social não seja um fenômeno que se verifica apenas com relação aos desempregados, mas também no próprio ambiente do trabalho, como relata o sociólogo francês, Pierre Roche.¹² Em razão do risco sempre presente do desemprego, há uma fragilização do trabalhador no ambiente de trabalho, provocando o crescimento do “stress” no trabalho.

Essa alteração no mundo do trabalho causa, ainda, um acréscimo muito grande do custo social do trabalho, devido o aumento impressionante de doenças no trabalho, provocadas também pelo citado “stress”, e de acidentes do trabalho, em virtude da despreocupação das empresas com a segurança no ambiente do trabalho, especialmente, em relações de trabalho formadas com terceirizações¹³ e cooperativas de trabalho.

Mas, pior que isto é a desmoralização pública por que tem passado o direito do trabalho, fazendo com que o descumprimento das poucas garantias que restam ao trabalhador seja vista como natural, não produzindo qualquer efeito ao agressor dos direitos trabalhistas.¹⁴ Pelo contrário, este foi recentemente premiado com a possibilidade de fazer acordos nas comissões de conciliação prévia, onde as questões de ordem pública não são levadas em consideração vez que foram simplesmente esquecidas pelo legislador.¹⁵

12 « Le laboratoire secret de la production de l'exclusion », in *Précarisation du travail et lien social : des hommes en trop ?*, L'Harmattan, Paris: 2001, p. 28.

13 Vide, a propósito, reportagem do Jornal Folha de São Paulo, edição de 9 de maio de 2002, p. B-12.

14 “A cada norma precarizante, ou a cada interpretação que precariza, o Direito do Trabalho perde um pouco mais de efetividade. Nesse sentido, pode-se dizer que toda a CLT já mudou – e continua a mudar, a cada instante. Tratada à moda antiga, segundo o receituário liberal, pouco a pouco perde as forças com as sucessivas sangrias.” (Márcio Túlio Viana, *Proteção ao emprego e estabilidade sindical*, *Revista do Direito Trabalhista*, 31 dez. 2001, p. 19).

15 Reconhece-se, é verdade, que este mesmo defeito também foi praticado (e continua sendo) com certa intensidade perante a Justiça do Trabalho, que, infelizmente, durante muito tempo foi estruturada sob a perspectiva da eliminação dos conflitos para atender a melhora dos dados estatísticos.

Nesta onda de desmoralização do direito do trabalho, o descumprimento de direitos do trabalhador não mais agride a moral de ninguém. Pelo contrário, pleitear direitos trabalhistas perante a Justiça torna o reclamante um “mal agradecido”, um “espertalhão”, que quer “arrancar” alguma coisa das empresas.

É comum, no caso de terceirizações, por exemplo, nas reclamações trabalhistas em que um trabalhador requer suas verbas rescisórias, que, deliberadamente, não foram pagas, ver no pólo passivo, duas, três ou quadro reclamadas, todas elas eximindo-se de qualquer responsabilidade quanto aos créditos trabalhistas reclamados, apoiadas em fórmulas jurídicas bem construídas a partir da perspectiva do direito do trabalho moderno, que tende a privilegiar o ajuste de vontades entre empresas, desconsiderando o efeito desses negócios na vida do trabalhador. E, é relevante notar que essa postura em absoluto é motivada por razões econômicas, visto que, em geral, é adotada por grandes empresas e até mesmo por empresas estatais. O Judiciário trabalhista se perde em uma discussão acadêmica para definir, em casos isolados, o que é atividade-meio ou atividade-fim (seguindo padrão jurídico fixado pelo En. 331, do TST, acatado pela doutrina), enquanto que, concretamente, empresas de prestação de serviços, sem qualquer idoneidade econômica e sem estarem vinculadas a uma atividade profissional específica,¹⁶ continuam simplesmente intermediando mão-de-obra e provocando o aniquilamento das garantias do direito do trabalho, sendo que disto aproveitam-se muito bem algumas empresas, para, com base na redução do custo do trabalho que tal sistema representa, se inserirem de forma desleal na concorrência comercial, em prejuízo das outras empresas que buscam, ainda, adimplir, devidamente, os direitos do trabalhador.

A realidade do mundo do trabalho que está sendo criada pelas normas de flexibilização é esta. Uma realidade que despreza os aspectos éticos das relações sociais¹⁷ e que aumenta a cada dia a desvalorização do trabalho,¹⁸ ampliando a distância entre ricos e pobres, aniquilando a consciência de cidadania nas relações de trabalho e promovendo o caos social.

Recente pesquisa realizada pelo DIEESE, publicada no *Jornal Folha de S. Paulo*, edição de 28/05/02, p. B-3, revela que o ganho médio dos assalariados, no mês de março/02, foi 11,2% menor do que o ganho obtido no mês de março do ano passado.

O que causa fúria é que diante de tal realidade (que não se quer enxergar), continua-se pensando o futuro do direito do trabalho ainda sob a mesma perspectiva, pondo-se em discussão a criação de novas regras de flexibilização, como a que gira em torno da alteração do artigo 618, da CLT.¹⁹ Diante da realidade já produzida pelas técnicas

16 Veja-se, por curiosidade, o nome das empresas prestadoras: “XYZ serviços gerais Ltda.”

17 Vivencia-se o império da “lei de Gerson”, pois as empresas que não cumprem os direitos trabalhistas se beneficiam na concorrência comercial e as empresas que buscam cumpri-los, conseqüentemente, são penalizadas.

18 Vide a este respeito, o Caderno Especial do *Jornal Folha de São Paulo*, “Trabalho”, de 24 de março de 2002.

19 Ou pensa-se, então, em medidas paliativas, tais como, o aumento do prazo do seguro-desemprego, ou na redução da jornada de trabalho. Quanto a esta última cabe frisar que a redução da jornada por si só

de flexibilização implementadas há alguns anos, não é preciso ser futurólogo para compreender que essas novas alterações propostas produzirão os mesmos efeitos gerados até aqui, não fazendo mais que agravar os problemas sociais do país, cujas causas reais restam, em razão do desvio de perspectiva, sem qualquer enfrentamento sério.

Os problemas brasileiros são muito mais amplos do que aqueles que se situam no conflito capital x trabalho e a sua solução, portanto, passa muito longe da mera avaliação do custo do emprego. Os problemas do Brasil, dentre outros, são: o desmanche da educação pública; a má distribuição de renda; a falta de incentivo à produção agrícola; a desproporcionalidade do sistema tributário; a ausência de uma efetiva política de incentivo ao turismo e, em certa medida, às pequenas e médias empresas; a evasão do dinheiro público em casos de corrupção cada vez mais agressivos e a conseqüente sonegação fiscal; a concessão desmedida de incentivos fiscais a multinacionais; a indefinição quanto ao processo de reforma agrária; a insegurança pública, que interfere até mesmo na política internacional do país; o alto custo de uma eterna dívida externa, que consumiu praticamente todo o dinheiro arrecadado com as privatizações (sem se falar em esquemas organizados para benefícios particulares)...

Esses problemas não são enfrentados, pois se imagina, equivocadamente, *data venia*, que nossas dificuldades serão resolvidas com a diminuição dos direitos trabalhistas. Esta idéia representa, em última análise, a consideração vazia de que são os ganhos do trabalhador que estão impedindo o progresso econômico do país.

É interessante notar, aliás, que essa voracidade do econômico sobre o social, acatada no Brasil nos últimos anos, resultou que o Brasil, do 9º lugar no nível de desemprego absoluto entre os países do mundo, em 1980, passou, em 2000, para o 2º lugar (Folha de S. Paulo, 29 de maio, 2002, p. B-5).

É notório, portanto, que esta busca incessante da redução dos ganhos do trabalhador, como forma de melhorar a economia do país, não encontra respaldo científico²⁰ e mesmo que tivesse o fato é que não se pode imaginar a construção de uma sociedade apenas sob uma ótica meramente econômica (relação custo-benefício). É preciso que o bem-estar, a justiça e a igualdade sejam os alvos principais da civilização.

De qualquer modo, dizer que, no Brasil, o direito do trabalho gera um custo elevado para as empresas constitui um equívoco lamentável. Como dissemos alhures:

“Ainda que considerado o custo paralelo do direito do trabalho, o custo da mão-de-obra, no Brasil, mesmo integrado de todos os encargos sociais, é baixíssimo se comparado com outros países. Segundo informações de Arnaldo Sússekind²¹ o custo da mão-de-obra no Brasil, por hora, é igual a R\$2,79,

não representa melhor desenvolvimento econômico das empresas e nem ampliação do mercado de trabalho, se não acompanhada de um sério sistema que equacione o grande problema do ritmo do trabalho (ou como dizem os franceses, “de la charge du travail” (a carga do trabalho).

20 Vide, a respeito da inconsistência científica da teoria da flexibilização, os impressionantes dados apresentados por Jorge Pinheiro Castelo, na *Revista Trabalho & Doutrina*, nº 26, p. 84/101, no artigo intitulado, “O direito do trabalho do século novo”.

21 História e perspectivas da Justiça do Trabalho, in: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 67, nº 04, out.-dez./2001, p. 26.

enquanto que esse mesmo custo no Japão é de R\$12,84; nos EUA, R\$ 14,83; e, na Alemanha, R\$21,50.²² Relevante destacar, também, que o valor do salário mínimo no Brasil equivale a US\$75,00, enquanto que em outros países o valor é bastante superior: Itália, US\$500,00; Espanha, US\$600,00; EUA, US\$680,00; Canadá, US\$920,00; França, US\$1.000,00; Holanda, US\$1.075,00; Dinamarca, US\$1.325,00.²³

“Ademais, não se podem considerar encargos sociais direitos conquistados à custa de muita luta, como férias, 13º salário, repouso semanal remunerado, como explica Clóvis Rossi:²⁴ ‘... o Prof. Pastore eleva, incorretamente, os encargos sociais a 102,06% da folha por uma razão simples: inclui como encargos as férias, o repouso semanal, o 13o., etc. Não são encargos. São direitos mínimos do trabalhador, a menos que se pretenda revogar a Lei Áurea, o que ainda não entrou na agenda das reformas. O certo é que uma empresa que pague um salário de R\$100 a um trabalhador gasta com taxas e contribuições mais R\$36, conforme Demian Fiocca provou usando os dados do próprio Pastore’.”

Vale destacar, ainda, que também não se sustenta a idéia embutida na desregulamentação de que os particulares, empregados e empregadores (vistos como “parceiros sociais”) podem regular seus interesses autonomamente de uma forma melhor do que aquela marcada pela intervenção da lei.

Esta idéia se apóia no exemplo americano. Mas, como tivemos oportunidade de esclarecer em outro texto:

“... a negociação coletiva nos Estados Unidos não é uma alternativa para o que existe na legislação, pois legislação a respeito de direito do trabalhador simplesmente não existe.

Os Estados Unidos apresentam, portanto, o verdadeiro ambiente do laboratório experimental do ideal neoliberal da plena liberdade negocial. Mas qual será a real situação concreta dos trabalhadores americanos? Terá este sistema efetivamente produzido um resultado tão maravilhoso como se costuma dizer?

Nos Estados Unidos,²⁵ a partir do final dos anos 70, iniciou-se uma verdadeira guerra, financiada por conglomerados econômicos, contra a sindicalização dos trabalhadores e contra os movimentos grevistas, que culminaram com dispensas de trabalhadores engajados em greves ou sindicalizados, mesmo que tais dispensas se constituíssem atos contrários à lei americana, mas que

22 Segundo LIMA, Francisco Meton Marques de, *o salário/hora do trabalhador brasileiro é de US\$2,4/hora, contra uma média de US\$16,00 no Japão, US\$18,00 nos EUA e US\$24,00 na Alemanha.* (“Os princípios de direito do trabalho diante da reforma neoliberal”, in Revista LTr, 61-05/621)

23 Fonte: <http://www.g:\dados\gidaj\parecer\arnaldo\encargo1.doc>.

24 “Voltaram as falácias”, in Folha de São Paulo, edição de 17.02.96, p. 02.

25 Conforme relato de FANTASIA, Rick. Dictature sur le prolétariat, Actes de la Recherche en Sciences Sociales, n° 138, juin 2001, p. 3.

acabavam surtindo o efeito desejado em razão da ineficácia do sistema judiciário americano para dar guarida à demanda dos trabalhadores para se reintegram ao serviço.

O resultado foi que, atualmente, apenas cerca de 13% dos trabalhadores americanos são sindicalizados, sendo estes os únicos que possuem algum direito de natureza trabalhista, que se inscreve nos instrumentos de negociação coletiva. Os demais (87%) não possuem qualquer direito trabalhista, pois não são atingidos pelas normas coletivas e não há, como dito, direitos individuais previstos na legislação. Esta realidade tem provocado que as condições de trabalho nos Estados Unidos se precarizam mais a cada ano, gerando, também, diminuição de salários. Os salários dos trabalhadores americanos diminuíram, em média, 18% desde 1979. No que se refere aos trabalhadores de menor qualificação esta diminuição é evidentemente mais intensa e é acrescida, ainda, da perda dos ganhos indiretos, como custeio de seguro de saúde e aposentadoria privadas – o que é uma grande perda, na medida em que nos Estados Unidos não há seguro público de saúde e sistema de aposentadoria pública. Em termos de condições de trabalho, esta grande parte dos trabalhadores americanos não tem direito a repouso durante a jornada e adquire, em média, direito a 16 dias de férias, somente após cerca de 05 anos de prestação de serviço. No que tange à carga de trabalho, os trabalhadores americanos trabalham atualmente mais 63 horas por ano do que trabalhavam há 20 anos atrás, enquanto em outros 23 países de economia estável os trabalhadores trabalham, em média, 160 horas a menos, no mesmo lapso de um ano.

Algumas empresas americanas se utilizam em larga escala dos contratos precários ou da política dos baixos salários para reduzir o custo dos produtos que oferecem no mercado. Situa-se no primeiro caso o Mac Donald's (100% de seus empregados são contratos a tempo parcial) e, no segundo, a Walmart.

Com isto, o cidadão trabalhador americano cedeu lugar ao cidadão consumidor americano, e os instrumentos de defesa dos interesses deste último, cada vez mais intensos, são um freio decisivo à conquista de direitos pelos primeiros. Adite-se a esta realidade, uma alta taxa de desemprego, principalmente entre jovens e negros, que em termos estatísticos é mascarada pela superpopulação que habita o gigantesco sistema carcerário americano.”

A este propósito, ademais, relevante lembrar que o sistema de negociação coletiva do Brasil é marcado por um ambiente jurídico extremamente desvantajoso para os sindicatos de empregados, que são chamados a negociar sem ter acesso aos documentos que comprovam a veracidade dos argumentos das empresas no que tange à sua dificuldade econômica²⁶ e ao mesmo tempo são pressionados pelos próprios trabalhadores

26 A pesquisa desenvolvida pelo Núcleo de Pesquisa da Faculdade de Direito Padre Anchieta, em Jundiaí/SP, supracitada, revela que os sindicatos reconhecem que negociam sem que possam ter acesso a qualquer documentação das empresas a respeito de sua condição econômica.

que se predispõem a aceitar as condições menos favoráveis propostas pelas empresas, na medida em que são ameaçados com o desemprego.

Com explica uma outra autora americana, Eillen Appelbaum, « os empregadores têm utilizado este ‘efeito de ameaça’ para reduzir sensivelmente o poder de negociação dos trabalhadores, para conter os salários, impor horas extras, aumentar a carga de trabalho e destruir os sindicatos. »²⁷

Uma política nacional voltada para o incremento da idéia de redução do ganho dos trabalhadores não pode ser considerada séria não só por ser defendida em um país onde as diferenças sociais já estão entre as maiores do mundo, mas também porque se apresenta, normalmente, de uma maneira até certo modo hipócrita, vez que enquanto se defende, ou meramente se aceita, a idéia de redução dos ganhos do trabalhador, outros buscam e alcançam melhores salários.²⁸

Para que uma tal idéia de sacrifício de direitos trabalhistas, como forma de recuperação da economia, pudesse ser levada a sério, seria preciso que ela se integrasse ao contexto de uma proposta de formação de um autêntico *pacto social*,²⁹ o qual, por sua vez, somente pode ser pensado após o enfrentamento dos problemas sócio-econômicos do país, relatados acima.³⁰ Um tal pacto englobaria o esforço de todos, resultando, por óbvio, um sacrifício maior daqueles que sempre foram os mais beneficiados pelo sistema, incluindo políticos, grandes empresários, banqueiros, especuladores financeiros e membros do alto escalão dos poderes públicos, nos âmbitos Executivo, Legislativo e Judiciário.

Os custos sociais, que incidem sobre a remuneração, que são: a contribuição previdenciária, incluindo o seguro contra acidente do trabalho, o salário-educação; as contribuições para o INCRA, o SESI/SESC, o SENAI/SENAC e o SEBRAE; o PIS (que também é um custo social – para as pessoas jurídicas –, mas que não incide sobre a folha de pagamento, e sim sobre o lucro); o FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador – para custeio do seguro-desemprego – Lei nº 8.019/90) e as contribuições para o SESI/SESC, o SENAI/SENAC e o SEBRAE (que “financiam atividades sociais de órgãos desenvolvidos e administrados por entidades patronais”³¹), poderiam, e até

27 “Transformation du travail et de l’emploi et nouvelles formes d’insécurité”, texto apresentado na Conferência – OIT, o Futuro do Trabalho, do Emprego e da Proteção Social, realizado em Annecy, em 18-19 de janeiro de 2001: <http://www.ilo.org/public/france/bureau/inst/papers/confrence/annecy2001/appel/index.htm>

28 “Deputados mineiros dobram salários e passarão a ganhar R\$34 mil”, notícia a Revista Carta Capital, em sua edição de 03 de abril de 2002, p. 8. Tramita, no Congresso Nacional, projeto de lei, propondo aumento a juizes federais (dentre os quais, juizes do trabalho), que permitirá aos congressistas também obterem aumento na ordem de 59% (Folha de S. Paulo, edição de 30 de maio de 2002, p. A-11).

29 Uma reforma completa de ordem política, visando a atacar, de forma coordenada, todos os problemas sociais e econômicos do país, com a qual se comprometessem todos os segmentos da sociedade.

30 Pois, do contrário, um tal pacto serviria apenas para reforçar os privilégios de uns poucos, representando, concretamente, a eliminação completa da classe média e, conseqüentemente, do mercado interno.

31 Cf. SANTOS, Anselmo Luis dos. *Encargos sociais e custo do trabalho no Brasil*. In Crise do Trabalho no Brasil – Modernidade ou Volta ao Passado? Organizadores: Carlos Eduardo Barbosa de Oliveira & José Eduardo Levi Mattoso. São Paulo: Scritta, 1996, p. 230.

deveriam, ser desvinculados da relação de emprego, para que se afastasse, de uma vez, essa visão de que o direito do trabalho é burocrático e que gera alto custo para quem emprega.

Conforme adverte Arnaldo Süssekind, “...o *custo brasil*, que realmente vem prejudicando o nosso comércio exterior, é formado por impostos e tarifas estranhos às relações de emprego.”³²

Esses encargos, no entanto (que embora incidindo sobre a relação de emprego, não decorrem de normas de direito trabalhista), possuem finalidades sociais e, portanto, não podem, simplesmente, deixar de existir sem que outra fonte de custeio os substitua, vez que diante de “uma possível redução dos encargos sociais, sem a definição automática e imediata de novas bases de financiamento da seguridade social, a precarização do mercado de trabalho e as desigualdades salarial e social tendem a crescer ainda mais”.³³ Afinal, conforme observa Adam Przeworski, “há alguns anos tornou-se consenso que o gasto social é investimento”. Não é possível que “num país como o Brasil, um dos mais desiguais do planeta, alguém ache que esse tipo de gasto, cuja ausência é sentida e sofrida cotidianamente, possa ser encarado como desperdício”. Segundo Adam Przeworski, só é possível desprezar a importância dos encargos sociais quando as “pessoas tenham o receio de que esse dinheiro, uma vez posto na mão do governo, acabe sumindo antes de chegar ao seu destino. Mas aí é um problema de corrupção, e não de que o gasto, em si, não seja válido.”³⁴

O que não se pode, em hipótese alguma, é procurar as soluções mais fáceis (que sempre são as piores) e imaginar que a recuperação da economia brasileira possa ser pensada na exclusiva perspectiva da redução dos ganhos do trabalhador assalariado.³⁵ Como assevera José Alberto Couto Maciel, “Se o desemprego, como dizem, é a doença social da virada do século, decorrente da tecnologia avançada e da abertura econômica, o remédio não pode ser dado com a aceitação humilhante de algumas migalhas de subemprego, decorrentes de uma ‘flexibilização’ que nada mais é do que a desregulamentação total dos direitos trabalhistas.”³⁶

2.6 Reconstruindo o direito do trabalho com base na consciência social

Aos integrantes da Fúria,³⁷ no entanto, não basta destacar a falácia das saídas propostas pela onda da flexibilização. É preciso, urgentemente, pôr-se em luta contra o avanço dessa situação. Não se trata, no entanto, de uma postura revolucionária ou

32 A globalização da economia e o direito do trabalho, *Revista LTr*, 61-01, p. 43.

33 SANTOS, Anselmo Luís dos; POCHAMNN, Márcio. O custo do trabalho e a competitividade internacional, in: *Crise e trabalho*, op. cit., p. 204.

34 “O futuro será melhor”, *Revista Veja*, edição 18 out. 1995, p. 9-10.

35 É a corda, como sempre, arrebentando do lado mais fraco...

36 Desempregado ou Supérfluo? São Paulo: LTr, 1998, p. 67.

37 Conforme relata reportagem da *Revista Época*, “As pesquisas de opinião revelam que a classe média está com raiva. Sente-se traída por haver se preparado para viver num país que não existe mais”. (“À beira do abismo”, edição de 3 de junho de 2002, p. 68)

anárquica. Ao contrário, trata-se de postar-se em defesa do Estado democrático de direito, da ordem jurídica social herdada de uma época em que a humanidade, vivenciando os efeitos dos horrores das guerras mundiais, foi forçada a reconhecer que as normas coercitivas da convivência humana deveriam, necessariamente, preservar a dignidade, a ética e a solidariedade. Vários, ademais, são os instrumentos jurídicos dessa ordem, notabilizando-se a Declaração dos Direitos do Homem (1948), que fixou a noção fundamental do direito moderno, que é a noção dos direitos humanos.

A ordem jurídica social existe e os fundamentos humanísticos integram essa ordem sob a forma de princípios. Cumpre fazê-los atuar, até como efeito de uma responsabilidade histórica e compromisso com as gerações futuras.

Diante da demonstração de que o novo modelo jurídico trabalhista, que se tem criado, nada tem trazido de benefício para a sociedade, e até, pelo contrário, tem provocado intensificação dos problemas econômicos, com eliminação concreta da noção ética no trabalho, faz-se urgente reconstruir as bases fundamentais do direito do trabalho, para que se possa revitalizá-lo como instrumento de distribuição de justiça social.

a) Conceito

O primeiro passo é recuperar o conceito tradicional do direito do trabalho, como sendo “... o conjunto de princípios, normas e instituições, que se aplicam à relação de trabalho, tendo em vista a proteção do trabalhador e a melhoria de sua condição social.”³⁸

b) Princípios

“Ao verificar que a aplicação de determinada regra legal ao caso submetido a julgamento acarreta clara violação de um princípio fundamental de direitos humanos, muito embora a regra não seja inconstitucional em tese, o juiz deve afastar a aplicação da lei na hipótese, tendo em vista a supremacia dos princípios sobre as regras.” (Fábio Konder Comparato, “O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos”)

O segundo passo é dar maior efetividade aos princípios do direito do trabalho, para fins de: fomentar a criação de leis que atendam a esses princípios; adotarem-se interpretações dos dispositivos legais que, concretamente, atendam ao ideal marcado em sua conceituação; negar validade a certos preceitos legais, em casos concretos, que agridam os princípios constitucionais ligados à proteção da dignidade do trabalhador.

Aliás, o direito do trabalho atual passa por uma profunda crise existencial. Continua-se dizendo que os princípios do direito do trabalho são aqueles constantes da clássica obra de Américo Plá Rodríguez (Os princípios do direito do trabalho), mas, na prática, a criação de leis e a interpretação de seus dispositivos negam, diariamente, qualquer força a esses princípios dentro do contexto jurídico atual.

38 MAGANO, Octavio Bueno. Direito do Trabalho e Direito Econômico, *Revista LTr*, 39/732.

O direito do trabalho, da forma como vem sendo executado, sequer se justifica como ramo do direito específico da ciência jurídica, pois que se apóia em tradicionais princípios do direito comum (civil), princípios estes que de certo modo estão sendo recusados em vários segmentos do próprio direito civil, como o Código de Defesa do Consumidor, para citar um exemplo.

Interessante, a propósito, verificar que ninguém considera ridícula e ultrapassada a norma do Código de Defesa do Consumidor que nos trata como “hipossuficientes” frente ao comerciante, visto que isto interessa aos intérpretes da lei na sua vida cotidiana, mas, ao mesmo tempo, vê-se um ataque direto à proteção que o direito do trabalho tradicional confere ao empregado, inquinando-a de injustificada e antiquada.

Vale dizer que a revalorização dos princípios protetivos do direito do trabalho em absoluto reflete uma postura antijurídica ou de direito alternativo, visto que os princípios jurídicos não negam o positivismo, ao contrário fortalecem-no, na medida em que possibilitam a existência de um “positivismo crítico”. “Conforme explica François Ewald, ‘com a prática dos princípios gerais do direito entra-se assim na fase de um positivismo crítico, de um positivismo que em si mesmo encontra as condições da sua própria crítica interna’.”³⁹

Quando se fala em direito do trabalho, a sua história obriga-nos a reconhecer que esse modelo jurídico se solidificou, exatamente, porque assumiu o propósito de buscar a minimização das injustiças sociais. Esse dado, evidentemente, exige que se pense no direito do trabalho sob o prisma da justiça, mais precisamente da justiça social, que pode ser vista, então, como seu princípio fundamental.

Assim, quando se apresenta a justiça social como princípio fundamental do direito do trabalho, passa-se a tratar da justiça social na esfera do direito positivo e não do direito natural. Conseqüentemente, ganham força os demais princípios do direito do trabalho e, em especial, o princípio protetor, o princípio da irrenunciabilidade, o princípio da primazia da realidade e o princípio da continuidade da relação de emprego.

Vale fixar que o princípio da justiça social ganhou no ordenamento jurídico pátrio força normativa, na medida em que foi, expressamente, consagrado em algumas passagens do texto constitucional. Com efeito, no artigo 1º consideraram-se princípios fundamentais da República, a proteção da “dignidade da pessoa humana” e os “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. No artigo 170, *caput*, fixou-se que a ordem econômica deve seguir os ditames da “justiça social”, observando o valor social da propriedade (inciso III) e a busca do pleno emprego (inciso VIII).

c) O controle de constitucionalidade das leis

Outro instituto decisivo desse direito como instrumento é o controle difuso “a posteriori” da constitucionalidade da lei. Como explica Mauro Cappelletti, «La charpente constituée par les Constitutions modernes et le contrôle juridictionnel des lois

39 Foucault, a norma e o direito, Lisboa, Comunicação e Linguagens, 1993, p. 222.

pourra de la sorte réaliser une synthèse entre les idéaux abstraits du droit naturel et les dispositions concrètes du droit positif. »⁴⁰ Isto porque na própria origem da constitucionalização do direito se encontra a noção do direito natural. A Constituição, sendo uma Carta política, representa juridicamente os princípios que integram os valores considerados fundamentais de uma sociedade.⁴¹ Está à base do direito natural que o homem pode desobedecer a uma lei injusta. O tema da justiça, abstrato sob a ótica do direito natural, no entanto, é concretizado e se integra ao direito positivo no contexto do controle da constitucionalidade, na medida em que o juiz pode negar a aplicação de uma lei com o argumento de sua incompatibilidade com as normas constitucionais, as quais, vale repetir, são construídas com base em conceitos abstratos, extraídos, exatamente, da noção de justiça, tais, como a igualdade, a solidariedade, a liberdade e a justiça social, que se integram, naturalmente, às constituições modernas, como valores universais.⁴²

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis é, portanto, uma forma de se impor às autoridades estatais o respeito aos valores universais, nos quais se integram os direitos humanos,⁴³ representando, pois, uma expressão essencial do Estado de direito.

d) As declarações internacionais de preservação da dignidade humana

“O primeiro postulado da ciência jurídica é o de que a finalidade-função ou razão de ser do Direito é a proteção da dignidade humana, ou seja, da nossa condição de único ser no mundo, capaz de amar, descobrir a verdade e criar a beleza” (Fábio Konder Comparato, “O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos”)

Vários são os instrumentos jurídicos, no âmbito supranacional, que buscam a preservação desses valores. É marco desta preocupação, a publicação, em 10 de dezembro de 1948, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada pela Assembleia geral das Nações Unidas. Este documento, mais que uma mera declaração de ordem moral, trata-se de um instrumento jurídico que fixa os “princípios do direito internacional dos direitos do Homem”.⁴⁴ Embora sem força obrigacional no ordenamento interno, a Declaração dos Direitos do Homem, é constantemente invocada para

40 Le pouvoir des juges, traduction de René David, Economica, Paris, 1990, p. 181.

41 « Le droit naturel prétendait mettre en valeur des idéaux qui n’avaient pas un caractère seulement permanent, mais aussi universel. . . » (Mauro CAPPELLETTI)

42 « Dans le constitutionnalisme moderne on peut observer une tendance nette à voir reconnaître sur un plan universel certains valeurs. » Mauro CAPPELLETTI, Le pouvoir des juges, traduction de René David, Economica, Paris: 1990, p. 180.

43 « Le contrôle juridictionnel de constitutionnalité, en tant que méthode employé pour imposer aux autorités étatiques le respect de principes supérieurs. . . » Mauro CAPPELLETTI, Le pouvoir des juges, traduction de René David, Economica, Paris: 1990, p. 182.

44 Frédéric Sudre, “La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux”, in Libertés et droits fondamentaux, 7^a edição, sous la direction de Rémy Cabrillac, Marie-Anne Frison-Roche e Thierry Revet, Paris: Dalloz, 2001.

solução de questões internacionais e mesmo como fundamento para a criação de outros instrumentos internacionais, que lhe seguiram: a Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (assinada em Roma, 4 de novembro de 1950); a Carta Social Européia (assinada pelo Conselho da Europa, em 1961); a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores (de 9 de dezembro de 1989); a Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (adotada pela Conferência Internacional do Trabalho, 18 de junho de 1998); a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais (adotada, em 14 de outubro de 2000, pelos quinze países membros da União Européia); sem falar nas mais de 180 Convenções adotadas pela OIT, das quais merecem destaque a de número 87, referente à liberdade sindical (de 1948) e a de número 158, relativa à proibição de dispensa arbitrária (de 1982). Merece destaque, igualmente, uma passagem do preâmbulo da Declaração da OIT, na qual se afirma: "...o crescimento econômico é essencial, mas ele não é suficiente para assegurar a equidade, o progresso social e a erradicação da pobreza, e isto confirma a necessidade da OIT de promover políticas sociais sólidas, a justiça e as instituições democráticas".

Estes princípios internacionais de organização das sociedades modernas exercem uma influência muito grande sobre os textos constitucionais dos países de regime democrático⁴⁵ e mesmo que assim não ocorra concretamente, muitas vezes o vazio acaba sendo preenchido por tratados internacionais que adquirem força de norma constitucional no ordenamento interno de cada país. Mesmo em alguns países, como a França, no qual não se permite ao juiz efetuar o controle "a posteriori" da constitucionalidade das leis, obriga-se-lhes aplicar as leis em conformidade com as normas transnacionais. Nestas realidades, como explica Mauro Cappelletti, « le contrôle juridictionnel des lois, qui ne peut entrer par la porte principale de la Constitution nationale, s'est en fait introduit par la large fenêtre d'une Déclaration des droits transnationale. »⁴⁶

Na Comunidade Européia, « tous les juges des divers États sont autorisés, et même sont tenus, de contrôler la conformité de leurs lois nationales au droit de la Communauté, et ils doivent refuser l'application de ces lois s'ils considèrent qu'elles vont à l'encontre de ce droit communautaire supérieur, qui es applicable dans l'espèce à eux soumise ». ⁴⁷

45 "A integração ao ordenamento nacional dos direitos fundamentais, declarados em tratados ou convenções internacionais, tende hoje a generalizar-se." (Fábio Konder Comparato, O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos, in: Direitos Humanos: visões contemporâneas. Revista de comemoração dos 100 anos da Associação dos Juizes para a Democracia, São Paulo: 2001, p. 17).

46 CAPPELLETTI, Mauro. *Le pouvoir des juges, traduction de René David, Economica*, Paris, 1990, p. 226.

47 CAPPELLETTI, Mauro. *Le pouvoir des juges, traduction de René David, Economica*, Paris, 1990, p. 229.

Atualmente, nos países europeus, para resolver um conflito de trabalho, é preciso ao juiz conhecer o chamado “direito do trabalho comunitário”,⁴⁸ ou de forma mais ampla, o “direito social da União Européia”,⁴⁹ além das normas do direito nacional.

Esta ligação entre direito nacional e direito comunitário, no entanto, não é muito precisa, havendo, ainda, os que consideram que os dispositivos supranacionais são apenas regras de caráter programático, impedindo que produzam resultados diretos na realidade nacional. Mas, como explica Michèle Bonnechère, « s'en tenir à cette – dernière – constatation reviendrait à ignorer la nature même de l'ordre juridique communautaire, qui peut et doit produit des effets juridiques, même s'il ne s'agit pas d'effets directs ».⁵⁰

Esta relação, ademais, é resolvida de forma diferente em cada Estado, em conformidade com seu ordenamento interno. Na Áustria e na Holanda, por exemplo, os tratados possuem a mesma força, e até mais, que o direito constitucional. Ao contrário, no Reino Unido e nos países escandinavos, não há uma obrigação de se respeitar os tratados internacionais nas relações jurídicas internas. Na Bélgica e na França, os tratados internacionais têm “uma forma superior àquela do direito ordinário, sem, entretanto, os assimilar ao direito constitucional ou vê-los como um direito transnacional”.⁵¹ Na Itália e na Alemanha, o tratado internacional se incorpora ao ordenamento como lei ordinária, que pode ser modificada por uma lei nacional posterior.⁵²

De todo modo, o direito interno fornece instrumentos para a concretização das Declarações Internacionais e sobretudo da Declaração Universal dos Direitos do Homem porque do contrário estas regras de princípio que correspondem ao compromisso assumido pelas sociedades modernas, diante dos horrores dos períodos pós-guerra, serviriam apenas como estratégia de discursos para se atingir uma retórica que pudesse ter força na mídia, não representando mais que uma grande filantropia sobre à qual alguns (pessoas ou instituições) apoiar-se-iam para oportunidades pessoais no mercado internacional ou mesmo como um conteúdo de discursos em favor da urgência de novas elites no mundo, exaltando os valores americanos.⁵³

48 Expression de Roger Blanpain et Jean-Claude Javillier (Droit du travail communautaire, L.G.D.J., Paris).

49 Selon Pierre Rodière (Droit social de l'Union européenne, L.G.D.J., Paris)

50 « De la connaissance et de l'usage du droit communautaire dans la pratique quotidienne du droit social », in *Droit Ouvrier*, mars 2000, p. 84.

51 « une force supérieur celle du droit national ordinaire, sans toutefois les assimiler au droit constitutionnel ou y voir un droit transnational » Mauro CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, traduction de René David, Economica, Paris, 1990, p. 231.

52 « On trouve également une situation intermédiaire en Allemagne et en Italie, où la Convention apparemment est directement applicable, mais n'est traitée comme une loi nationale et peut donc se voir modifiée par une loi nationale nouvelle. » Mauro CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, traduction de René David, Economica, Paris, 1990, p. 232.

53 Vide, a este respeito, Yves Dezalay et Brayn Garth, « Droits de l'homme et philanthropie hégémonique », in *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, 121-122, mars, 1998, p. 33.

O fato é que as sociedades modernas não podem conviver com a injustiça social sem se valer desses instrumentos jurídicos como forma de correção da realidade, pois que representam a formação da “consciência ética da dignidade humana”.⁵⁴

Interessante notar, a este respeito, que enquanto no Brasil se fala, largamente, e sem qualquer contestação, da eliminação dos direitos trabalhistas, como forma de implementar a atividade econômica, a Comunidade Européia se formou com base no compromisso de evitar o “dumping” social, tendo grande relevo as diversas regras e diretrizes criadas pelo Conselho da Europa. São tantas as regras a este respeito, ademais, que se pode, validamente, falar na existência de um verdadeiro direito do trabalho europeu, cuja base primordial é a regulação estatal, no caso, supra-estatal. Há regras, ou diretrizes, sobre os mais variados temas. Vejam-se alguns exemplos: Diretriz nº 91/533, de 14/10/91, relativa à obrigação do empregador de informar o empregado das condições aplicáveis ao seu contrato de trabalho; Diretriz nº 1999/70, de 28/06/99, a respeito do contrato de trabalho a tempo determinado; Recomendação de 27/05/98, propondo a ratificação da Convenção 177, da OIT, a respeito do trabalho a domicílio; Diretriz nº 77/187, propondo a aproximação das legislações internas no que diz respeito à manutenção dos direitos dos trabalhadores no caso de transferência de empresas; Diretriz 98/59 relativa à aproximação das legislações dos diversos países no que tange às dispensas coletivas. Há, ainda, dispositivos vários referentes a: emprego ilegal; trabalho a tempo parcial; redução do tempo de trabalho; igualdade de tratamento entre homens e mulheres; assédio sexual; igualdade de oportunidades para deficientes; proteção do trabalho para jovens; higiene e segurança do trabalho; riscos à saúde do trabalhador; representação dos trabalhadores na empresa; participação dos trabalhadores nos resultados; e proteção dos direitos dos trabalhadores nos casos de falência do empregador.

e) Natureza jurídica

Outro aspecto importante, para a reafirmação do direito do trabalho como instrumento de realização de justiça social, é o da localização do direito do trabalho como ramo do direito público e não privado.

Em que pese a manifestação de Tércio Sampaio Ferraz Jr., “no sentido de que atualmente a confusa e sem nitidez da distinção entre esfera pública e privada ‘faz da separação entre direito público e privado uma tarefa difícil de se realizar’, fazendo surgir ‘campos jurídicos intermediários, nem públicos nem privados, como o direito do trabalho’”⁵⁵ e também a “maciça opinião dos doutrinadores nacionais, de que o direito do trabalho situa-se na esfera do direito privado,⁵⁶ para a construção de uma teoria geral do direito do trabalho, como instrumento de justiça social, é essencial que se integre

54 Fábio Konder Comparato, ob. cit., p. 17.

55 *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1994, p. 138.

56 Vide, por todos, Amauri Mascaro Nascimento, *Curso de direito do trabalho*, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 117-9.

o direito do trabalho ao âmbito do direito público para que se concretize a função libertária e emancipatória do direito do trabalho com relação à classe trabalhadora”.⁵⁷

Como sustentamos alhures:

“Essa emancipação não se busca para satisfação de interesses localizados dessa classe, mas do ideal de justiça social, que interessa a toda sociedade.

Além disso, o ato de possibilitar a participação política dessa classe é fator essencial da construção democrática.

A regulação, portanto, das relações de trabalho interessa a toda a sociedade, sendo, portanto, um assunto de ordem pública. Pelo direito do trabalho, como se viu, defende-se um interesse público.

Não importam, propriamente, os meios de positivação do direito – estatal ou negocial – ou a forma de vinculação – voluntária, individual, entre pessoas e não entre indivíduo e Estado –, importa, isto sim, a estruturação jurídicocientífica que se faz em torno dessas normas e vinculações. Essa estruturação, como visto, é que constitui o direito e se seu objetivo é proporcionar emancipação política de uma classe, evidente que o âmbito de atuação desse direito é a esfera pública.

A estrutura que se faça, para compor o direito do trabalho, portanto, só tem sentido na medida em que for eficiente para possibilitar o alcance desse objetivo e não simplesmente voltada para a sua coerência interna e os interesses privados de trabalhadores e empregadores, individualmente considerados.”⁵⁸

3 OS ATORES DO NOVO DIREITO DO TRABALHO

Há, portanto, um grande instrumento a ser utilizado como forma de incrementar uma luta em prol da preservação da dignidade nas relações de trabalho e mais como forma de incrementar um sistema racional e pacífico de redistribuição de renda neste país.

Mas é preciso, concretamente, que este instrumento, que existe, seja utilizado. Neste âmbito da investigação, cabe indagar: a quem cabe a ação neste sentido?

Esta ação, como se viu, somente pode ser pensada se houver a conscientização de que ela deva ser exercida, acreditando-se que ela possa produzir algum resultado concreto na nossa realidade.

Quem são os atores dessa mudança? Os trabalhadores? Os sindicatos? Parece-me que vincular qualquer mudança na base jurídica do direito do trabalho à reação dos trabalhadores e seus sindicatos equivale a negar qualquer possibilidade concreta de mudança, eis que diante do desemprego, os trabalhadores cada vez mais se organizam

57 MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000, p. 274.

58 MAIOR, Jorge Luiz Souto. ob. cit., “O direito do trabalho...”, p. 275.

para aceitar, coletivamente, as condições de trabalho impostas pelos empregadores, que são fruto do limite econômico e da inevitável globalização.⁵⁹

Existe uma base jurídica criada internacionalmente exatamente para impedir que essa realidade se concretize. Compete, portanto, aos chamados “operadores do direito” fazer atuar a ordem jurídica. Esta responsabilidade é, portanto, de advogados, juízes, membros do Ministério Público, doutrinadores e professores, queiram assumi-la, ou não.

Aos advogados cabe levar ao Judiciário teses jurídicas bem elaboradas. Lembrando-se que a jurisdição, como regra, é inerte, resta aos advogados o importante papel de conduzir o movimento da construção contínua do direito.

Aos juízes cabe saber utilizar os instrumentos jurídicos que lhe são postos à disposição (técnicas de interpretação, o controle de constitucionalidade das leis, a força vinculadora dos princípios), para não só aplicar a lei ao caso concreto, mas fazer com que o direito sirva às necessidades sociais, atendendo ao propósito de construir a justiça social.

Como adverte Fábio Konder Comparato:

“O juiz não pode, sob o falso argumento de que não é um órgão político, recusar-se a apreciar eticamente as lides submetidas ao seu julgamento. A finalidade última do ato de julgar consiste em fazer justiça, não em aplicar cegamente as normas de direito positivo. Ora, a justiça, como advertiu a sabedoria clássica, consiste em dar a cada um o que é seu. O que pertence essencialmente a cada indivíduo, pela sua própria natureza, é a dignidade de pessoa humana, supremo valor ético. Uma decisão judicial que negue, no caso concreto, a dignidade humana é imoral e, portanto, juridicamente insustentável.”

Aos membros do Ministério Público, cabe-lhes utilizar, em larga escala, dos procedimentos judiciais e extrajudiciais postos à sua disposição, mais precisamente a ação civil pública e o inquérito civil público, para que a ordem pública e os interesses

59 Interessante notar, a este respeito, que diante de uma redução de lucros, as empresas, em razão da fragilidade do atual direito do trabalho, não pensam duas vezes antes de buscar junto aos trabalhadores a redução de seus ganhos, obtendo quase sempre sucesso de forma até tranqüila. Não se faz qualquer pesquisa mais séria para saber qual a origem da redução dos lucros: se provocada pelo acirramento da concorrência, por retração do mercado consumidor, por perda de qualidade, por desatendimento às exigências do mercado consumidor ou coisas do gênero. É pior, não se avalia o quanto a tal redução de custos representaria na salvaguarda dos interesses futuros da empresa.

Participei, recentemente, de uma mesa de negociação, em dissídio coletivo, no qual os trabalhadores deflagraram greve porque a empresa havia, de um dia para o outro, dispensado 1/3 de seus trabalhadores, aumentando em contrapartida a carga de trabalho dos que restaram. Ao perguntar à empresa se havia algum estudo para se saber em quanto a empresa reduziria seu custo com tal medida e o que isto representaria para sua organização futura, ou se houvera feito algum estudo a respeito das causas da sua perda de espaço no mercado consumidor, obtive a resposta de que nenhum estudo havia sido feito neste sentido e que a iniciativa tinha sido tomada por ordens que vieram dos controladores estrangeiros; como resultado da “globalização”.

sociais sejam preservados.⁶⁰ O descumprimento deliberado do direito do trabalho pode ser considerado uma questão de interesse social, motivando a intervenção do Ministério Público, na medida em que, principalmente no que tange às regras de segurança e medicina do trabalho, esta atitude gera grande custo social, representado pelo acréscimo vertiginoso de doenças no trabalho e acidentes do trabalho, além de poder ser visto como uma forma de se estabelecer uma concorrência desleal entre as empresas, incentivando o “dumping” social numa perspectiva interna.

A intervenção do Ministério Público, ademais, seria muito bem vinda para impedir uma prática que se vem disseminando no país, que é a da dispensa em massa de trabalhadores em greve, para forçá-los a retornar ao trabalho, nas condições impostas pela empresa e também para impor um freio à esdrúxula prática das horas extraordinárias “ordinárias”, isto é, a utilização, como técnica empresarial, das horas extraordinárias de forma comum, pois que isto interfere, obviamente, na saúde dos trabalhadores⁶¹ e mesmo na ampliação do mercado de trabalho. Aliás, trata-se de uma grande incoerência, no país do desemprego as empresas utilizarem-se, de forma comum, da prática do trabalho em horas extras.⁶²

Quanto aos doutrinadores, cabe-lhes reorganizar o direito do trabalho, revitalizando a noção de princípios jurídicos, à luz de todos esses preceitos, sendo importante recordar que o direito é um dado cultural (que se constrói por força da vontade humana, portanto) que transcende a lei, isto é, não se limita ao texto frio da lei.

4 FAZENDO ATUAR O DIREITO SOCIAL DO TRABALHO

A consciência social do direito do trabalho não é uma visão que possa se limitar a aspectos teóricos. Por partir de preceitos éticos, o direito do trabalho como instrumento de justiça social, cuja construção se baseia na fúria daqueles que não mais suportam conviver com a injustiça (e com a insegurança urbana que dela decorre), exige, necessariamente, que se atinja à realidade.

O desafio, portanto, é o de transportar estas idéias, que, em verdade, se encontram no ideal de justiça de todo ser humano, do plano teórico para a realidade; o que nem sempre é tarefa fácil, pois como acentua Humberto Theodoro Júnior, “é sem dúvida muito mais cômodo seguir antigos padrões, estabelecidos de longa data na praxe forense e nos manuais da doutrina, do que repensar soluções para os quase sempre complicados problemas da interpretação evolutiva das normas legais”.⁶³

60 Contando sempre, por óbvio, com a participação do Judiciário, no sentido de não se fincar nas questões processuais que impedem a devida apreciação do mérito das ações civis públicas propostas.

61 Estudos revelam que o maior número de acidentes do trabalho se dá no momento em que o trabalhador está cumprindo horas extras.

62 Repare-se, a propósito, que a maioria das reclamações trabalhistas versa sobre trabalho em hora extra não remunerado.

63 *Direito e processo*, Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 34.

DOUTRINA

A aplicação, em concreto, desses postulados pode gerar vários efeitos distintos daqueles que vem sendo produzidos pelo direito do trabalho que foi construído a partir da predominância da consciência econômica.

O efeito mais importante, e urgente, diz respeito à dispensa imotivada de empregados, pois que, em concreto, tal prática representa aumento de desemprego ou aumento da incidência da utilização de contratos precários de trabalho, com redução de empregos plenos.

Sob a perspectiva do direito social do trabalho, é possível considerar que a dispensa imotivada de trabalhadores não foi recepcionada pela atual Constituição Federal, visto que esta acolheu, no inciso I, do seu artigo 7º, a garantia aos trabalhadores da “proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

Ora, da previsão constitucional não se pode entender que a proibição de dispensa arbitrária ou sem justa causa dependa de lei complementar para ter eficácia jurídica, pois que o preceito não suscita qualquer dúvida de que a proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa trata-se de uma garantia constitucional dos trabalhadores. Está-se, diante, inegavelmente, de uma norma de eficácia plena. A complementação necessária a esta norma diz respeito aos efeitos do descumprimento da garantia constitucional. É evidente que a inércia do legislador infraconstitucional não pode negar efeitos concretos a um preceito posto na Constituição para corroborar o princípio fundamental da República da proteção da dignidade humana (inciso III, do artigo 1º), especialmente quando a dispensa de empregados se configure como abuso de direito, que, facilmente, se vislumbra quando um empregado é dispensado, sem qualquer motivação, estando ele acometido de problemas de saúde provenientes de doenças profissionais, ou, simplesmente, quando a dispensa é utilizada para permitir a contratação de outro trabalhador, para exercer a mesma função com menor salário, ou vinculado a contratos precários ou a falsas cooperativas.

E, se estes pressupostos jurídicos podem ser adotados no que se refere à dispensa de um trabalhador ele ainda mais se reforça no caso de dispensas coletivas.

O ato perpetrado pela Volkswagen, no dia 09 de novembro passado, por exemplo, dispensando 3000 trabalhadores por uma simples carta de dispensa, constituiu-se um verdadeiro atentado à democracia nacional, e porque não dizer uma afronta à nação brasileira, uma vez que pôs em cheque a própria eficácia das instituições públicas deste país para servir como instrumento de correção das iniciativas privadas que não possuem um mínimo de compromisso com a ordem social.

O Estado brasileiro é um Estado democrático de direito e seu objetivo primordial deve ser a promoção da justiça social e do bem-estar de todos.

A Volkswagen, ao dispensar 3.000 empregados, sem qualquer comprovação de necessidade econômica, sem uma necessária ampla discussão prévia com os seus interlocutores diretos e com as instituições públicas locais e nacionais, demonstrou, flagrantemente, que seu ato não foi mais que o resultado de uma torpe pressão de natureza

econômica, uma represália pelo fato dos empregados não terem aceito as condições de trabalho que lhes pretendia impor.

Quando se age de tal maneira deixa-se, naturalmente, o âmbito do que se poderia considerar o direito potestativo do empregador de cessar as relações de trabalho, para se ingressar no campo do abuso do direito. As dispensas coletivas, perpetradas *ad nutum*, nitidamente, agridem a ordem jurídica e atingem a dignidade da pessoa humana dos trabalhadores (que se trata de um princípio fundamental da República Federativa do Brasil, inscrito no artigo 1º de nossa Constituição, vale repetir). Uma tal medida, radical e inflexível, visando, simplesmente, impor aos trabalhadores certas condições de trabalho, além disso, agride o dever de negociar de boa-fé, que é o princípio básico de todo processo de negociação coletiva, conforme, aliás, se pode encontrar, expressamente, nas disposições legais do ordenamento jurídico dos Estados Unidos, país de onde se inspira toda a sistemática da livre-negociação nos países ocidentais.

Frise-se, ainda, por oportuno, que na França, por exemplo (já que virou costume falar do que acontece em outros países, que alguém chama de países “civilizados” e de “primeiro mundo”, como se fôssemos trogloditas⁶⁴), antes de se concretizar uma dispensa coletiva de trabalhadores a empresa deve formalizar um “Plano Social”, no qual se demonstrem quais as medidas que ela pretende tomar para evitar as dispensas, possibilitando, inclusive, uma reclassificação dos trabalhadores cuja dispensa não se conseguir evitar (art. L. 321-4, al. 8, Code du Travail). A execução deste Plano será seguida também por representantes do Poder Judiciário.

O ordenamento jurídico internacional está repleto de exemplos para se adotar como parâmetro de regulação para estas hipóteses (e o direito comparado é fonte do direito do trabalho, conforme dispõe o art. 8º da CLT), sem esquecer, é claro, da Convenção 158 da OIT (ratificada pelo Brasil e depois denunciada, mas uma denúncia de duvidosa constitucionalidade, como destaca Arnaldo Süssekind⁶⁵), da Lei nº 9.029/95 e ainda dos artigos 477, 478 e 479 da CLT. Mas, ainda, que se resista à aplicação desses preceitos legais, a construção de uma jurisprudência neste sentido, por óbvio, teria total fundamento nos princípios gerais do direito, especialmente, na noção de abuso do direito e nos dispositivos constitucionais e supranacionais, acima citados.

A dispensa imotivada de trabalhadores, em um mundo marcado por altas taxas de desemprego, que favorece, portanto, o império da “lei da oferta e da procura”, o que impõe, certamente, a aceitação dos trabalhadores a condições de trabalho subumanas, agride a consciência ética que se deve ter para com a dignidade do trabalhador e, por isso, deve ser, eficazmente, inibida pelo ordenamento jurídico. Não é possível acomodar-se com uma situação reconhecidamente injusta, argumentando que “infelizmente” o direito não a reprime. Ora, uma sociedade somente pode se constituir com base em uma normatividade jurídica se esta fornecer instrumentos eficazes para que as

64 Embora sob o prisma da dispensa coletiva isto até pareça correto afirmar.

65 *Curso de direito do trabalho*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 365.

injustiças não se legitimem. Do contrário, não haveria do que se orgulhar ao dizer que vivemos em um “Estado democrático de direito”.

Outro problema sério a ser enfrentado pelo direito do trabalho como instrumento de justiça social é o da doença profissional, sofrida cotidianamente pelos trabalhadores brasileiros sem uma resposta adequada do direito do trabalho da forma como vem sendo aplicado.

Diz o artigo 118, da Lei nº 8.213/91, que será conferida estabilidade no emprego ao empregado acidentado no trabalho, desde o retorno à atividade, com a cessação do recebimento do benefício previdenciário do auxílio-doença acidentário, até um ano após esta data. Em situações de doença profissional, no entanto, o trabalhador mesmo acometido de algum mal pode continuar prestando serviços, até o momento em que, agravando-se o seu estado de saúde, o empregador o dispensa. Este trabalhador acaba, concretamente, não obtendo o benefício previdenciário, mas isto não o pode impedir de adquirir o direito à estabilidade, uma vez comprovado em juízo o nexo causal entre a sua doença e o trabalho exercido. A reintegração ao emprego, decorrente da aplicação deste direito se impõe e não meramente a condenação em indenização compensatória, equivalente ao valor dos salários de 12 (doze) meses. Em primeiro lugar, porque o direito previsto no artigo 118 da Lei nº 8.213/91 não é, propriamente, uma garantia de salários, mas uma garantia de emprego, o que torna nulo o ato da dispensa. Em segundo lugar, porque os efeitos da doença do trabalho e da doença profissional na saúde do trabalhador podem se alastrar por tempo superior a 12 (doze) meses e, desse modo, uma tal indenização não representaria a reparação do efetivo prejuízo suportado pelo trabalhador, que no período da perda da capacidade laborativa, certamente, não conseguirá novo emprego.

Pode ocorrer, até, que a redução da capacidade laborativa seja irreversível e isto representa uma diminuição sensível da possibilidade de se adquirir novo emprego, sem que tal circunstância confira a tal pessoa o direito a uma prestação previdenciária, notadamente, uma aposentadoria por invalidez, já que para tanto requer-se uma perda total da capacidade de trabalhar, nos termos do art. 42, da Lei nº 8.213/91.

Lembre-se, ainda, que esta pessoa, desempregada, que não recebe benefício previdenciário e que não tem muita perspectiva de novo emprego, no prazo máximo de 36 (trinta e seis) meses,⁶⁶ contados da data da cessação do vínculo empregatício, perde a sua condição de segurado da previdência social, nos termos do § 2º, do art. 13, do Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999, que regulamenta as leis previdenciárias.

E acrescente-se, com especial relevo, que o artigo 118, da Lei nº 8.213/91, menciona que o prazo de manutenção do contrato de trabalho do acidentado será de, *no mínimo*, 12 (doze) meses, exatamente para dar efetiva guarida aos casos de doença profissional e doença do trabalho, para que, em suma, a estabilidade dure enquanto perdurar a perda da capacidade laborativa.

66 Isso quando já tenha 120 (cento e vinte) meses de contribuição.

Este entendimento ainda mais se justifica quando se lembra que nos termos da mesma Lei nº 8.213/91, as empresas devem reservar aos deficientes, após reabilitação, um percentual de suas vagas que varia de 2 a 5%: a) 2%, para as empresas com 100 a 200 empregados; b) 3%, de 201 a 500; c) 4%, de 501 a 1.000; d) 5%, acima de 1.000.

Destaque-se que esta estabilidade do trabalhador acidentado é devida tanto nos contratos a prazo indeterminado quanto nos contratos a prazo, como definem as seguintes Ementas:⁶⁷ “Estabilidade acidentária. Contrato de trabalho temporário. O art. 118 da L. 8.213/91 é norma de natureza nitidamente social, tendo como finalidade garantir ao trabalhador que, após ter-se acidentado ou contraído doença ocupacional, não venha a ser brindado com a porta da rua. Assim, como norma de natureza social, de cunho imperativo, o referido artigo deve ser aplicado a todos os contratos de emprego existentes, não sendo o contrato de trabalho temporário uma exceção. Mantém-se a sentença de origem que reconheceu a estabilidade.” (Revista labor et Justitia, vol. 1, jul./dez. 97, p. 237/238); “Contrato de experiência. Acidente de trabalho. Garantia de emprego. A atividade econômica do empregador gera o risco do acidente de trabalho e a responsabilidade objetiva na indenização do acidentado. Em razão do trauma físico e psíquico do sinistro, o empregado demanda algum tempo para recuperar a normalidade e o seu nível histórico de produtividade. Diante dessas realidades, a norma legal garantiu a manutenção do contrato de trabalho do acidentado por doze meses, após a cessação do auxílio-doença acidentário, sem distinção quanto à modalidade do ajuste celebrado (art. 118 da Lei nº 8.213/91). Assim, ainda que o acidente ocorra no período de experiência, haverá a garantia de emprego e a conseqüente indeterminação do pacto laboral *ex vi legis* (TRT 3ª R., RO 33.311/94, 2ª T., Rel. Sebastião G. Oliveira, DJMG 06.05.94)”.

A reconstrução do direito social do trabalho implica, ainda, a consideração da inconstitucionalidade de alguns contratos precários, tais como o contrato provisório (por ferir o princípio da isonomia)⁶⁸ e as cooperativas de trabalho (por vislumbrar, de forma genérica, a possibilidade de se utilizar trabalhadores sem as garantias constitucionais de proteção do trabalho humano).⁶⁹ Contratos estes que ao contrário de ampliarem o mercado de trabalho acabam reduzindo o número de empregos formais, pois se a efetiva aplicação das normas de proteção ao emprego, as empresas acabam, simplesmente, dispensando os empregados para contratarem os “precários”.⁷⁰

67 Vide, neste sentido, também, Denise Maria Schellenberger, “A estabilidade provisória do acidentado no trabalho e os contratos de experiência”, in: *Síntese Trabalhista*, n.112, out/98, p. 19-26.

68 Sobre as incompatibilidades da Lei nº 9.601/98 com a Constituição Federal, vide Maurício Godinho Delgado, *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo: LTr, 2002, p. 567-9.

69 “Cooperativa de trabalho rural, que exista só para o fornecimento de mão-de-obra, sem auxílio mútuo, sem participação na atividade econômica, vai de encontro aos princípios constitucionais da dignidade humana e da valorização social do trabalho (art. 1º, CF).” (TRT 15ª Reg., 029085-RO-3, Ac. 035570/1997, Seção Especializada, Rel. José Pedro de Camargo R. de Souza)

70 Para maiores argumentos neste sentido, vide, Jorge Luiz Souto Maior, ob. cit., “O direito do trabalho como instrumento de justiça social”, p. 322-328.

No que tange aos contratos de estágio, vislumbra-se a utilização da ação civil pública para limitar a sua utilização a um percentual razoável do número de empregados efetivos da empresa, ainda que a lei assim não o estabeleça, expressamente, pois é claro que esta situação deve ser excepcional no mercado de trabalho.

No que diz respeito à inovação da prescrição do trabalho rural, a obediência ao princípio da condição mais favorável obriga que se aplique a nova prescrição apenas aos novos contratos de trabalho e não àqueles já em curso.⁷¹ A visão de que não se pode falar em direito adquirido diante da Constituição, gerando que a nova previsão da EC nº 28 se aplica aos contratos em curso, não se encaixa bem ao caso em questão, visto que o princípio da condição mais favorável, como efeito do princípio da proteção do trabalhador, é abarcado constitucionalmente pelo artigo 1º, inciso III, que trata da proteção da dignidade da pessoa humana, que, como visto acima, possui força decisiva para a vida concreta dos direitos. Neste sentido, se o trabalhador rural continua subordinado ao empregador e dependente, economicamente, do emprego, não é crível, factualmente, que ele mova uma reclamação trabalhista, para evitar que o lapso prescricional o atinja daqui a cinco anos. Aliás, não é mesmo crível que o trabalhador rural tenha sequer a consciência de que tal discussão está sendo travada no mundo jurídico e que deve, portanto, agir no prazo em questão. Um tal entendimento não produz justiça porque provoca a corrosão de direitos que já se incorporaram ao patrimônio do trabalhador, sem que ele tenha, verdadeiramente, condições de evitar tal dano, a não ser rifando o seu próprio emprego. Isto quando não se entenda, de forma mais injusta ainda, que a prescrição quinquenal já atingiu, irremediavelmente, as verbas constituídas há mais de cinco anos da entrada em vigor da referida Emenda Constitucional, excepcionando apenas as relações de trabalho rural que estejam sendo discutidas em processos trabalhistas em curso.

O banco de horas, em absoluto, pode ser considerado constitucional, na medida em que permite que uma dívida trabalhista (o pagamento da hora extra), se pague com prazo de um ano e sem o respectivo adicional, quando se compensa uma hora extra com uma hora normal, sem falar nos efeitos perversos que esta incerteza de horários provoca no cotidiano dos trabalhadores. É evidente que o propósito da lei, de preservar os empregos em épocas sazonais, só poderia se concretizar com a fixação da regra de

71 Neste sentido, a seguinte Ementa: "PRESCRIÇÃO. TRABALHADOR RURAL. MODIFICAÇÃO DE CRITÉRIO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 28/2000. APLICABILIDADE. Sendo a Emenda Constitucional produto do Poder Constituinte Derivado, subordina-se aos preceitos e regras estatuidos pelo Poder Constituinte Originário, contra o qual não pode atentar, sob pena de ser qualificada como inconstitucional. Nesse sentido, uma Emenda deve respeitar o direito adquirido, fixado na Carta Constitucional como garantia fundamental. Por tais motivos, a alteração do critério de fluência do prazo prescricional para o trabalhador rural não pode atingir os contratos extintos ou em vigor quando da vigência da norma, por ofender esse preceito da Constituição e ainda o princípio peculiar do Direito do Trabalho que dele deriva, que é o princípio da condição mais benéfica, segundo o qual a situação estabelecida pela norma anterior não pode ser modificada por uma norma posterior em prejuízo do trabalhador." (TRT 15ª Reg., 3ª T., ROS 017542-2002, AC 09192-2002, Rel. Carlos Eduardo Oliveira Dias, DJ 18.03.2002)

que primeiro se concedessem as folgas, para que depois estas se compensassem com horas extras, preservando-se sempre a diferença quantitativa entre a hora normal e a hora extra.⁷²

A terceirização (que não possui base legal de existência no mundo do trabalho) não pode se constituir como mera técnica de evitar a formação de vínculo empregatício com as empresas tomadoras de serviço, sob pena de se revitalizar o mercado humano. Diante dos princípios do direito do trabalho somente se poderia considerar válida uma terceirização, sem formação de vínculo de emprego entre os trabalhadores e a empresa tomadora dos serviços, nas situações excepcionais em que uma empresa especializada em determinada atividade prestasse esses serviços a uma outra empresa, durante um tempo limitado, para atender a uma situação excepcional no desenvolvimento empresarial desta última, mantendo-se, no entanto, a responsabilidade do tomador dos serviços, com base na culpa objetiva *in eligendo*, pois, de todo modo, este se beneficiou dos serviços dos trabalhadores.

A avaliação cotidiana de feitos trabalhistas permite verificar o quanto a terceirização tem provocado efeitos perversos nas relações de emprego, no que se refere à aquisição de direitos (normas coletivas e sucessão de contratos entre empresas prestadoras, sem manutenção das garantias do contrato anterior), ao adimplemento dos direitos reconhecidos (em face das sucessivas falências ou mero desaparecimento das empresas prestadoras⁷³) e à proteção da saúde do trabalhador (uma vez que a empresa prestadora, considerada empregadora, não tem ingerência sobre a tomadora quanto ao ambiente do trabalho).

Mas, ainda que esta idéia não prevaleça e a terceirização se concretize nos moldes preconizados no En. 331, do TST, há que se reconhecer a responsabilidade solidária entre prestador e tomador dos serviços, no que tange aos créditos trabalhistas dos empregados que exerçam seu mister com base em uma tal vinculação jurídica, isto porque quando a sentença reconhece a responsabilidade do tomador dos serviços, a sua responsabilidade, é por toda a dívida declarada e não por parte dela, hipótese que reflete o instituto jurídico da solidariedade: pluralidade de devedores, dos quais o credor pode exigir, indistintamente, a totalidade da dívida.⁷⁴ Esta solidariedade não decorre

72 Para maiores argumentos neste sentido, vide, Jorge Luiz Souto Maior, ob. cit., *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*, p. 329-330

73 A responsabilidade “subsidiária” da empresa tomadora, fixada no En. 331, do TST, ameniza, é verdade, este problema, mas, de todo modo, não o elimina, pois, em concreto faz com que primeiro se esgotem as tentativas de execução do crédito junto à empresa prestadora, para somente em seguida atingirem-se os bens da tomadora, o que, certamente, implica em sensível atraso da efetivação do direito declarado.

74 Não seria divisível a obrigação porque nas prestações divisíveis, ocorrendo insolvência de um dos co-devedores o credor perde a cota-parte do insolvente (Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, vol. II, 1978, p. 72), e isso, notoriamente, não ocorre nas dívidas trabalhistas.

Lembre-se, ademais, que a indivisibilidade não é material, mas jurídica. “Às vezes importa, e outras não importa que o objeto possa fracionar-se”. (Caio Mário, p. 67)

de expressa previsão legal ou de norma contratual, mas do princípio jurídico de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, assim como da culpa *in eligendo*, configurando-se, pois, como uma solidariedade jurisprudencial, mencionada, expressamente, em outros ordenamentos jurídicos, como relata Caio Mário da Silva Pereira.⁷⁵ Uma solidariedade sem benefícios de ordem, visto que “é da essência da solidariedade que o devedor possa ser demandado pela totalidade da dívida (*totum et totaliter*) e sem benefício de ordem”.⁷⁶ E, ainda, que se decida manter o benefício de ordem, este para ser exercido requer a indicação, por parte do beneficiário, de bens livres e desembaraçados do devedor principal, sitos no mesmo município, suficientes para suportar a execução, nos termos do art. 1491, do Código Civil.⁷⁷

Merece reavaliação, ainda, as terceirizações que se fazem fora do local de trabalho, isto é, as atividades empresariais que se organizam “em redes”, como forma de pulverizar a força de trabalho, para fins de evitar a inserção do direito do trabalho, tradicionalmente concebido para um modelo de produção estável e previsível, desenvolvido em locais determinados. Para fins de instrumentalizar o direito do trabalho neste novo contexto empresarial, mantendo-se a sua eficácia protetiva, é preciso considerar a possibilidade de configuração do grupo de empresas também por coordenação, em linha horizontal, ou, ao menos, o reconhecimento do controle (que é dado identificador do grupo econômico nos moldes tradicionais), por elementos indiretos.⁷⁸

No que se refere às normas tendentes à proteção da saúde do trabalhador, há de considerar que o adicional de insalubridade deve ter por base de cálculo o valor do salário efetivamente pago ao empregado.⁷⁹ Primeiro, porque a Constituição Federal vedou a vinculação do salário mínimo a qualquer fim; segundo, porque garantiu o direito

75 “Alguns sistemas, notadamente o francês e o belga, admitem uma extensão da solidariedade afóra os casos legalmente previstos, a qual recebeu a denominação anfíbológica de *solidariedade jurisprudencial* ou *costumeira*.” (Caio Mário da Silva Pereira, op. cit., p. 77)

76 *Ibidem*, p. 463.

77 Para maiores argumentos neste sentido, vide, Jorge Luiz Souto Maior, ob. cit., *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*, p. 319-322.

78 Vide, neste sentido, a seguinte Ementa: “FRANQUIA COM EXCLUSIVIDADE PARA FABRICAÇÃO E USO DE MARCA. EFEITOS. A atividade econômica em função do capital expandiu-se e adotou novas roupagens e modalidades desconhecidas quando foram redigidas as normas trabalhistas. A franquia de uso de fabricação e de marca, ainda mais quando traz o rótulo de exclusividade (destacada no parágrafo único da cláusula primeira do contrato de cessão de direitos e obrigações, fls. 114), com desativação da franqueadora que dispensa seus empregados e deixa de satisfazer as reparações devidas, importa na responsabilidade solidária da franqueadora.” (Proc. 20000328833, TRT 2ª Reg., 8ª T., Ac. 20010179890, Rel. Juiz José Carlos da Silva Arouca)

79 Neste sentido, Sebastião Geraldo de Oliveira: “Entendemos, porém, que o cálculo correto desse adicional deve considerar o salário contratual e não o salário mínimo, em razão do que estabelece o art. 7º, XXIII, da Constituição da República: ‘adicional de remuneração’. Pode-se argumentar, é certo, que o dispositivo remete o assunto para a regulamentação por lei ordinária e, nessa hipótese, prevaleceria, pelo princípio da recepção, a base de cálculo fixada no art. 192 da CLT. Todavia, não se pode ignorar o vocábulo ‘remuneração’ constante da Carta Política, cuja acepção tem contornos bem definidos na doutrina jurídico-trabalhista, valendo ressaltar que a presunção, sobretudo no Direito Constitucional, é de que o legislador tenha preferido a linguagem técnica.” (*Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*, São Paulo: LTr, 1998, p. 280-1)

à proteção do trabalhador contra os riscos à sua saúde na prestação de seus serviços; e terceiro, porque, ao prever o direito ao adicional de insalubridade, mencionou, expressamente, a “adicional de remuneração”, indistintamente, para as atividades insalubres ou perigosas.⁸⁰

Ainda, nesta linha de preocupação com a saúde do trabalhador, os adicionais de insalubridade e periculosidade devem ser acumulados⁸¹ quando presentes, na mesma relação jurídica, os elementos da configuração de ambos os direitos, pois a lei não proíbe expressamente esta acumulação e também porque assim estabelece o art. 11, alínea *b*, da Convenção 155, da OIT, ratificada pelo Brasil (com vigência interna desde setembro de 1994): “...deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes”.

No que diz respeito aos efeitos do contrato de trabalho formado com ente público, sem prévia aprovação em concurso público, há de se reconhecer que a formação do vínculo de emprego, nos moldes da CLT, não depende de requisito específico, pois que se trata de um contrato consensual, não-solene. Havendo prestação de serviços, por uma pessoa física, de forma não eventual, remunerada e subordinada, gera-se, de forma incontinente, a relação de emprego, conforme fixado nos artigos 2º e 3º, da CLT. Não há qualquer dispositivo que atribua uma prerrogativa ao ente público de eximir-se

80 Neste sentido, destacam-se as seguintes Ementas:

“ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – Incidência sobre a remuneração. O adicional de insalubridade incide sobre a totalidade da remuneração. Inteligência do artigo 7º, XIII, da CF. A utilização do salário mínimo como base de cálculo encontra-se vedada pela CF. Portanto, seja pela via da interpretação literal, seja pela lógico-sistemática, não há como se negar a apuração da insalubridade sobre a remuneração. (TRT 17ª Região, RO 01.348/99, Rel. Juiz Cláudio Armando Couce de Menezes, DJTES 05.05.2000)”

“ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – ART. 192 DA CLT. ART. 7º, IV, CF – A parte *in fine* do artigo 192 da CLT não foi recepcionada pela Constituição de 1988 que proíbe a utilização do salário mínimo como parâmetro indexador (Proc. STF-RE-236396-MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence). O adicional deve ser calculado sobre o salário do trabalhador nos moldes do art. 193, § 1º, parte *in fine*. (TRT. 2ª R., RO. 0298023950, 5ª T., Ac. 029902852, Rel. Juiz Francisco Antônio de Oliveira, DOE 07.05.99, p. 185)

“ADICIONAL DE INSALUBRIDADE SOBRE REMUNERAÇÃO – Ao usar, no art. 7º, item XXIII, o termo remuneração em vez de salário para qualificar o adicional que deve ser pago pelo trabalho prestado em condições penosas, insalubres e perigosas, o legislador constituinte teve clara intenção e aumentar a base sobre a qual incide o trabalho realizado em condições adversas, revogando assim o art. 192 da CLT. Esta interpretação está autorizada, não só pela clara distinção entre remuneração e salário, assentada pelo próprio legislador consolidado no art. 457, como também pelo espírito do legislador constituinte ao prometer, no item XXII do art. 7º, redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Qualquer outra interpretação colocaria a Constituição em contradição consigo própria pois, enquanto promete a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, facilita sua prestação, permitindo que o empregador pague menos pelo trabalho exercido em condições desfavoráveis. Jamais se preservará o trabalho, valor repetidamente estimado pela Constituição Brasileira (art. 1º, item IV, arts. 170 e 193) sem se preservar o trabalhador que é a fonte única dos bens e serviços de que carece toda e qualquer coletividade organizada (TRT 3ª R., 3ª T., RO nº 2054/96, Rel. Antônio Álvares da Silva, DJMG 02.04.96, p. 25)”

81 Neste sentido, Sebastião Geraldo de Oliveira, ob. cit., p. 285.

da caracterização do vínculo de emprego quando se beneficie de trabalho humano nestas condições. O requisito do concurso público, exigido constitucionalmente, é óbice para a formação do vínculo de natureza administrativa, do qual decorrem alguns direitos e deveres específicos do servidor público. Em decorrência disto, ao trabalhador, contratado por ente público sem prévia aprovação em concurso público, não é dado pleitear direitos pertinentes ao vínculo administrativo, mas os da legislação trabalhista, previstos como garantia constitucional de todos os trabalhadores, indistintamente, não lhes podem ser furtados.⁸²

A respeito das horas de trabalho, qualquer proposta de redução de jornada de trabalho, para fins de ampliação do mercado de trabalho, deve ser acompanhada de um razoável controle da carga de trabalho, para que a redução de jornada gere, efetivamente, a contratação de outros trabalhadores e para que não se constitua apenas em técnica de redução de custos do trabalho e aumento da tensão no trabalho.⁸³

É preciso, *de lege ferenda*, urgentemente, pensar na implementação de um sistema de co-gestão dos trabalhadores na empresa, até para que se torne, finalmente, concreta a idéia de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e também para que a negociação coletiva possa se inserir em um ambiente verdadeiramente democrático e que preserve a necessária boa-fé que deve existir entre partes que elaboram um negócio jurídico.

É preciso, ainda, enfrentar o desafio, proposto por Jean Pélissier, Alain Supiot et Antoine Jeammaud,⁸⁴ de encontrar o campo de aplicação do direito do trabalho nas novas formas de organização do trabalho, tais como o trabalho independente (onde a doutrina italiana destaca o fenômeno da parassubordinação, com base no art. 403 n° 3, CPC), o teletrabalho (ou trabalho à distância), o “franchising” etc. É equivocados, “data venia”, imaginar que o direito do trabalho, não se amoldando às novas formas de organização do trabalho, porque criado com base no modelo “fordista” de produção, está em uma irremediável crise. Ora, os fundamentos e funções do direito do trabalho (especialmente: impedir a exploração do trabalho humano como fonte de riqueza dos detentores do capital; manter a ética e a dignidade nas relações de trabalho; melhoras as condições de vida do trabalhador; distribuir a riqueza) têm razão de ser em qualquer

82 “ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – Contratação sem concurso. Convalidação do ato praticado. ‘Os princípios que regem a administração pública não lhe permitem invocar sua própria torpeza, quando por ela mesma descumpridos. A nulidade do ato exige que as partes sejam restituídas ao estado anterior, pena de caracterização do enriquecimento ilícito (CC, art. 158), mas o dano causado deve ser reparado, mediante indenização capaz de somar os direitos trabalhistas sonogados.’ (TRT 2ª R. – 02980520351, 20000268776, 8ª T., Rel. Juiz José Carlos da Silva Arouca, DOESP 04.07.2000)

83 Exemplo desta regulação é a lei francesa que, recentemente, reduziu a jornada semanal para 35 horas.

84 « Imaginer un Droit de la ‘dépendance dans l’indépendance’, dont un embryon existe dans le régime de la sous-traitance, de la franchise de l’intégration en agriculture constitue un défi que le juriste doit relever, on en retrouve aussi une trace dans le cas de la collaboration, mentionnée par la loi sur les professions judiciaires. Plus généralement, on pourrait mettre en évidence, enfoui dans les textes, en droit commun de l’activité professionnelle, qui englobe notamment la protection sociale, la santé au travail, le droit syndical et le droit de la formation professionnelle. » (Droit du travail, Dalloz, Paris, 2000, p. 164)

modo de produção (“fordista”, “taylorista”, “toyotista” etc). Assim, o obstáculo para a aplicação do direito do trabalho nestas novas formas de exploração do trabalho humano somente subsiste quando, com o propósito de legitimá-las, abandonam-se os postulados essenciais do direito do trabalho. As novas formas de produção talvez não tenham sido pensadas para evitar a aplicação do direito do trabalho, mas, querendo, ou não, o fato é que este efeito não pode ser produzido, sob pena de se negar toda a evolução da história social da sociedade moderna, jogando-se no lixo as garantias internacionais de preservação da dignidade humana.

É por isso que, diante da internacionalização das formas de produção, vislumbra-se, na mesma proporção, uma internacionalização mais intensa e precisa do direito do trabalho, com incentivo à sindicalização internacional e busca de uma normatização internacional de princípios éticos e sociais no trabalho. Vide, a propósito, o direito europeu do trabalho (acima citado) e a Declaração Tripartite de Princípios sobre as Empresas Multinacionais e a Política Social, adotada pela OIT, em novembro de 1977 e emendada em novembro de 2000, efetivando-se uma « mondialisation de la démocratie et de l’Etat de Droit ».⁸⁵

A respeito das comissões de conciliação prévia, entende-se que, dentro do contexto do princípio do acesso à ordem jurídica justa, a implementação de meios alternativos de solução de conflitos deve ser um complemento da via judicial e não um obstáculo ao processo, como tática de solução dos problemas estruturais da Justiça. Assim, não se pode considerar a passagem pelas comissões como condição para o ingresso na Justiça do Trabalho.⁸⁶

Seguindo, ainda, postulados jurídicos, extraídos da teoria geral do direito, os acordos feitos nas comissões de conciliação somente podem representar eliminação do conflito quando refletirem autêntica transação (eliminação de um conflito quanto a um direito incerto), sem presença de vício, e não se referirem a questões de ordem pública.

A distribuição do ônus da prova, no processo do trabalho, deve levar em consideração a aptidão para a produção da prova, provocando a sua inversão, para o empregador, quando verossímeis os fatos narrados pelo trabalhador.⁸⁷ Lembre-se que a intensa dificuldade do empregado em produzir a prova dos fatos constitutivos de seus direitos (fatos estes que se acumulam ao longo de meses, ou anos) acaba atingido a pró-

85 Jacques Chevallier, La mondialisation de l’Etat de droit , *apud* Antoine Jemaud, « La Mondialisation, épreuve pour le droit du travail », p. 2.

86 Neste sentido, Cláudio Armando Couce de Menezes, *Direito Processual do Trabalho*, vol. 2, LTr, São Paulo, 2002, p. 131, e Jorge Pinheiro Castelo, *Comissão de conciliação prévia – filosofia, ideologia e interesses em situações específicas – limitações, exceções, alternativas*, in: *Revista LTr*, nº 64, abr. 2000, p. 448)

87 “Para alguns processualistas a inversão do ônus da prova permite que se alcance a justa e não a mera composição de conflitos, porém a intervenção estatal já pressupõe a idéia de justiça, seja qual for o critério do direito positivo sobre a distribuição do ônus da prova. Partindo-se da premissa de que o juiz pode ordenar a inversão do ônus da prova, o que será uma faculdade sua, deve comunicar sua determinação aos litigantes, assim não sofrendo eles efeitos de uma surpresa indesejável.” (Christóvão Piragibe Tostes Malta, *Prática do Processo Trabalhista*, 31 ed., São Paulo: LTr, 2002, p. 463)

pria efetividade do processo, provocando resultados injustos,⁸⁸ tanto nas sentenças quanto nos acordos.⁸⁹

A tutela antecipada deve se conceder no processo do trabalho sem o pudor excessivo que às vezes se verifica entre os juízes do trabalho, com apoio no requisito negativo, previsto em lei, da irreversibilidade dos efeitos antecipatórios.⁹⁰ Uma tal restrição que não se justifica em absoluto, principalmente diante de reais situações de urgência como a representada pelo teratológico fato que, infelizmente, ainda habita de forma ordinária as Varas do Trabalho, qual seja, o das reclamações trabalhistas em que empregados, dispensados sem qualquer motivação, pleiteiam as incontroversas verbas rescisórias que não lhe foram pagas quando da cessação do vínculo empregatício.⁹¹

As homologações de acordos na Justiça do Trabalho também sofrem grande efeito do direito social do trabalho. Dentro dessa visão apenas possuem validade jurídica os acordos que refletem efetiva transação e não mera renúncia a um direito trabalhista, ainda mais em se tratando de algum direito de ordem pública. Assim, a também teratológica “quitação do extinto contrato de trabalho” se baniria do repertório trabalhista.⁹²

E, para que o direito trabalhista declarado em um título executivo seja, efetivamente, cumprido, é preciso estabelecer, como pressuposto teórico, que o propósito da execução trabalhista é tornar concreta a declaração contida no título considerado, satisfazendo o interesse do credor, e, desse modo, a execução se deve exercer mesmo em prejuízo do devedor, sem que isso represente conferir ao credor mais do que aquilo que ele tenha o direito de receber. O que não se pode conceber é que a execução, assombrada pela regra de que se proceda pelo modo menos oneroso para o devedor, acabe se tornando um verdadeiro suplício para o credor. A excessiva preocupação em preservar o patrimônio do devedor, que muitas vezes está camuflado por negócios jurídicos

88 Interessante, a propósito, verificar a seguinte passagem da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939: “O juiz é o Estado administrando a justiça; não é um registro passivo e mecânico dos fatos, em relação aos quais não anima nenhum interesse de natureza vital. Não lhe pode ser indiferente o interesse da justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que um tal interesse se representa e personifica”.

89 Para maiores argumentos neste sentido, vide, Jorge Luiz Souto Maior, *Temas de Processo do Trabalho*, São Paulo: LTr, 2000, p. 77-94.

90 A respeito da possibilidade de concessão de tutelas antecipatórias que apresentem risco de irreversibilidade de seus efeitos vide, Estêvão Mallet, *Antecipação da Tutela no Processo do Trabalho*, São Paulo: LTr, 1998, p. 103.

91 Para maiores argumentos neste sentido, vide, MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Temas de Processo do Trabalho*, São Paulo: LTr, 2000, p. 49-76.

92 “Homologação judicial recusada. Não há como homologar judicialmente acordo celebrado entre as partes, ante o desrespeito a certos deveres de caráter eminentemente ético do processo, que são os de lealdade e boa-fé, pois não se pode conceder que a justiça obreira possa ser utilizada por uma das partes com a finalidade de prejudicar o adversário mediante atitudes simuladas ou mal intencionadas. Pela norma contida no artigo 129 do Código Buzaid, o magistrado pode obstar os objetivos das partes quando restar convencido, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei. (TRT 12ª R., 2ª T., Ac. nº 812/96, Relª Juíza Alveny de A. Bittencourt, DJSC 14.03.96, p. 85)”

fraudulentos, acaba tornando ineficaz a tutela jurisdicional e representa um incentivo para que o direito material não seja respeitado, espontaneamente, elevando o número de conflitos. Como efeito desse pensamento, é preciso afastar os empecilhos que se criam na órbita jurídica para a efetivação de penhora de dinheiro⁹³ ou do faturamento da empresa, para a desconsideração da personalidade jurídica da empresa (com fundamento nos artigos 16, 17 e 18 da Lei nº 8.884/94 e artigo 28, e seus parágrafos, do Código de Defesa do Consumidor),⁹⁴ a fim de se atingirem os bens dos sócios (aparentes e reais) e para se nomear, por ato de império, o proprietário do bem ou do representante

93 A respeito, vide, TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. Penhora em dinheiro – art. 620 do CPC – mandado de segurança. In: *Revista Síntese* nº 131, maio 2000, p. 5-7 e as Ementas a seguir transcritas:

“Penhora de numerário em conta corrente – Não implicação de gravame ao devedor – Validade. A penhora deve garantir uma execução rápida, para satisfação do credor e, em consequência, contribuir para a paz social e cumprimento das decisões judiciais. Por outro lado, é bem verdade que a execução deve evitar gravame desnecessário ao devedor, atentando para os princípios que regem o processo executivo, em especial, o da utilidade para o credor e o da não-prejudicialidade ao devedor. Assim, não atendida a ordem prevista no art. 655, do CPC, e não se demonstrando qualquer gravame ao devedor, lícita a penhora em numerário existente na conta-corrente (TRT 15ª R., 5ª T., Ac. nº 16532/99, Rel. Luís Carlos Cândido M. S. da Silva, DJSP 15.06.99, p. 115)”.

“Execução – Penhora – Banco devedor – Dinheiro em caixa – Viabilidade. A jurisprudência firmou-se no sentido de que a penhora em dinheiro, em conta bancária, não ofende o artigo 620, do CPC, por isso, não caracteriza exacerbação do juiz da execução. Sendo devedor o banco, a penhora é legítima quando não recair sobre “reservas bancárias do Banco Central”, só estas, por lei, são impenhoráveis (art. 68 da Lei nº 9.069/95). É que os valores depositados na conta Reservas Bancárias do Banco Central do Brasil não se confundem com o numerário que se encontra depositado em agências bancárias: este pode ser penhorado (conforme Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor – Theotônio Negrão 30ª edição, nota 5 ao art. 469). O dinheiro depositado em estabelecimento bancário, por clientes, passa a ser propriedade do banco, ficando o depositante tão somente com o direito de crédito contra o depositário. A natureza do depósito bancário é de contrato de “depósito irregular” que se equipara ao mútuo (vide REsp nº 98.623/MG; DJ 06.10.97, rel. Ministro Sálvio de Figueiredo). Daí, ser passível de penhora. Agravo de petição a que se nega provimento. (TRT 15ª R., 2ª T., Ac. nº 22332/99, Rel. José Antônio Pancotti, DJSP 02.08.99, p. 167)”

“A constrição de crédito é conveniente para a efetivação da execução e equivale a uma penhora sobre dinheiro porquanto a própria empresa devedora da executada depositará o valor correspondente em espécie, ou seja, em moeda corrente nacional, no Banco do Brasil, à disposição do Juízo, valendo ressaltar que a penhora em dinheiro é a primeira daquelas previstas na gradação contida no artigo 655 do Código de Processo Civil; neste contexto, não há que se falar, à evidência, em qualquer afronta a direito líquida e certo da impetrante.” (TRT 2ª Reg., RO SDI-02208/98.3, Ac. 99012120, Rel. Juíza Vânia Paranhos, DOE/SP 13.08.99, p. 212)

94 Neste sentido, destacam-se, igualmente, as seguintes Ementas:

“Execução – Responsabilidade do sócio. No âmbito do direito do trabalho, em face do princípio da despersonalização do empregador, fica o sócio obrigado a indicar bens livres e desembaraçados da sociedade, na forma do parágrafo 1º do art. 596 do CPC, sob pena de serem executados seus bens pessoais. Desconsidera-se, no caso, a personalidade jurídica da sociedade (*disregard of legal entity*) para responsabilizar diretamente o sócio pela lesão de direito para a qual contribuiu e da qual se locupletou. Inidônea economicamente a empresa, devem os sócios ser chamados a responder pelas obrigações trabalhistas inadimplidas, considerando que o empregado não corre o risco do empreendimento e deve encontrar no patrimônio dos beneficiários diretos de sua prestação de serviços a garantia da satisfação dos direitos inobservados na vigência do contrato. Conforme a lição consagrada de Arion Sayão Romita a *limitação da responsabilidade dos sócios é incompatível com a proteção que o Direito do Tra-*

legal da empresa, como depositário dos bens penhorados, tendo esta nomeação⁹⁵ efetividade quanto à consideração desta pessoa como depositário infiel se os bens desaparecem ou se deterioram.

5 CONCLUSÃO

Essas, evidentemente, são apenas algumas idéias a permitir a utilização concreta do direito do trabalho como instrumento da construção de justiça social e de preservação da dignidade do trabalhador. Outras poderiam ser lembradas, como, por exemplo, o incremento da utilização do dano pessoal nas relações de trabalho^{96 97} e a proteção da intimidade e da vida privada do empregado.⁹⁸ Mesmo as que se apresentaram

balho dispensa aos empregados, deve ser abolida nas relações da sociedade com seus empregados de tal forma que os créditos dos trabalhadores encontrem integral satisfação, mediante a execução subsidiária dos bens particulares dos sócios. Cabe ressaltar que a legitimidade da penhora efetuada sobre os bens do sócio encontra respaldo nas disposições do art. 10 do Decreto 3708/19, que regula as sociedades por quotas de responsabilidade limitada, sempre que constatada a ocorrência de atos praticados com violação da lei ou do contrato, hipótese na qual se insere, indiscutivelmente, a infringência dos preceitos da legislação trabalhista. Neste mesmo sentido, pode ser invocado o disposto no art. 135, do CTN e no art. 4º, da Lei 6830/80 (TRT 2º R., RO 02980577850 8º T., Rel. Juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva, DOE 14.09.99, p. 59)”

“Penhora. Bens particulares dos sócios. Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Bens da sociedade insuficientes para garantia da execução. Viabilidade. Não sendo encontrados bens da sociedade por quotas de responsabilidade limitada e à falta da nomeação, pelos sócios, de bens livres e desembaraçados da sociedade, na mesma comarca, que sejam suficientes para pagar o débito, autorizado está o Juízo da execução a determinar a apreensão de bens particulares dos sócios (art. 596, §§ do CPC). Respondem, neste caso, pela execução os bens particulares dos sócios, pois condenação judicial, na reclamação, faz presumir que o sócio praticou atos, em nome da sociedade, em prejuízo de terceiros (art. 10 do Decreto 3.708/91, além de atrair aplicação do art. 316 do Código Comercial). Agravo de petição do embargante de terceiro a que se nega provimento. (TRT 15º Reg., RO 17847/98, 2º T., Ac. 34646/98, Rel. Juiz José Antônio Pancotti, DOE 28.9.98, p. 151)”

95 Vide, a propósito, o novo teor dos §§ 4º e 5º do art. 659, ditados pela Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002, *in verbis*: “§ 4º A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exeqüente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 669), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, o respectivo registro no ofício imobiliário, mediante apresentação de certidão de inteiro teor do ato e independentemente de mandado judicial.

§ 5º Nos casos do § 4º, quando apresentada certidão da respectiva matrícula, a penhora de imóveis, independentemente de onde se localizem, será realizada por termo nos autos, do qual será intimado o executado, pessoalmente ou na pessoa de seu advogado, e *por este ato constituído depositário.*” (grifou-se)

96 Vide, a respeito, OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. *O dano pessoal no direito do trabalho*, Revista da Amatra II, mar. 2002.

97 A respeito do dano moral destaca-se a seguinte Ementa: “DANO MORAL – Publicidade – desnecessariedade. A dor moral não está ligada à ofensa que possa ser pública, diante de outras pessoas, com ofensa à honra do indivíduo, mas é o sentimento de diminuição perante a sociedade que atinge a alma daquele ser, por ter sido acometida de gravame insanável, que deve carregar para sempre. A publicidade de algum fato desonroso é mera agravante para o ferimento íntimo, e não condição essencial para o reconhecimento do sofrimento por que passa o ofendido (TRT 3º R., RO 5.386/00, 1º T., Rel. Juiz Bolívar Viegas Peixoto, DJMG 02.06.2001).”

98 Sobre o tema, vide, SIMÓN, Sandra Lia, *A Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado*, São Paulo: LTr, 2000.

neste texto poderiam ser examinadas de modo distinto, a partir de uma visão crítica mais apurada.

Não se trata, portanto, do modo “correto” de resolver as tormentosas questões por que passa o direito do trabalho, mas apenas de uma visão possível, que está ligada, no entanto, a uma linha científica definida, qual seja: a identificação do direito do trabalho como instrumento de justiça social, cuja utilização se inspira no inconformismo com a realidade injusta que está sendo formada no mundo do trabalho, com reflexos na sociedade em geral, pela utilização do direito do trabalho à luz de uma consciência meramente econômica.

Este mundo extremamente injusto, e que é ao mesmo tempo assustador, em razão do aumento incontrolado da violência urbana e dos conflitos internacionais, instiga-me uma fúria e espero que também a muitos. Mas, trata-se de uma fúria sábia, que não prega nenhum tipo de intolerância ou mesmo uma luta do bem contra o mal. Uma fúria que, meramente, pretende impulsionar o exercício da democracia, da manifestação livre de idéias, com respeito às idéias contrárias, e que ao mesmo tempo se preocupa em justificar suas ações dentro do contexto de uma ordem jurídica, construída, ou reconstruída, à luz de princípios e coerência lógica, dentro, portanto, de postulados verdadeiramente científicos e não meramente opinativos.

É claro que a intenção maior é a de tornar estas idéias, em idéias dominantes, mas ainda que tal propósito não seja atingido, não perde sentido este esforço, meu e de todos os outros que o encampem, como modo de formação de uma consciência crítica do direito, que permita instrumentalizar uma resistência democrática aos avanços das soluções irrefletidas que se tem pretendido implementar no contexto jurídico trabalhista, buscando tornar concreto o compromisso de lutar pela construção de uma sociedade mais justa e solidária.⁹⁹

99 “... se a sociedade capitalista obedece unicamente ao princípio do individualismo soberano, que é a lei do mais forte, a ‘sociedade universal do gênero humano’, já anunciada pela filosofia estoíca há mais de vinte séculos, funda-se em princípio oposto: a comunhão solidária de todos, na construção de um mundo livre, justo e fraterno.” (COMPARATO, Fábio Konder, ob. cit., p. 16)

DA LEGITIMIDADE DO EMPREGADO E DO EMPREGADOR NA SOLUÇÃO DE SEUS CONFLITOS

Antônio Álvares da Silva*

SUMÁRIO: 1 Sobre o conceito de legitimidade; 2 Os conflitos sociais e sua solução; 3 Peculiaridade das fontes e das normas do moderno Direito do Trabalho; 4 Solução de conflitos trabalhistas pelos próprios interessados; 5 Sobrevivência ou extinção da Justiça do Trabalho?

1 SOBRE O CONCEITO DE LEGITIMIDADE

A palavra provém do latim *lex, legis, lei*, a cujo radical “leg” se acrescentou o sufixo *mo/ma*, composto pela consoante “m” e a vogal temática o/a como em *ani-mo-s, animus*.¹ Temos então *legitimus*, que deu em português *legítimo*, do qual se formou o substantivo *legitimidade*.

A fundamentação em “lex” dá a idéia de algo conforme o que é prescrito, estabelecido, aceito. O que está em conformidade com a lei.

Como todas as expressões das ciências humanas ou “do espírito”, a palavra é multifária e complexa.

Num sentido amplo, como em “intervenção legítima” ou “opção legítima”, é sinônima de correção, exatidão, justiça.

Porém este sentido genérico se especializa quando é empregada no contexto jurídico-político, principalmente neste último.

Toda sociedade humana pressupõe um mínimo de agregação e consenso sem os quais não se pode supor a vida societária e comunitária. A atividade reguladora da lei, embora importante e muitas vezes decisiva, não é tudo. Nenhum agrupamento humano se mantém apenas pelas regras jurídicas e pelas sanções nela previstas. É preciso algo mais que, solidificando o sentido comunitário, possibilite a vida comum.

Este consenso provém de elementos próprios e comuns de cada grupo ou nação: a história partilhada, a língua como veículo de comunicação, o passado vivido, etc.

Na medida em que estes elementos sociais se tornam presentes na vida das pessoas, de modo consciente ou até mesmo imperceptível, há aproximação e a vida

* *Professor titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da UFMG. Juiz do TRT da 3ª Região.*

1 MACHADO, Raul. *Questões de gramática latina*. Lisboa: Livraria Clássica. v. II, 1940, p. 343.

conjunta se forma e mantém-se entre elas. O Direito apenas solidifica e dá forma objetiva ao que socialmente já está formado.

Quando este grau de consenso cresce e se avoluma, tornando desnecessários os mecanismos coercitivos externos (principalmente das normas jurídicas) afirma-se que há legitimidade, porque a obediência se transforma em adesão.²

A obediência é mecânica e cega e se obtém por meios coercitivos. A adesão é espontânea e natural. A agregação pela força é muito diferente da que se obtém pela convicção.

No instante em que os membros de uma comunidade estejam convictos de que devam viver juntos e unidos, esta união é muito mais durável e positiva do que qualquer outra, obtida por mecanismos diferentes da solidariedade natural.

Neste caso, a força centrípeta manteria a coesão, superando a força centrífuga, em que predominam os elementos desagregadores e separatistas da vida em sociedade, tais como raça, interesses grupais, estado artificial sem os elementos constitutivos da nação, etc. A divisão da ex-Iugoslávia e, mais recentemente, os acontecimentos sociais e políticos do Afeganistão são exemplos vivos de estados imperfeitos, à procura de legitimidade.

Portanto legítima é a sociedade em que a vida social é um convencimento e não uma obrigação entre seus membros. Esta realidade pode ser verificada pela diminuição dos mecanismos coercitivos estatais (regras jurídicas) ou societários (usos e costumes) e pelo aumento da força agregadora e natural da adesão e da aceitação.

Naturalmente, a legitimidade não supõe ausência de conflitos. Estes são inerentes à vida humana e necessários ao seu aperfeiçoamento. Conforme diz William Blake, citado por Richard Possner, “Without contraries is no progression”.³

Porém os conflitos têm de manter-se dentro da esfera consensual previamente estabelecida e não podem superá-la. Predominará, assim, a força salutar e fortalecedora da divergência e não seus efeitos deletérios, destrutivos da própria raiz comunitária.

Diverge-se, mas dentro dos padrões comuns que, como regras do jogo, permitem a oposição dos contrários, mas dentro dos limites dos princípios previamente consentidos.

A legitimidade é um conceito instrumental pelo qual se avalia o grau de aceitação das instituições pela sociedade. Pode ter um sentido amplo, e colocar em análise o próprio Estado, como detentor do Poder, das instituições e como promotor do bem geral.

Mas pode também medir as instituições em particular, como núcleos descentralizados do Poder, em suas diversas manifestações. Neste caso, questiona-se se é legítima a diretoria de um sindicato, o processo de escolha dos cargos de direção dos

2 LEVI, Lúcio. Legitimidade. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 3. ed. Brasília: UnB, v. II, 1991, p. 675.

3 *The problems of jurisprudence*. s.l. Harvard University Press, 1993, p. 461.

tribunais, a nomeação para cargos de confiança, a escolha de juizes (eleição direta, concurso público ou nomeação), etc.

A pergunta sobre o grau de consenso existente no Estado e nas instituições é inerente à própria democracia, pois mede o grau de aceitação e consenso existente na sociedade, como um todo ou em suas diferentes unidades constitutivas.

Enquanto a sociedade ou grupos organizados ficam dentro dos parâmetros estabelecidos para a atividade política como um todo, embora com naturais divergências entre si, pode-se afirmar que há legitimação e que as instituições são autênticas ou, pelo menos, satisfatoriamente aceitas.

Quando o Estado ou as instituições ou algumas delas entram em atrito com o povo ou uma comunidade, a legitimidade estará necessariamente em crise. Se a crise impulsiona a sociedade a romper com o Estado, caminha-se para a revolução. Se, entretanto, fica nos limites das regras do jogo, divergindo no concreto mas mantendo o vínculo consensual com o todo, não há revolução, mas mudança ou aperfeiçoamento da legitimidade. Os contrários criam e impulsionam o progresso e a evolução social, desde que fiquem nos limites estabelecidos pela ordem jurídica e social estabelecidas pelo consenso geral.

Sendo as democracias modernas essencialmente dinâmicas e suas instituições cada vez mais complexas, também a dinâmica da legitimidade é permanente e sua busca é constante.

Os partidos políticos, a atividade governamental, a atuação do Judiciário, do lado do governo, e a atividade privada, fora da esfera governamental, são processos sociais que estão constantemente em busca de um conceito legitimizar, perante uma sociedade cada vez mais complexa e reivindicadora.

Daí a permanente mudança de estratégia dos governos e grupos para se aproximarem do povo, do qual recebem a seiva mantenedora.

A própria grande empresa jamais poderá ter uma atividade lucrativa e produtora de bens e serviços, se não se legitimar perante o mercado. Não bastam a propaganda e a mídia. É preciso uma política empresarial inteligente que concilie o consumo, a produção e o lucro com a aceitação da sociedade. Sem este consenso, nenhuma empresa crescerá.

Esta dinâmica do governo e das instituições públicas e particulares é força em constante movimento, já que os programas sociais mudam a cada hora e as necessidades se transformam a cada momento. O “tempo real” em que vive a sociedade contemporânea não admite adiamentos ou protelações. As instituições, públicas ou privadas, têm de correr juntas com uma sociedade instável e permanentemente em mudança. Caso contrário, se deslegitimarão.

O povo não é um somatório abstrato e matematicamente dividido em esferas de atuação na sociedade. A própria divisão entre governante e governados se torna pouco nítida no momento da ação, já que as instituições regentes são parte do próprio povo e agem por sua delegação. Também o próprio indivíduo desempenha papéis múltiplos e

diferentes na sociedade- na família, no trabalho, no Estado, enfim, na função pública ou privada, o que o credencia a participar de diferentes processos de legitimação.

Neste amplo movimento, não se pode ver um fim único nem um sentido obrigatório. Como ondas em movimento, não há uma direção certa, mas tão-só os limites democráticos de sua atuação. Além deles, teríamos uma legitimidade revolucionária. Resguardadas estas fronteiras, temos a legitimidade não reformista ou justificadora das instituições.

Nenhum governo será permanentemente estável, numa sociedade livre, a ponto de neutralizar as reivindicações sociais. Portanto não se pode falar na História de uma legitimidade absoluta ou permanente. Por outro lado, nenhum governo permanecerá como administrador do Poder e da aplicação das leis se não possuir um mínimo de legitimidade, que justifique sua existência. Neste caso, seria substituído por outro, em novos processos de escolha, conforme a natureza do regime e a ordem constitucional que lhe dão sustento.

Nas instituições, públicas ou privadas, é que se concentram as infundáveis subdivisões do Poder e de sua força. Entre a estabilidade e a insegurança, há o justo meio do processo legitimador, que funciona tanto para manter como para modificar.

Nenhum processo legitimador, seja de que grau for, é absoluto, já que o raciocínio coletivo e a lógica de suas decisões são condicionados necessariamente pelos dados históricos, sociais e políticos do momento da decisão e escolha. Porém isto não significa necessariamente submissão à fatalidade das coisas. Pelo contrário, os fatos fornecem os elementos para sua manutenção ou mudança ou, em termos concretos, para os processos transformadores ou mantenedores do status quo social reinante.

A legitimidade está intimamente ligada ao Poder e à ideologia que o sustenta. Logo, podemos dizer que dois estes fatores constituem seu núcleo fundamental. Não haverá nenhuma sociedade organizada sem Poder que a organize e sem uma ideologia que o sustente.

Como o Poder não tem um conteúdo histórico definido e se manifesta segundo as necessidades de cada momento e como também a ideologia, enquanto síntese da convicção coletiva organizada sob forma de ação política também é contingente e depende dos valores e condições de um determinado momento histórico, a legitimidade é um processo permanentemente aberto.

Sob o ângulo jurídico, o fenômeno pode ser visto dentro da perspectiva da atuação do Direito na sociedade atual. A tendência ao “regulismo” (Verrechtlung) de todas as áreas da sociedade confere ao Direito uma função estabilizadora e, ao mesmo tempo, compensadora, na sociedade atual.⁴

O Direito regula, definindo juridicamente os fatos sociais e compensa, na medida em que procura uma melhor distribuição da riqueza e dos bens sociais, sempre mal

4 HABERMAS, Jürgen. *Direito de democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo universitário; v. II, 1997, p.196.

divididos, quando deixados exclusivamente às forças do mercado, dos negócios e da iniciativa das pessoas.

O formalismo jurídico se manifesta sob três aspectos fundamentais:

a) a constituição de um “corpus” de normas, posta em vigência através de processos democráticos, com textos visíveis, claros e controlados.

b) A forma abstrata e geral destas normas, não previsíveis para um contexto definido, o que confere ao sistema uma estrutura uniforme e igual.

c) A vinculação dos tribunais e da administração à lei dá-lhe um sentido de seriedade e generalidade, despertando confiança em sua aplicação indiscriminada.⁵

Hoje, esta concepção weberiana e excessivamente esquemática do Direito está em decadência. O desmonte da regulamentação formal está cedendo lugar cada vez mais à participação dos cidadãos na vontade da norma.

Cresce a participação dos particulares e da iniciativa privada através dos contratos. A própria realização da norma, formalmente feita nos parlamentos, é fruto de conciliações e influências de lobbies. É evidente a participação dos grupos interessados na votação das leis.

O processo legitimador, de que acima falamos, leva as aspirações da sociedade e dos grupos aos que têm o encargo de fazer as leis, com o fim de atenderem às reivindicações sociais.

Os parlamentares dispõem de assessores para aspectos técnicos da moderna legislação. Estudos de especialistas são solicitados. Abrem-se canais com a sociedade, para que se ouça o eco das reivindicações do povo.

Se a lei é a síntese da vontade geral, esta deve ser realmente avaliada por processos concretos de aferimento e não abstratamente, no processo parlamentar, em que o representante do povo, uma vez eleito, se torna detentor das aspirações populares, mas sem ouvir, direta e concretamente, o cidadão.

Há um mandato presumido, que hoje a sociedade quer transformar em instrumento concreto de transmissão da vontade popular. O que se quer é um mandato concreto ou real.

Abrem-se canais mais efetivos de comunicação do povo com seus representantes e, no campo da atividade privada, constroem-se sistemas mais efetivos de participação de todos os interessados no processo participativo através de assembleias, votações e co-gestão. desta forma, uma participação mais efetiva no processo decisório e o aspecto formal do Direito ganha mais vida e realidade, reencontrando-se com os fatos.

Pode-se falar, em conclusão, de um processo de legitimidade, que busca a efetiva participação do cidadão em procedimentos reais e não formais, através de novos instrumentos, que aprofundem e efetivem o modelo clássico da democracia representativa.

5 HABERMAS, op. cit., p. 196.

Não basta apenas eleger, mas eleger, controlar, fiscalizar e participar.

Do ponto de vista filosófico e geral, a legitimidade responde à pergunta: “a quem obedecer e por quê”. É uma justificação do dever de obediência, que corresponde ao poder de determinação ou imposição.

Neste sentido, todas as filosofias políticas são critérios de legitimação do poder, segundo as épocas históricas e as concepções que as fundamentaram.⁶

Do ponto de vista interno de Estado, a legitimidade é o critério permanente de justificar a existência das instituições e o fundamento de sua aceitação política.

Se estiver justificado o dever de obediência, aceita-se como legítimo o poder de sujeição. Caso contrário, fala-se de crise.

Todas estas observações são perfeitamente pertinentes ao Judiciário, enquanto instituição e poder e servem de análise à sua função e ao papel, presente e futuro, que deva exercer na sociedade.

2 OS CONFLITOS SOCIAIS E SUA SOLUÇÃO

Os conflitos sociais são uma constante em qualquer sociedade organizada. Em seu cerne está a distribuição dos bens, sempre escassos, em relação aos interesses, que a eles se dirigem.

A juridicização da sociedade e a “codificação” das relações humanas, através do Direito ou dos demais meios sociais, permite a operação do sistema entre o certo e o errado. Constrói-se desta forma uma organização, entre duas estreitas afirmativas: uma solução conforme o sistema e outra que o contrarie. Como salienta Niklas Luhman:

“Die binäre Codierung bezieht sich auf die Beobachtung der Operationen des Systems und ist daran zu erkennen, dass sie den Operationen die Werte Recht bzw Unrecht zuordnet. Diese Unterscheidung wirkt gekünstelt, und sie ist auch ein artifizielles Arrangement, das im System selbst erzeugt wird.” (A codificação binária refere-se à observação das operações do sistema e as submete aos valores do direito e do antidireito. Esta diferenciação atua artificialmente e é também um mero arranjo gerado pelo próprio sistema).⁷

Os fatos sociais não podem submeter-se a um esquematismo tão grande de apenas duas categorias, pois lhes seria retirada toda a flexibilidade necessária para acolher fenômenos que não se capitulam no certo ou no errado com inteireza. Outros são completamente independentes e nele não se enquadram, embora sejam fatos sociais que, muitas vezes, precisam de uma decisão, quando se transformam em conflitos de interesse.

6 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Campus, 200, p. 68.

7 LUHMAN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp; 1993, p. 61.

Quando os fatos sociais são levados aos tribunais, que o Estado cria para a solução dos conflitos humanos, o sistema binário opera integralmente. Ao Estado, através do estado-juiz, cumpre decidir, com apenas duas alternativas: o conflito está de acordo com o Direito e o autor ganha a ação com a procedência do pedido ou este está em desacordo com o Direito e ganha o réu que contestou o pedido.

A decisão, já estreita em si mesma, porque alicerçada apenas em sistema binário ou dual de afirmativa, é preparado de modo rígido e também exaustivamente regulado. O processo, com toda sua formalidade, entra como meio de composição da controvérsia.

O Estado tem o dever de julgar, porque o sistema precisa ser garantido em sua unidade lógica, mesmo que esta “lógica” não corresponda à verdade real dos fatos, nem à concreta necessidade das partes em conflitos ou da sociedade que, como palco dos acontecimentos humanos, vai ter de suportar, de forma indireta, as conseqüências da solução.

Do mesmo modo que a lei opera na abstração e na generalidade, a solução dos conflitos opera na isenção e na neutralidade dos juízes. Como, entretanto, o conflito é um fenômeno concreto e casuísta, envolvendo interesses determinados de indivíduos ou grupos sociais, cumpre reconstruir o fato com os meios processuais disponíveis – a prova das alegações.

Porém esta própria reconstrução é formal. Nem sempre refaz a verdade acontecida. O processo separa para sempre os fatos da vida, exclui a participação direta do cidadão. A comunicação com o estado-juiz se faz necessariamente através de terceiros, os advogados. O contato é indireto e formal. Sob pena de se tornar suspeito, o juiz não pode envolver-se diretamente na busca da verdade. Portanto tudo se encaminha para a solução formal, satisfazendo ao sistema mas desservindo à vida.

É marcante a moderna tendência de descentralizar a solução de conflitos do sistema estatal que, sendo binário e formal, oferece alternativas insuficientes e limitadas, para a esfera do próprio cidadão, onde terão a colaboração real e participativa dos interessados.

Dai a inclinação de se submeterem conflitos à arbitragem – Lei 9307/96 ou a comissões prévias de conciliação, como as criadas pela Lei 9958/00, cuja aceitação e inequívoco sucesso já podem ser apontados como uma das maiores transformações do Direito do Trabalho brasileiro da atualidade, como em breve se verá.

Também são marcantes os esforços para a desformalização do processo no direito comparado. Este fato é sintomático pois a participação dos interessados cresce, à medida que o hermetismo das formas diminui, abrindo espaço à penetração da vontade dos próprios interessados. São exemplos desta tendência, a Lei nº 9.099/95, que instituiu os juizados especiais cíveis e criminais, que já envolvem mais da metade dos conflitos em Minas Gerais, bem como a Lei nº 10.259/01, que instituiu os juizados especiais cíveis e criminais na Justiça Federal.

No Direito comparado, observa-se a mesma tendência. Mesmo nos países tradicionalmente “formais” na solução de conflitos, como a Alemanha, medidas radicais

são propostas pela doutrina. Veja-se, por exemplo, o notável artigo de Reinhard Greger da Universidade de Erlangen “Da luta pelo Direito ao Processo Civil do Futuro”,⁸ no qual se prega a superação do processo concebido como uma luta entre as partes, para orientá-lo como meio seguro, rápido e simples de solução do conflito entre elas.

Em vez de encherem os autos de papéis, requerimentos e provas, o próprio pedido e a contestação já se fariam na presença do juiz, que orientaria as partes em sua formulação. Isto facilitaria, não só o entendimento entre elas para um possível acordo, mas também o desenvolvimento do processo, que não precisaria de mais de uma audiência.

A sentença de primeira instância deveria ser vista, como assinala Greger, não apenas como uma porta de entrada para a segunda, mas como uma solução conciliadora e definitiva da controvérsia:

“Wir müssen dahin kommen, das das Gerichtsurteil nicht mehr als bloßes Durchgangstor zu nächsten Instanz betrachtet, sonder dass es grundsätzliche als abschließender Schiedsspruch akzeptiert wird.”⁹

Estas idéias não são de sonhador ou de um teórico qualquer, mas de um professor titular de uma conhecida e respeitada universidade de um país, que hoje representa a terceira potência econômica do mundo atual, conhecido por suas respostas, sempre adequadas, justas e oportunas, aos problemas sociais.

Na mesma linha de raciocínio, Cappelletti salienta que hoje a Ciência do Direito, em vez de ter apenas um visão unidimensional da aplicação das normas ao caso concreto, está sujeita a uma visão tridimensional:

- a) Na primeira visão, discute-se a necessidade da criação de um instituto.
- b) Na segunda, a solução jurídica que por meio dele se pode obter.
- c) E a terceira, que mede os impactos e resultados do instituto sobre a vida social.

A missão do jurista torna-se assim muito mais completa e responsável e o próprio Cappelletti dá um exemplo:

“(O jurista) não se cinge a descrever as normas, formas e procedimentos aplicáveis aos atos de instauração de um processo judicial ou de interposição de um recurso; deve também levar em consideração os custos a suportar, o tempo necessário, as dificuldades (inclusive as psicológicas) a superar, os benefícios a obter.”¹⁰

Portanto não se trata mais apenas de prever regras de processo e dizer que as partes têm o *due process of law*. É preciso complementar esta afirmativa com certo

8 JuristenZeitung. Tübingen. V. 52, nov. 1997, p. 1077-1083

9 Cit., p. 1081.

10 CAPPELLETTI, Mauro. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Forense, v. 326, n. 90, abr-mai-jun./1994, p. 121-129.

grau de efetividade, ou seja, se realmente o têm e se este devido processo pode ser utilizado com êxito e eficiência.

A seguir propõe as duas grandes questões que agitam os caminhos do moderno Direito Processual:

a) quais as instituições que devam ser criadas para garantir este novo caminho alternativo do processo: arbitragem, mediação, conciliação e naturalmente uma fileira de procedimentos simplificados, assim como juizados de pequenas causas?

b) quais serão as pessoas que vão manipular estas instituições- juízes ou árbitros? Juiz togado ou leigo?

c) finalmente pergunta: quais as garantias que se concederão às partes em tais procedimentos?

Estas questões já são suficientes para a conclusão da primeira parte deste artigo: uma nova onda de legitimidade assola a Ciência do Processo para colocá-la em novas bases, rompendo com o longo passado, que a manteve intacta desde os primórdios do século XIX.

Esta nova legitimidade é um movimento sem regresso,¹¹ que já se faz sentir nas instituições e tem as seguintes características fundamentais:

a) Simplificação de formas.

b) Formas alternativas de solução de controvérsias, fora do Estado, ainda que sob sua supervisão.

Pela primeira, denota-se que o processo não pode perder-se em formalidades inúteis, demoradas e desnecessárias, que adiam a solução da controvérsia e desmoralizam o Estado perante o povo.

Pela segunda, vê-se claramente a nova tendência da cidadania em participar da solução de seus conflitos, em vez de relegá-lo à burocracia estatal, como alternativa única de resolvê-los.

É mais uma vitória do povo, confirmando o princípio de que a atividade do Estado moderno não é unilateral, mas uma parceria com a sociedade, facultando-lhe não só o acesso às decisões, mas também a efetiva participação no resultado de tudo que se decide em nome dos interesses gerais.

O mundo moderno é complexo é composto de cidadãos que têm pressa. As postergações e adiamentos do processo não mais se justificam. O povo precisa resolver seus problemas. Quem sofre com esta protelação é principalmente as classes menos favorecidas, cujos direitos, garantidos em leis maiores, principalmente na Constituição, não ganham efetividade na vida, em razão de o veículo processual ser ineficaz.

Dar direitos e não efetivá-los é muito pior do que não concedê-los, porque cria no cidadão o sentimento de desprezo e má-fé em relação ao legislador e ao Estado. Se

11 Para uma visão geral no direito comparado dos juizados de pequenas causas e de mecanismo simplificados de solução de conflitos pelo Judiciário, ver LAGRASTA NETO, Caetano. *Juizado especial de pequenas causas no direito comparado*. São Paulo: Oliveira Mendes. 1998. 63 p.

DOUTRINA

ele não pode gozar do direito que lhe é atribuído pelo ordenamento jurídico, a consequência é a mesma de não o ter, porém com uma grande diferença: o direito existente e não efetivado é uma falha do Estado e um desrespeito ao povo.

É exatamente esta a situação atual que motivou a busca de uma nova legitimidade para o processo, que hoje constitui uma das principais bandeiras da cidadania.

3 PECULIARIDADE DAS FONTES E DAS NORMAS DO MODERNO DIREITO DO TRABALHO

O Direito do Trabalho é o ramo da Ciência do Direito em que se entrecruzam diferentes tendências e se superpõem camadas diversas, formando um universo rico, variado e de diferentes dimensões. A um só tempo, nele se reúnem todas as áreas em que se divide o Direito e de suas fontes participam todas as correntes que o constituem.

Sua primeira fundamentação tem natureza contratual, através da relação de emprego, cujos fundamentos repousam nas raízes clássicas do Direito Civil. Porém a sucessiva intervenção do Estado, limitativa da vontade para a formação de seu conteúdo, tornaram o contrato de trabalho um contrato de adesão, em que a manifestação livre se restringia praticamente a escolher o emprego. Uma vez estabelecida a relação entre as partes, desencadeia-se todo o sistema protetivo, criado pela lei.

Esta tendência foi o marco inicial da relação empregatícia, não só na época imediatamente anterior à Revolução Industrial, como também durante seu decurso, com o fim de proteger a vontade debilitada do trabalhador. Este manto de proteção criou um sistema rígido e diretamente sujeito ao controle da lei.

Com o crescimento da massa de trabalhadores, a proteção passou a limitar-se a um mínimo, abaixo do qual não se podia contratar. A partir dele, abria-se o terreno da liberdade contratual.¹²

Com o desenvolvimento do Direito Coletivo, cresceu o movimento da negociação na esfera das categorias, substituindo-se a vontade individual pela vontade coletiva, personificada na negociação conduzida pelos sindicatos.

Amplia-se desta forma a proteção ao trabalhador, mas por outra via, que não a do Estado. A coletivização da vontade, através dos órgãos de classe, revigorou a força do trabalhador. Criou-se desta forma uma área de atuação dos sindicatos, acima do trabalhador e abaixo do Estado, capaz de gerar normas no interesse das categorias através de negociação direta entre os interessados.

Esta norma negociada tem o grande mérito de ser o resultado da composição exata e da medida adequada dos interesses de ambos os lados: o empregado,

12 ZÖLLNER-Loritz. Arbeitsrecht. 5. Auf. Beck. München. 1998, p. 28

conhecendo a realidade da empresa e da categoria econômica, pede o que é possível. O empregador, conhecendo a realidade social, dá o que pode.

A passagem da negociação individual para a coletiva submete o trabalhador às decisões sindicais e dos conselhos de empresa, mas não excluem a atuação de sua vontade. Permanece livre para escolher o sindicato, nos países onde há efetiva liberdade sindical, e pode participar de assembleias para delimitar os limites da negociação coletiva, bem como renunciar às vantagens através dela obtidas. Há um efetivo fortalecimento, mas não a inutilização da pessoa e da vontade do trabalhador.¹³

Uma terceira dimensão da relação empregatícia é a co-gestão.

Sendo a empresa o meio, por excelência, de produção de bens e serviços no Estado democrático, sua importância social é enorme. Muitas vezes, transcende os interesses do próprio Estado e lhe são superiores.¹⁴

Evidentemente, esta soma imensa de poder não pode ficar restrita apenas ao empresário e, sob o prisma da relação empregatícia, ao empregador. Seu compartilhamento democrático com o empregado e a sociedade é uma exigência inadiável dos tempos modernos. Daí a participação do empregado na gestão, tanto do estabelecimento, através de Conselhos ou Comissões de Fábrica, bem como na própria empresa, através de seus órgãos diretores.¹⁵

Esta evolução é a mais refinada esfera do desenvolvimento da relação empregatícia, pois supera a dualidade empregado/empregador, que se funda num sistema binário de oposição de interesses, para integrar a ambos na célula responsável pela produção capitalista- a empresa.

A co-gestão rompe com o sistema opositivo, que sempre marcou a relação de emprego através do tempo, para transformá-la num sistema conciliador de interesses, relegando ao empregado não só a obrigação de trabalhar, mas também a de participar e dirigir. Com a co-gestão, abre-se ao empregado o acesso à propriedade dos meios de produção e não apenas ao salário-consumo, com o qual é remunerado.¹⁶

13 GAMILLSCHEG, Franz. *Kollektives Arbeitsrecht*. Beck. München. 1997, bd. I, p.

14 Basta, para confirmar a assertiva, que o leitor leve em conta os seguintes dados: A General Motors é a maior do que a economia do Peru. A Toyota é igual às economias do Uruguai e da Guatemala. A Volkswagen é do tamanho de Cuba. As 100 maiores empresas mundiais equivalem a 4,3 do PIB mundial. Elas crescem em ritmo mais acelerado do que os países nos últimos anos. O tamanho das empresas foi medido não só pelas vendas mas também pelos salários e benefícios pagos, bem como pelos impostos recolhidos. O PIB brasileiro foi de US\$ 599 bilhões, o que lhe dá a 9ª posição no ranking mundial. Fonte: Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento, publicado, em resumo, pela Agência Estado em 13.08.02.

15 Para maiores detalhes sobre o tema, ver Álvares da Silva, Antônio. *Co-gestão no estabelecimento e na empresa*. São Paulo: LTr. 1991, p. 30 e ss.

16 Álvares da Silva, Antônio. *Op. cit.*, p. 43. Pode-se acrescentar ainda: "Enquanto o ponto de ligação do empregado à empresa/estabelecimento for apenas o contrato de trabalho, esta vinculação é precária e mostra realmente o caráter de acessoriedade que envolve, dando a idéia de uma anexação provisória e artificial, como se fossem autênticos fios amarrados a um estrutura maior e prontos para serem desligados a qualquer instante."

Finalmente, a relação de emprego se desdobra para o campo do Direito Público, sob duas vertentes:

a) enquanto relação processual, como meio de solução dos conflitos entre empregado e empregador, que assumem a posição de autor e réu (reclamante e reclamado). Tornam-se então partes do processo, que vai compor a controvérsia entre eles.

b) Enquanto relação da empresa, do empregado ou do empregador ou de ambos com o Estado, para efeito de normas de saúde, higiene e segurança no local de trabalho. Fala-se então de um Direito Público do Trabalho, em que as normas estabelecidas são de natureza imperativa, indisponíveis e de interesse de toda a sociedade, porque visam a preservar a saúde do trabalhador em sentido amplo, como nota Sebastião Geraldo de Oliveira:

“O conceito de saúde, conforme previsto pela OMS, deixou de ser apenas a ausência de doenças para representar o completo bem-estar físico, mental e social. As normas jurídico-trabalhistas, que em princípio visavam a proteger apenas a integridade física do empregado, passaram a contemplar os fatores psicossociais, especialmente com relação à saúde mental do trabalhador.”¹⁷

Resumindo, o moderno Direito do Trabalho se desdobra em cinco campos distintos, mas coexistentes e complementares: Direito Individual, Direito Coletivo, Co-gestão, Direito Processual, Direito Público.

Nestes ramos, se superpõem normas de diferente natureza: no Direito Individual, predominam os padrões do direito privado. No Direito Coletivo, predominam normas de natureza própria, superiores ou direito privado mas que não se confundem com o direito público. Na co-gestão, a predominância é do direito privado e coletivo. No Direito Processual e nas normas de proteção, predomina a natureza pública.

Esta interseção de normas de diferentes naturezas formam um mundo complexo e rico, cuja compreensão exige do jurista esforço exegético de taxinomia, interpretação e caracterização.

A variedade de fontes rompe com conceitos clássicos da dogmática geral, tal como a diferença entre Direito Público e Privado, autonomia da vontade, nulidades, etc. e fixa relações novas, tais como a relação de direito coletivo, e de co-gestão, que não é pública nem privada.

As normas de processo e Direito Público do Trabalho também têm suas peculiaridades, que não as deixam identificar-se com as normas do processo ou do Direito Público comuns.

Por isso, as fontes do Direito do Trabalho, em virtude de sua riqueza e variedade, não são reguladas com precisão pelo legislador. Há certos ramos onde a norma escrita e sistemática predomina, como no direito individual do trabalho. Porém em

17 Op. cit., p. 104.

outros, como o Direito Coletivo, processo e co-gestão, a jurisprudência exerce um trabalho permanente e suplementar.¹⁸

No próprio Direito Individual do Trabalho, suas regras vêm se tornando deficientes e pobres diante dos desdobramentos que o trabalho humano vem sofrendo na sociedade globalizada atual.

O mundo rico e multilateral das fontes do Direito do Trabalho pode sistematizar-se dentro da seguinte perspectiva, que lhe permite uma visão ampla e integral:

a) fontes internacionais:

O Direito Internacional comum.

O Direito Internacional convencional, principalmente as convenções da OIT.

O Direito Internacional comunitário, como no caso do Mercosul e da União Européia.

b) fontes internas estatais: que se constituem principalmente da Constituição e das leis ordinárias.

c) fontes internas negociais, através da negociação coletiva, tendo como agentes negociadores os sindicatos e os órgãos de representação dos empregados no interior das empresas: conselhos ou comissões de fábrica, conselhos comunitários, órgãos de representação em geral.¹⁹

Para as fontes autônomas, fruto da negociação coletiva, a vontade exerce um papel preponderante e decisivo, que tende a crescer cada vez mais, deixando menos espaço à heterocomposição, exercida pelo legislador.

Esta vontade das partes, exercida por seus sindicatos, vai ocupando até mesmo o espaço relegado tradicionalmente ao Direito Público do Trabalho.

Também no plano do processo do trabalho, a desregulação de suas normas e a criação de órgãos extrajudiciais de conciliação, mediação e arbitragem vão flexionando a rigidez das normas estatais, para permitir soluções mais rápidas, mais baratas e, principalmente, mais eficazes e imediatas.

Observa-se, nas fontes do moderno Direito do Trabalho, um retorno ou volta à vontade dos agentes, principalmente no plano coletivo, para a composição de seus interesses. A origem do fenômeno está na complexidade destas fontes e na impossibilidade de uma regulamentação exauriente por parte do legislador estatal.

18 Sobre o tema, ver ADOMEIT, Klaus. *Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht*. (As fontes jurídicas no Direito do Trabalho) Beck. München. 1969, p.16.

19 CORDEIRO, Antônio Menezes Cordeiro. *Manual de Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 156.

4 SOLUÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS PELOS PRÓPRIOS INTERESSADOS

As colocações do item anterior demonstram que os cinco departamentos, que constituem o moderno Direito do Trabalho compõem-se de normas, cuja formação depende mais da vontade das partes que formam a relação jurídica do que propriamente do legislador.

O Direito do Trabalho atual é predominantemente marcado pela intervenção dos atores na formação da norma jurídica trabalhista. Este fato se deve à extrema rapidez com que se alternam as condições sociais, exigindo deles uma permanente adaptação para que se possa acompanhar com êxito as mudanças sociais.

A flexibilização, neste sentido, não é alternativa, mas necessidade. Não existe para tomar direitos mas para possibilitar o exercício dos direitos trabalhistas existentes e a criação de novos.²⁰

Hoje, pode-se falar num envelhecimento precoce da norma estatal e de uma necessidade cada vez mais crescente da norma pactuada ou negociada. A vida privada e as necessidades sociais não podem esperar por um Estado retardatário e desatento aos fatos da vida.

Por isto se fala cada vez mais em Direito do Trabalho negociado, que se opõe a outro modelo de Direito do Trabalho autoritário, imposto por normas jurídicas, passando por cima da vontade das partes e a desprezando. Como salienta Paul-Henri Antonmattei, “Parlez des conventions et accords collectifs de travail conduit classiquement à oposer le ‘droit de travail imposé ou subi’ – lois, décrets, arrêtés- au ‘droit du travail négocié.’²¹

Como salienta o autor citado, a intervenção do legislador, do Judiciário, através da jurisprudência e da autoridade pública em geral desequilibra a gestão empresarial e as relações de trabalho, causando prejuízo a ambos os lados.

Não há nenhuma certeza ou garantia de que a intervenção vai melhorar a vida das empresas e dos trabalhadores, principalmente destes últimos, quando o estado moderno tem tendências excessivamente liberais e está comprometido com realidades, que nem sempre constituem uma alternativa adequada para o lado social do mundo contemporâneo.

O exemplo brasileiro é o melhor e o maior que se possa oferecer a respeito.

Por isso um Direito do Trabalho negociado é um caminho que, se não leva a uma solução absoluta, também não conduz a uma resignação do trabalhador em rela-

20 Sobre o conceito de flexibilização e sua existência e efeitos no contrato de trabalho, ver ÁLVARES DA SILVA, Antônio. *Flexibilização das relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p.52 e ss. Neste livro, que lançamos recentemente, são estudadas as principais questões da flexibilização e seu significado para o moderno Direito do Trabalho. A ele se remete o leitor interessado, em razão da falta de espaço e oportunidade para debater o tema neste artigo.

21 ANTONMATTEI, Paul-Henri. *Les conventions et accords collectifs de travail*. Paris: Dalloz, 1996, p. 2.

ção aos problemas que hoje enfrenta no mundo globalizado e que fazem parte de seu cotidiano difícil e alienado.

Veja-se a participação da norma negociada ou pactuada nas diferentes esferas do Direito do Trabalho:

1- As normas dos contratos individuais são hoje predominantemente negociadas em nível coletivo, pelos sindicatos. As normas de proteção transformaram-se em pisos de conteúdo mínimo. Daí para a frente, a decisão é do mercado e a melhoria das condições de trabalho, principalmente do salário, depende da capacidade de luta do sindicato. Não é possível ao Estado, através de lei, resolver as dificuldades de todas as categorias nem promover um salário justo a todos os trabalhadores.

A negociação individual pelas próprias partes só se verifica nos contratos de trabalho de altos empregados, gerentes, diretores, técnicos e especialistas, para os quais há procura e não falta de vagas. O mercado de trabalho hoje é, antes de tudo, uma questão de qualificação. O trabalhador preparado tem emprego estável. A rotatividade está no trabalho mal remunerado e de baixa qualificação.

O mercado é altamente instável. 8,8 milhões de dispensas em 18 milhões de empregados com carteira assinada. Esta rotatividade se dá principalmente nos baixos salários.²²

Não se pode esperar que um empregado profissionalmente desqualificado, instável no emprego e submetido a freqüentes dispensas vá negociar pessoalmente normas e condições de trabalho. Só mesmo a atuação de seu sindicato pode trazer-lhe alguma conquista.

2- No Direito Coletivo, a atuação dos sindicatos, por definição e natureza, é livre: “É livre a associação profissional ou sindical...” Art. 8º da CF. A liberdade é o pressuposto da negociação coletiva, que constitui a base de todos os seus institutos- a convenção coletiva, a greve e o dissídio coletivo. Os sindicatos eficientes são o instrumento de sua realização.

Se os sindicatos não têm força política e não estão capazes de negociar, cumprilhes adequar-se ao mundo contemporâneo, transformar-se a exemplo das demais instituições e enfrentar os novos desafios. Esperar pelo Estado será uma atitude duvidosa e sem resultados positivos.

3- Na co-gestão, há, conforme se observa no direito comparado, uma intervenção do legislador para fixar-lhe os limites básicos e contornos. A razão está no ineditismo do instituto que precisa de elementos conceituais do legislador. Porém a prática efetiva da co-gestão, no estabelecimento e na empresa, e os níveis em que deva ser praticada, só se tornarão efetivos e marcantes na proporção em que a cooperação for superior à oposição, no interior das empresas.

As relações de trabalho conflitivas não favorecem à co-gestão e, em muitos casos, sequer permitem que seja experimentada.

22 Dados do Min. Paulo Jobim, Folha de São Paulo, 15.07.02, sobre mercado de trabalho e população economicamente ativa.

Não se há de esperar resultados milagrosos e revolucionários da co-gestão. Como toda proposta, vai depender da prática e da capacidade e desempenho das empresas e dos trabalhadores.

Também seria utópico pensar que, por se propor uma relação de trabalho integrativa e não conflitiva, vai-se criar uma sociedade sem luta de classes. Dela até hoje nenhuma sociedade prescindiu e, ao que parece, jamais prescindirá. A luta de classes é um elemento inerente e inseparável de qualquer sociedade organizada.

Como todo valor, a co-gestão tem sentido pelo que propõe. Nenhum valor tem concreção histórica plena. Veja-se o exemplo da Justiça, contrapondo-se eternamente com a injustiça, o bem com mal, a verdade com a falácia, etc.²³ Porém, muito pior ainda, seria uma sociedade sem valores, porque nela só imperaria os antivalores – o mal, a injustiça, a mentira, o que impediria sua existência.

Como diz Ludwig Wittgenstein,

“Não se pode levar os homens ao bem; apenas se lhes pode indicar o caminho para qualquer lugar. O bem reside fora do âmbito dos fatos.”²⁴

Se a História não concretiza plenamente os valores humanos, que não existem nos fatos em si mesmos, mas fora deles, nem por isso pode viver sem valores. Porém aquelas sociedades, que conseguem maior índice de realização de valores, sem dúvida oferecem maior padrão de vida ao povo que as compõe. Por isso é que ainda vale a pena lutar.

4- No processo comum, a tendência atual é a solução alternativa e não judicial dos conflitos em geral. Com muito mais razão, a afirmativa vale para o processo do trabalho. Este item será objeto de considerações especiais, logo a seguir.

5- No Direito Público do Trabalho torna-se cada vez mais freqüente a presença do empregado, do empregador e dos sindicatos, não só para aplicar as normas existentes, mas também para criar outras, peculiares ao trabalho das diferentes categorias profissionais e econômicas.

De fato, as normas de saúde, higiene e segurança estabelecidas pelo Estado ocupam um piso de validade mínima, que permite novas composições no plano da negociação. Muitas vezes, o próprio cumprimento destas normas é adaptado às peculiaridades de certas empresas e locais de trabalho, levando-se em conta situações concretas.

Fora o limite específico, marcado pelo legislador, relega-se à participação dos atores um papel ativo na criação e aplicação das normas de saúde, higiene e segurança

23 É o que Miguel Reale chama de bipolaridade dos valores. Ao valor se contrapõe sempre um desvalor, ao bom, o mal; ao belo, o feio; ao nobre, o vil. O sentido do positivo exige o sentido do negativo e conclui: “Valores positivos e negativos se conflitam e se implicam em processo teleológico, ordenando meios a fins.” In: *Introdução à Filosofia*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 143. A própria dinâmica do Direito é impulsionada pela dialética dos valores. A busca do certo e do errado, do direito e do torto, do lícito e do ilícito, do legal e do proibido, apurados no contraditório da vida ou do processo é o exemplo claro e visível desta afirmativa. Isto se verifica, como lembra Reale, porque o Direito é um dos meios da concreção de valores na vida social.

24 Cultura e valor. Lisboa: Edições 70, 1996, p. 15.

no contrato de trabalho. Cada local de trabalho pode apresentar uma exigência específica, não pensada na formulação abstrata do legislador. Entra então a negociação individual ou coletiva para preencher a lacuna.

Além da previsão expressa na CLT,²⁵ há o art. 8º, III, da CF que outorga aos sindicatos a defesa de interesses individuais ou coletivos da categoria. Ora, a saúde em seus diferentes aspectos é o principal deles. Como salienta Sebastião Geraldo de Oliveira:

“O ordenamento jurídico nacional já concede várias prerrogativas às entidades sindicais no combate às agressões do ambiente de trabalho. Daí a importância da qualificação da assessoria jurídica dos sindicatos para atuação efetiva na busca da proteção jurídica à saúde do trabalhador.”²⁶

Se a participação dos atores é uma constante em todas as áreas do atual Direito do Trabalho, é evidente que esta participação deve fazer-se presente principalmente na solução de conflitos trabalhistas.

As controvérsias que hoje tomam conta dos tribunais trabalhistas não são na realidade profundas e sérias. Não precisam do Estado para serem resolvidas. São, antes de mais nada, acertos de conta de empregados dispensados sem justa causa, que buscam na Justiça o pagamento de seus direitos.

Como, em regra, os direitos que constituem este acerto não passam de cinco itens – aviso prévio, férias, 13º, horas extras e FGTS, não há motivo lógico para submetê-lo a uma demanda custosa e demorada no Judiciário.

Quase um milhão e oitocentas reclamações trabalhistas deram entrada na Justiça do Trabalho em 2002.²⁷

Não se justifica que, para um simples acerto de empregado dispensado, haja um número tão grande de reclamações, mobilizando três instâncias, a um custo total de três bilhões e quinhentos milhões de reais. O absurdo e a insensatez são evidentes. A necessidade de mudança é clara. Sobre isso já escrevemos:

“O Judiciário, enquanto Poder, não fica de fora da História. Como toda instituição pós-moderna, terá que legitimar-se perante uma sociedade diferente, reivindicadora, apta a organizar-se em movimentos sociais, inimiga da ineficiência crônica das instituições, que sustenta com seus tributos.”

25 Art. 154: “A observância, em todos os locais de trabalho, do disposto neste Capítulo, não desobriga as empresas do cumprimento de outras disposições que, com relação à matéria, sejam incluídas em códigos de obras ou regulamentos sanitários dos Estados ou Municípios em que se situem os respectivos estabelecimentos, como daquelas oriundas de convenções coletivas de trabalho.” A CLT estabelece um programa de proteção amplo, que consiste na incorporação de normas previstas em códigos ou posturas municipais e estaduais, bem como da norma pactuada em convenção coletiva. Pelo menos no papel, procura-se valorizar o direito constitucionalmente garantido do trabalhador urbano e rural de ter reduzidos ou até eliminados os riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança-art. 8º, XXII, da CF.

26 *Proteção jurídica à saúde do empregador*. 4 ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 397.

27 Dados colhidos no site do STF na Internet.

O Judiciário terá de fundar-se em uma nova legitimidade política no pós-moderno, a fim de que adquira credibilidade e sintonia com os novos tempos.

Esta discussão já começou. O questionamento à ineficiência, morosidade, nepotismo e irracionalidade funcional do Judiciário já é do domínio público e está nas páginas diárias da imprensa.

Ela instalou-se com mais intensidade no Direito do Trabalho, porque trabalho e capital sempre foram e serão os agentes mais significativos e importantes de todos os movimentos sociais.²⁸

Observa-se que a burocracia judiciária trabalhista, em vez de resolver o conflito, complica-o ao extremo, a ponto de impedir-lhe a solução adequada.

Gasta-se uma fortuna, num país subdesenvolvido, com um conflito desnecessário e artificialmente criado, para satisfazer aos interesses da própria burocracia e não ao das partes, que vêm ao Judiciário pedir Justiça.

Sabedora de que pode protelar a solução do caso, a empresa recorre. O débito trabalhista não é corrigido nem compensado de acordo com os juros do mercado. Sofrerá apenas juros de mora equivalentes à TRD, acumulados do período entre a data do vencimento e seu efetivo pagamento. A estes, se somarão juros de mora de um por cento ao mês, a partir do ajuizamento da reclamação.²⁹

Esta recomposição, bem abaixo dos juros de mercado – basta lembrar que os juros do cheque especial variam entre 10 e 15% ao mês – incentiva ainda mais o demandismo e o não pagamento. O resultado é o que se vê: milhares de ações sobrecarregando os tribunais do trabalho, cuja resposta ao fenômeno é o pedido constante da criação de mais Varas trabalhistas.

Com isto, repete-se a profecia de Niklas Luhmann em relação à sociedade moderna: não se vive sem a burocracia, pois toda e qualquer instituição que se crie precisa da burocracia para institucionalizar-se. Porém é a própria burocracia que impede a eficiência das instituições, amarrando-lhes o desenvolvimento normal com regras, servidores, procedimentos inúteis e tudo mais que se conhece no mundo burocrático moderno, transformando-as em monstros gigantesco, que passam a servir-se a si mesmas e não à sociedade.³⁰

Diante destes fatos, podemos estabelecer as seguintes conclusões:

28 ALVARES DA SILVA, Antônio. *Questões polêmicas de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, v. IX, 2001, p. 82. O livro consta de duas partes. A que interessa ao presente tema chama-se: “Justiça do Trabalho – os números e a verdade e está disposta a partir da p. 65. Aqui o leitor interessado poderá encontrar um amplo diagnóstico, numérico, estatístico e jurídico da Justiça do Trabalho no Brasil, bem como sugestões para sua reforma”.

29 Art. 38 da Lei nº 8.177/91.

30 LUHMAN, Niklas. *Teoria política em el Estado de Bienestar*. Madrid: Alianza Editorial, 1993, p. 111 e ss.

a) O Direito do Trabalho moderno divide-se em cinco compartimentos correlacionados entre si e sujeitos aos mesmos princípios gerais, embora sirvam a finalidades diferentes.

b) A participação dos atores que nele intervêm – reclamante, reclamado, sindicatos, conselhos ou comissões de fábrica e órgãos públicos- deixa sempre uma margem à intervenção da vontade destes atores, já que o Estado nunca realizou, nem jamais realizará sozinho, sua missão em relação ao mundo do trabalho. Funciona como elemento regulador, não como estrutura substitutiva da vontade das partes.

c) Há, pois, uma legitimidade imanente das partes na solução de seus conflitos, o que pode ser feito de maneira muito mais rápida, eficiente e barata do que os órgãos estatais.

Estabelecidas estas premissas, qual o caminho a seguir? A resposta não pode ser outra: relegar às partes envolvidas – principalmente aos sindicatos, conselhos de empresa, empregados e empregadores, a solução de seus próprios conflitos.

Para isto há que valorizar, a todo custo, as comissões de conciliação prévia, criadas pela Lei 9958/00, atribuindo-lhe, não apenas a competência para conciliar, mas também a de arbitrar o conflito que, obrigatoriamente, deve passar por ela, antes do ingresso nas Varas trabalhistas.³¹

Caso as partes não se sintam satisfeitas com a decisão, há o inegável acesso ao Judiciário, na forma do art. 5º, XXXV, da CF. Porém este se fará apenas uma só vez e terá nas Varas trabalhistas seu ponto final. Seriam extintos os TRTs e o TST.

A própria Vara já funcionaria como um órgão recursal da atividade arbitral dos próprios interessados, cujo processo já teria sido julgado nas comissões prévias.

31 As recentes críticas às comissões prévias, movidas principalmente pelo presidente do TST e pela Anamatra – Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas, não tem a mínima razão de ser. Se certas comissões estão cobrando taxas ou atuando com ineficiência, cumpre corrigi-las e não extinguir o instituto, cujos efeitos benéficos já se fizeram notar no país, com o decréscimo do número de reclamações trabalhistas em 2001. É verdade que as comissões prévias constituem uma ameaça à Justiça do Trabalho, cuja atividade tenderá sempre a diminuir, à medida que as comissões cumpram o seu papel. Se isto de fato acontecer, cumpre à Justiça do Trabalho ampliar sua competência, como já vimos propondo há mais de 10 anos. Ver a propósito ÁLVARES DA SILVA, Antônio. *Questões polêmicas de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1993. Neste livro, propusemos a ampliação da Justiça do Trabalho para todas as questões de direito público ou privado que envolvessem o trabalho humano, dentro ou fora da relação empregatícia. Este é e continua sendo o único caminho viável de sua sobrevivência como jurisdição autônoma e federal. Uma vez que as relações individuais de trabalho estão em extinção, a Justiça do Trabalho perderá, em breve, seu objeto e necessariamente será também extinta ou drasticamente reduzida. Resta agora àqueles que falam em seu nome pensar com grandeza e discernimento, para prover sua transformação ou, em caso contrário, decretar a sua morte. Segundo José Pastore, entre 1999 a 2002, foram analisados 79.940 casos. Destes 76,50% foram conciliados e apenas 18.729 foram para o judiciário trabalhista. Estado de São Paulo de 21.05.02. O setor de construção civil de Porto Alegre conciliou 63,62% dos casos que lhe foram submetidos. Segundo dados publicados pela Gazeta Mercantil de 22.05.02, há no país 1042 comissões de conciliação, que já fizeram um milhão de acordos. Bastam estes dados para concluir que, se há algo de errado, deve-se corrigir o erro e não matar o todo, sob o pretexto de corrigir uma de suas partes.

O legislador poderá instituir ainda um recurso em matéria jurídica para câmaras de juízes do próprio primeiro grau, com o intuito de uniformizar a jurisprudência em âmbito local e a interpretação da lei.

Porém a execução do caso já seria definitiva a partir da decisão da Vara.

Os juroos seriam os do mercado, por exemplo, a média dos juroos do semestre, cobrados pela CEF ou Banco do Brasil para os cheques especiais.

Ao empregador e ao empregado que recorressem sem fundamento às Varas e com intuito protelatório, seria aplicada multa equivalente ao valor da reclamação.

Trata-se de medidas simples e objetivas, ao alcance de qualquer reforma. O único ponto que envolve matéria constitucional é a nova estrutura da Justiça do Trabalho, com a eliminação dos TRTs e do TST, bem como a obrigatoriedade da arbitragem pelas comissões prévias, antes do acesso ao Judiciário.

Trata-se, entretanto, de alterações simples que, por emenda, poderiam ser obtidas.

Note-se que a existência de um tribunal ou de tribunais é questão de política legislativa, que está na alçada exclusiva do legislador. Não constitui cláusula pétrea a estrutura atual do Judiciário brasileiro. Do mesmo modo que o STJ, por exemplo, foi criado pela Constituição de 88, pode também ser eliminado por emenda constitucional. O mesmo se afirma em relação aos demais.

Temos de nos compenetrar, neste tempo de mudanças, de que a sociedade precisa de soluções rápidas e imediatas, para que a vida econômica possa compor-se de instituições eficientes, ágeis, capazes de enfrentar as incertezas do mercado e permanecerem competitivas.

O conflito trabalhista acumulado arruína as empresas, criando um passivo que, com o tempo, se torna inadmissível. Para a pequena empresa, esta acumulação pode ser extremamente danosa.

Ao final da demanda trabalhista, que foi protelada por muitos anos, vem a execução. O pequeno empresário se vê privado de seu capital de giro, já que os comandos judiciais não podem esperar. Tem de pagar imediatamente.

O resultado é que se priva do suporte financeiro de sua atividade. Muitas vezes, não consegue quitar o total do débito trabalhista e ainda tem de fechar suas portas.

Para o empregado, o efeito deletério é ainda maior.

O crédito trabalhista é alimentar. Sua finalidade é satisfazer às necessidades diárias e inadiáveis do trabalhador. Conforme a definição que lhe dá o Dicionário Houaiss, alimentos são “meios, em natureza ou dinheiro, a que tem direito o alimentando e indispensáveis a seu sustento, entre eles habitação, vestuário, assistência médica e, sendo menor, educação e instrução.”³²

Alimentos são, em última análise, os meios de prover a subsistência do cidadão. Referem-se não apenas às necessidades fisiológicas da nutrição, mas também às

32 Versão 1.0. Dezembro de 2001.

necessidades culturalmente criadas: educação, escola, universidade, saúde, previdência social e tudo mais que melhore e aperfeiçoe as condições de vida.³³

O adiamento da satisfação destas necessidades mostra a falência do Estado, gera descrédito da sociedade em relação à autoridade constituída e priva o cidadão dos meios de subsistir, tanto físicos quanto culturais.

A longa duração do conflito trabalhista transforma-se assim num empecilho à cidadania e ao progresso material e cultural do país. Não tem, pois, sentido perpetuá-lo, através de uma burocracia desnecessária, inútil, cara e demorada.

Devolva-se às partes a solução de seus problemas, com o auxílio suplementar, não exclusivo, do Estado. Para este fim, a legitimidade dos interessados é uma realidade do mundo em que vivemos. Trata-se de uma valorização da cidadania.

O conflito trabalhista, que hoje se cultiva no Brasil por razões corporativistas, pode transformar-se num fator que impedirá o país de trilhar caminho da modernidade.

Ele serve apenas aos segmentos que o patrocinam: juízes, procuradores, advogados e servidores públicos. Nada traz para o empregado e para o empregador, que são os destinatários dos serviços da Justiça do Trabalho, porque é caro e demorado.

Através de uma burocracia inútil e cara, prolonga-se um conflito, que não tem razão de ser. Cria-se instabilidade nas empresas, avolumando um passivo trabalhista, que pode arruinar os micros, pequenos e médios empresários.

Por outro lado, serve de instrumento às grandes empresas para protelar o débito trabalhista e fazer um excelente negócio, pois pagam sete anos depois, o que tinham de pagar sete anos antes.³⁴

Portanto é hora de retornar aos trabalhadores e empregadores a cidadania funcional que lhes falta de resolver seus próprios conflitos, devolvendo às reclamações trabalhistas o elemento ético, que nelas hoje não existe mais. O empregado sempre pede mais do que tem direito e o empregador sempre paga menos do que deve. Ambos contam com o tempo na solução da controvérsia e com os azares da demora do processo.

Com a possibilidade de resolverem sozinhas seus conflitos, sem a intermediação do Estado, ou com esta intermediação realizada de modo suplementar e não princi-

33 Ver o art. 7º, IV, da CF, em que se enumeram os fatores que devam ser satisfeitos com o salário mínimo. Este dispositivo constitucional é um dos maiores exemplos de utopia legislativa que conhecemos.

34 Este é o tempo médio de duração de um processo trabalhista, quando percorre todas as instâncias. Hoje, este prazo pode estar ligeiramente diminuído, porque o TST está julgando o recurso de revista em “apenas” quatro anos. Porém, se somarmos o tempo da execução, é bem provável que o cálculo permaneça inalterado. Pouco muda a afirmativa de que a maioria dos processos trabalhistas não percorre todas as instâncias e termina em acordo na primeira. Aqui entra um outro problema. Estes acordos, feitos sem a instrução do processo, não constituem transação, mas prejuízo ao empregado, que acaba de fato renunciando a direitos, premido pela necessidade e pelo desemprego. Isto seria evitado se o processo passasse necessariamente por comissão de conciliação prévia, que faria acordos com muito mais segurança pois, antes de realizá-lo, poderia conferir as afirmativas das partes e instruir, ainda que superficialmente, os autos. Estando perto da prova e podendo colhê-la informalmente, a comissão em poucos dias chegaria bem próxima da verdade dos fatos.

pal, vão descobrir uma realidade bem diferente, que só lhes trarão economia de tempo e vantagens múltiplas.

Terão um procedimento rápido, barato e eficiente, dirigido por elas próprias, consentâneo e adequado aos seus interesses.

Ao empregado, porque satisfaz às necessidades do recebimento imediato do crédito alimentar. Ao empregador, porque serve à necessidade empresarial de rapidez e eficiência na solução de problemas, possibilitando uma atividade livre, competitiva, sem comprometimento do passivo e do capital de giro.

Ao Judiciário trabalhista, restará apenas uma atividade residual e complementar, resolvendo conflitos que não puderam ser solucionados nas comissões prévias. Também aqui devem ser resolvidos através de um procedimento rápido, sem formalidades e recursos desnecessários, que ponha de imediato termo à controvérsia.

Ninguém nega esta verdade como princípio nem a legitimidade que lhe é inerente.

É hora, pois, de colocá-la em prática.

A costumeira afirmativa de que o empregado não está preparado para este trabalho é contraditória e inaceitável. No instante em que escrevo este artigo, dia 28.10.02, acaba de ser anunciada a vitória de Luís Inácio Lula da Silva como presidente da república. Se um trabalhador brasileiro foi escolhido presidente, será que não tem capacidade de fazer parte de uma comissão de conciliação?

5 SOBREVIVÊNCIA OU EXTINÇÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO?

Neste contexto, cabe perguntar: sobreviverá ou se extinguirá a Justiça do Trabalho?

35 O dissídio coletivo, previsto no art. 114 da CF, é um instituto jurídico em extinção e já tem seus dias contados. Pela atual reforma constitucional, a Justiça do Trabalho só poderá ser acionada se ambos os sindicatos estiverem de acordo com a opção judicial. Agirá como autêntica comissão arbitral, escolhida voluntariamente pelas partes e decidirá também por equidade. Caso contrário, deverão os litigantes resolver, por meios próprios, o conflito coletivo. Esta medida já é sua semi-extinção. Se realmente efetivada, o legislador dará um grande passo em rumo à modernidade. Não existe país nenhum no mundo, em que as complexas questões ligadas ao Direito Coletivo do Trabalho sejam resolvidas por decisão judicial. Não se pode transferir para o Judiciário a solução de conflitos econômicos e sociais, que o próprio legislador não foi capaz de resolver. Para se fugir da responsabilidade, usa-se, no julgamento dos dissídios, uma dialética incoerente: quando o pedido importa num efetivo avanço ou conquista, os juízes dizem: “Indefiro, porque a medida importa em lei, ou em ônus para o empregador.” Ora, é claro que a necessidade de norma é evidente e as partes ali estão para que o Tribunal a produza. Se já houvesse a lei, não haveria necessidade da proposição do dissídio coletivo. Também não existe norma trabalhista sem ônus. É claro que a norma a ser criada trará encargos ao empregador. Mas só por isso se há de deixar de criá-la? O fato é que, nos dissídios coletivos, se criam apenas normas simples e vulgares, tais como toaletes nos fins de linhas de ônibus, alguma vantagem *in natura* para o trabalhador rural. Quando o pedido é de uma norma que importe em efetiva mudança das relações de trabalho (por exemplo, proteção contra a dispensa), os juízes fogem de sua responsabilidade. Então, para que manter o instituto que, em razão da própria jurisprudência trabalhista, se tornou inútil e inoperante?

A jurisdição trabalhista brasileira ocupa-se basicamente do dissídio individual do trabalho.³⁵

Este conflito está em extinção, por dois motivos principais: o desemprego e as soluções alternativas, a quem vem sendo submetido nos últimos tempos. Não há possibilidade de salvar a sociedade atual do desemprego. O que se pode fazer é recriar novas formas de prestação de trabalho. Como salienta Domenico de Masi:

“As possíveis intervenções no âmbito do sistema trabalhista foram todas experimentadas: a entrada de novos trabalhadores no mercado de trabalho foi adiada aumentando-se a escolarização; o desligamento do trabalho foi antecipado por meio das pré-aposentadorias; foram tentadas formas mais flexíveis de horário; as contratações tornaram-se isentas de impostos; foram dados incentivos, indenização ao empregado, vários tipos de curso de capacitação para o trabalho e ajuda à *job creation*; foram asseguradas formas de rendas mínimas. Tudo isso provou ser inadequado para conter a redução de pessoal, necessária diante da corrida internacional rumo à eficiência máxima.”³⁶

Diante destas explícitas palavras de um dos mais autorizados filósofos do trabalho contemporâneo, não precisamos descer em maiores considerações sobre o desemprego. Trata-se de mal que começou, de modo decisivo, no fim do século passado, agravou-se a partir dos anos 80 e não sabemos se este século será capaz de resolvê-lo. O que se pode afirmar, com toda certeza, é que o emprego formal está em extinção.

O conhecido sociólogo alemão Ulrich Becker, professor do Instituto de Sociologia da Universidade de Munique e da London School of Economics lembra que “Na Alemanha, um terço da força de trabalho tem empregos frágeis; nos Estados Unidos e no Reino Unido já são a metade.”³⁷

Esta fragilização consiste exatamente na extinção do emprego fixo, substituído por formas instáveis de vinculação do trabalhador à empresa. Mesmo o trabalho estável, submetido a um número cada vez menor de trabalhadores, hoje se presta de maneira cada vez mais independente. Objetiva-se muito mais a um trabalho de resultado, do que a um trabalho controlado. O empregador quer ver e medir o que é feito e não o processo pelo qual se faz:

“Allí donde la organización en red tiende a sustituir a la organización piramidal, el poder se ejerce de forma diferente: mediante una valorización de los productos del trabajo y no mediante órdenes sobre su contenido. De esta forma los trabajadores están más sometidos a obligaciones de resultados que a obligaciones de medios.”³⁸

36 MASI, Domenico. *Desenvolvimento sem trabalho*. São Paulo: Esfera, 1999, p. 84.

37 Folha de São Paulo de 27.10.02, caderno A, p. 13.

38 SUPIOT, Alain. *Trabajo y empleo. Transformaciones Del trabajo y futuro Del Derecho del Trabajo en Europa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 46.

O que era estável fragilizou-se e o que era fixo flexibilizou-se. As relações individuais de trabalho tomaram um novo mundo que transcende o trabalho subordinado, superando, portanto, o mundo do Direito do Trabalho tal como foi concebido depois da Revolução Industrial. Esta estrutura durou até o fim dos anos setenta, quando deu as primeiras demonstrações explícitas de cansaço e desgaste. Daí para a frente, seguiu-se um processo de desregulação e desmonte, a que hoje presenciamos.

Ora, se a jurisdição do trabalho brasileira se baseia no conflito individual de trabalho e se a relação individual do trabalho está em extinção, a conclusão não pode ser outra: a Justiça do Trabalho está perdendo seu objeto e também se extinguirá, caso não o renove.

Ela já é residual por causa do fim do emprego subordinado e não tem sentido manter uma estrutura gigantesca, para resolver conflitos de uma relação jurídica em extinção.

Há quase dez anos, já prevíamos o fenômeno e fizéramos proposta para aumento da competência da jurisdição de trabalho, a fim de trazer para os tribunais do trabalho os conflitos sobre Direito Público trabalhista, tais como aplicação de multa trabalhista, quando a condenação fosse também uma violação de ordem administrativa, competência para os crimes contra a administração do trabalho, bem como ação civil pública.³⁹

Este é o caminho correto para a sobrevivência da Justiça do Trabalho. A grande estrutura, que hoje se esvazia com a morte do conflito individual de trabalho, precisa ser preenchida com outros elementos históricos.

O Direito do Trabalho fordista era excludente e limitado. Concentrava-se num modelo único de trabalho – o subordinado. O emprego era fixo, constante e protegido. Quase todo mundo trabalhava. O salário era razoável e normalmente digno. O próprio trabalhador era consumista.⁴⁰

Hoje, com a “fragilização” deste paradigma, seu núcleo constitutivo rompeu-se e a prestação de trabalho ampliou-se num novo leque, fazendo com que o deixasse de ser o Direito dos trabalhadores e empregadores, para se transformar num universo bem maior: o direito comum de toda e qualquer relação de trabalho.⁴¹

39 ÁLVARES DA SILVA, Antônio. *Questões polêmicas de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1992. Neste livro, escrito há quase 10 anos, já fazíamos explicitamente sugestões para o aumento da competência da Justiça do Trabalho. As razões ali expendidas são as mesmas que hoje se apresentam para esta ampliação. A indiferença dos juízes do trabalho e a visão conservadora do TST mantiveram o *status quo*. Agora, com as ameaças de extinção da jurisdição do trabalho, presenciamos o renascimento da idéia.

40 ÁLVARES DA SILVA, Antônio. *Flexibilização das relações de trabalho*, cit., p. 127. Na segunda parte do livro, que tem por título “Formas atípicas de relação de trabalho”, o leitor encontrará detalhes sobre estes novos modelos de prestação de trabalho.

41 SUPIOT, Alain. Op. cit., p. 50.

Ou a Justiça do Trabalho se transforma para acolher estas novas formas de relação de trabalho, que hoje ninguém nega já fazer parte definitiva do Direito do Trabalho moderno, ou de fato se extinguirá.

Esta ampliação de competência não será uma mudança fácil e é preciso inteligência e habilidade para conduzi-la. Não se pode simplesmente pretendê-la do legislador e achar que tudo está resolvido. Ela deveria ter sido realizada paulatinamente através do tempo, com ajustes parciais, de acordo com a evolução histórica que, como todos sabem, não dá saltos (*non facit per saltum*).

Não foi esta a visão, entretanto, a visão que se teve do Direito do Trabalho brasileiro. Apostou-se na permanência de uma realidade que já começara a morrer. Agora, diante da alternativa “crescer ou morrer”, pretendemos fazer tudo de afogadilho.

Vamos, na certa, enfrentar muitos problemas. O primeiro deles será novamente o da fusão com a Justiça Federal ou Comum. O argumento é que, julgando todas as questões inerente ao trabalho, inclusive a previdenciária, a jurisdição do trabalho ficará de tal forma ampliada, que não será mais uma “justiça especializada” mas sim uma “justiça comum”, igual a qualquer outra. Então, por que mantê-la em separado, como se especializada fosse?

A situação exige estratégia e inteligência. Não se resolve com frases nem discursos ou discussões fechadas.

Há um primeiro passo preliminar que deve ser dado. Embora em extinção, o conflito individual ainda abarrota os tribunais do trabalho. Se a ele somarmos a plethora de processos que inapelavelmente virá com a nova competência, levaremos com toda certeza a Justiça do Trabalho ao caos absoluto. Então, a reforma será a sua destruição.

Portanto é preciso eliminar da jurisdição o conflito individual de trabalho ou, pelo menos, limitar sua composição judicial. Isto só se fará com meios alternativos de sua de conflito. Já temos o modelo das comissões prévias de conciliação. Resta aperfeiçoá-las e não hostilizá-las, como vem fazendo uma certa ala da doutrina nacional.

O conflito individual, por ser um simples acerto de contas de empregado dispensado, pode submeter-se a modos informais e seguros de composição, aos quais se atribuirá, como já foi dito, a competência não só de fazer acordo, mas também de arbitrar a controvérsia. Se houver erros, a Vara corrigirá, funcionando como natural segunda instância deste órgão informal.

Basta que se façam alguns ajustes na jurisprudência, havendo apenas eventualmente necessidade de lei, para que as comissões funcionem a contento.

É preciso que o conflito trabalhista se prove documentalmente e isto já está na lei. As cinco parcelas que compõem o cotidiano da reclamação trabalhista sujeitam-se à prova documental, excluindo-se, por isto mesmo, a testemunhal- art.400, II, do CPC.

Aviso prévio, férias e 13º integrais, sendo espécie salarial, se provam por documentos.

Horas extras, *idem*, na forma do art. 74, § 2º, da CLT, independentemente do número de empregados. O legislador corrigiria a exigência de controle apenas para os estabelecimentos com mais de dez empregados. A súmula 338, que é autêntica lei sobre prova, criando presunções que não estão na lei, complicou definitivamente a interpretação do art. 74, § 2º. Deve ser imediatamente eliminada para que a lei reine sem suas limitações.

O FGTS se prova pela efetivação dos depósitos, o que importa também em prova documental. Um canal direto de comunicação das comissões com a CEF esclareceria esta questão até mesmo por telefone, como hoje se faz com a penhora on line junto ao Banco Central.

Restaria, como matéria de fato, apenas a existência ou não de justa causa, quando alegada como motivo para a rescisão do contrato de trabalho.

Ora, esta prova, quando feita pela comissão prévia, próxima do local de trabalho, logo depois da verificação dos fatos, é muito mais eficaz do que a apuração em audiência trabalhista.

Os fatos já se distanciaram no tempo. A memória das testemunhas já se esmaeceu. A dificuldade probatória do empregado é imensa, pois terá de procurar ex-empregados da empresa onde trabalhou para depor, pois os que lá se encontram jamais falam contra o empregador, com receio de perder o emprego.

Estes fatos são do conhecimento de todos os que, como advogados ou juizes, militam quotidianamente na Justiça do Trabalho.

Portanto a atividade da comissão se restringirá, na grande maioria dos casos, à prova da justa causa alegada. Será que os representantes dos trabalhadores não sabem perguntar a uma testemunha o que aconteceu na empresa por ocasião da dispensa do reclamante?

Além do mais, poderão tomar a iniciativa da prova, quando a situação for dúbia, deslocando-se ao local de trabalho e esclarecendo a verdade. Não se pode admitir que os representantes de empregados não sejam capazes de tão elementares tarefas.

Os novos conflitos provenientes da ampliação da competência devem ter um processo simples, objetivo e sancionatório a quem perder. Não podemos aumentar a Justiça do Trabalho e, ao mesmo tempo, transformá-la em novo foco de demandismo estéril e inútil, que serve apenas aos interesses dos que patrocinam estes conflitos e não aos seus autores, que serão necessariamente, direta ou indiretamente, um trabalhador ou um empregador.

Quem perde uma demanda social deve ser multado, porque protela o recebimento de um crédito alimentar ou dificulta a solução de um problema, que necessariamente tem um alto conteúdo de interesse público.

Temos que retirar da demanda trabalhista o interesse econômico de sua protelação, que a transformou num excelente negócio para o empregador. É urgente que todos sintam que demandar não será mais um bom negócio na Justiça do Trabalho.

Se confirmada a sentença de primeiro grau, o recurso deve ser considerado prolatório e pesadas multas incidirão. É preciso reinstaurar a ética nos conflitos de trabalho, tanto do lado do empregado, que freqüentemente pede muito mais do que tem direito, quanto do empregador, que sempre quer pagar menos do que deve. Ambos devem sofrer drásticas conseqüências pelas falácias que dizem.

Para alavancar esta mudança, há um elemento principal, que deverá figurar em seu centro- o juiz de primeiro grau. É ele o verdadeiro magistrado trabalhista. Todos os demais giram em torno de sua atividade fundamental.

As Varas, como todos os órgãos de primeira instância, são a porta da Justiça para o povo. Os órgãos recursais são entidades formais, que julgam o conflito já transformado definitivamente em papel, e que nada mais podem fazer, a não ser optar por uma um sistema binário fatal: reformar ou manter.⁴²

Como em toda a Justiça brasileira, as decisões de primeiro são confirmadas em segundo. As estatísticas confirmam o fato. Basta conferir as pautas de publicação de acórdãos dos TRTs de todo o Brasil. O número de sentenças mantidas ou mantidas em parte⁴³ é quase absoluto.

No gabinete do autor deste artigo, no TRT da 3ª Região, o índice de manutenção chega a quase 100%.

Quando há reforma total, trata-se de questão jurídica em que se pensa diferentemente do juiz de primeiro grau. Raramente há reforma total em virtude de nova interpretação dos fatos em si mesmos. Neste caso, predomina a sentença de primeiro grau que, rente à realidade, colheu pessoalmente a prova e firmou convicção acertada.

Finalmente, um outro dado estatístico impressiona. Segundo o BNDPJ- Banco de Dados do Poder Judiciário, acessível no site do STF, o número de reclamações trabalhistas autuadas na primeira instância – Varas Trabalhistas – foi de 1.742,571. Nos TRTs, 415,574. No TST, 114,615.

Vê-se, por esta seqüência, que os números decrescem radicalmente, à medida que se sobe na escala das instâncias. Qual a conclusão? Não pode ser outra: o verdadeiro juiz trabalhista é o de primeiro grau. Com ele está a grande responsabilidade de compor o conflito e julgá-lo pela primeira vez. E a ele se atribui esta grande virtude: as sentenças são, em sua grande maioria, mantidas.

42 Infelizmente, o sistema brasileiro recursal é apenas uma “meia segunda instância”, porque não tem mais poderes instrutórios. Não pode ouvir testemunhas, requerer novas providências nem determinar novas provas. Apenas confere o que se julgou. Bem diferente é o sistema alemão. Já que a segunda instância é de fato e de direito, o tribunal pode reinstruir o processo, se achar necessário. Abre-se, com esta medida, uma melhor possibilidade de fazer justiça ao juiz de segundo grau: Entre nós, entretanto, a perspectiva é falsa: endeusamos os recursos, mas não damos à segunda instância a possibilidade de fazer justiça de modo efetivo e real.

43 Quando a modificação é parcial, refere-se a detalhes. O essencial é mantido.

Então, por que não se organizar a Justiça do Trabalho segundo o modelo dos juizados especiais, segundo o que já existe na Justiça Comum e Federal, onde o juiz de primeiro grau exerce o papel principal?

Haveria as Varas e recurso a câmaras de juízes do próprio primeiro grau. Como as comissões prévias teriam também a competência para arbitrar, as Varas já funcionariam como órgãos de segunda instância e as câmaras recursais, como órgãos de terceira.

Das Varas para as Câmaras Recursais haveria recurso apenas em matéria de direito, o que não obstaría a execução definitiva da sentença.

O que propomos não é, portanto, uma utopia, pois os meios já se encontram em lei que faz parte do ordenamento jurídico nacional. O que falta é a coragem para enfrentar o problema e resolvê-lo segundo os interesses do povo e não dos corporativismos que impedem sua solução.

Nos lugares onde não for possível ou inconveniente criar comissões prévias, a Justiça do Trabalho treinaria servidores com esta competência. Funcionariam como uma espécie de Vara móvel, com poderes para fazer acordo e arbitrar as controvérsias, em locais distantes da sede da Vara ou de difícil acesso. Poderia haver recurso para a Vara. Se o arbitramento ou o acordo transitassem em julgado, seriam considerados títulos executivos.

Teríamos assim uma justiça acessível, informal, rápida e barata, na qual se valorizaria quem merece de fato ser valorizado- o juiz de primeiro grau e sua assessoria.

Por que não se concentrarem esforços para esta reforma fundamental? Quais os argumentos racionais que se podem levantar contra ela?

Se, entretanto, a opção for manter a atual estrutura envelhecida, ela precisa naturalmente de uma profunda reforma. Como está, não subsistirá às justas reivindicações para transformá-la. Quais as linhas mestras da reforma? São igualmente simples, desde que haja mais coragem e menos corporativismo para empreendê-las:

a) as decisões de Vara em procedimento sumaríssimo devem ser definitivas. Para isto, basta que o Congresso rejeite o veto do Presidente da República à lei 9957, que propunha nova redação ao artigo 895, § 1º, da CLT, pelo qual, nas reclamações sujeitas ao procedimento sumaríssimo, o recurso ordinário somente será cabível por violação literal da lei, contrariedade a súmula de jurisprudência uniforme do TST ou violação direta da CR, não se admitindo recurso adesivo.

b) As decisões dos TRTs seriam definitivas e se executariam imediatamente. A interposição de recurso de revista, por se tratar de recurso especial, se destinaria apenas a unificar a jurisprudência. Mas não impediria a prestação jurisdicional definitiva. A unificação que fosse feita valeria como súmula vinculante.⁴⁴

44 Sobre súmula vinculante e sua instituição no direito brasileiro, ver ÁLVARES DA SILVA, Antônio. *O novo recurso de revista na Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1999, p. 153-185. A este livro, em que rebatemos um a um os argumentos contrários às súmulas vinculantes, remetemos o leitor interessado. Não é possível neste curto espaço repeti-los.

DOCTRINA

É preciso deixar claro que o TST não pode mais continuar fazendo de seu gigantismo a razão de ser de sua existência. Numa jurisdição social, que deve ser rápida, informal, barata e eficiente, não tem sentido o julgamento de um recurso de revista durar cerca de quatro anos, com as partes sofrendo pela privação do crédito alimentar.

Não se pode fazer uma reforma de fundo, mantendo-se esta estrutura tão arcaica e superada.

É uma grande hipocrisia atribuir à Justiça do Trabalho a defesa dos humildes e dos pobres, enquanto a solução de uma reclamação trabalhista pode durar até sete anos.

A afirmativa de que a maioria dos casos não se submete a tão aviltante demora não convence. Se é verdade que cinquenta por cento das reclamações se resolvem por acordo em todo o território nacional, bem sabemos como se fazem tais acordos.

Sob o pretexto de um litígio, avaliado apenas em função da inicial e da contestação, baseado em fatos ainda não provados, porque a prova não foi produzida, fazem-se acordos que, no fundo, são renúncias de direito trabalhista por parte do empregado.

Premido pela necessidade, cede, sob argumentos nem sempre eticamente recomendáveis, tais como a duração da demanda, a incerteza de seus direitos, a dúvida na jurisprudência. Estes argumentos só têm sentido com a prova produzida e os fatos devidamente esclarecidos.

Por isso, os acordos perante órgãos extrajudiciais de conciliação são muito mais autênticos, ao contrário do que comumente se propala. Não são efetivados sob a premissa do tempo, entre audiências marcadas de cinco em cinco minutos, como acontece normalmente nas pautas trabalhistas, sem a colheita da prova e, muitas vezes, até mesmo sem a leitura da inicial e da defesa.⁴⁵

Nas comissões, há tempo suficiente e, em caso de dúvida, não impede que o fato seja esclarecido com providências tomadas pelos conciliadores. Pode-se mesmo realizar uma prévia instrução, para que se meça de fato o teor da controvérsia e se faça um acordo em bases justas e reais.

Para que tais acordos sejam uma realidade, é necessário que os sindicatos assumam o dever que a Constituição lhes outorgou de defender os interesses individuais e coletivos da categoria.

Se não estão aptos, que se aperfeiçoem e se preparem para a missão constitucional que possuem. Se são inaptos, devem pagar historicamente pelo erro e aprender com ele.

45 Não se critica o juiz por este fato, já que se trata de uma contingência que ele não se pode evitar, em razão do acúmulo de serviço. A crítica se dirige ao sistema, que, por isso mesmo, queremos ver imediatamente transformado. O importante não é maldizer o acordo, mas apontar meios alternativos de sua melhor realização.

Já é hora de acabarmos com esta hipocrisia de desacreditar os sindicatos e, pessoalmente, os trabalhadores como instituições e cidadãos incapazes e atribuir ao Judiciário trabalhista a sua proteção.

Sabemos que esta proteção pelo Estado também não existe. Se fosse uma realidade, não se estaria pleiteando uma reforma profunda na Justiça do Trabalho para corrigir seus erros e melhorar sua atuação.

Basta dizer que o tempo de duração de um recurso de revista é de quatro anos. Mesmo em tribunais como o de Minas Gerais, em que o tempo de julgamento em segunda instância é de menos de 90 dias, desde a distribuição até a publicação do acórdão, esta rapidez não é absoluta, porque se trata de processo de conhecimento. Ainda não se somou o tempo da execução.

Segundo pesquisa que realizamos em processos sujeitos a agravo de petição, na quarta turma do TRT da 3ª Região, o tempo de duração do processo, por ocasião do julgamento, é em média de dois anos.

Mesmo em tribunais ágeis como o da 3ª Região, a duração é, no mínimo, de dois anos, somando-se ao processo de conhecimento o prazo da execução.

Esta demonstração numérica mostra que, se os sindicatos não capazes de defender os interesses de seus representados, muito menos o é também o Estado pelo braço do Judiciário.

Portanto, aos sindicatos cabe assumir sem demora o papel histórico que lhes é reservado – defender os interesses da categoria, quer no plano individual, quer no plano coletivo. Não se admite mais que transfiram para o Estado um encargo que lhes pertence, mandando para o contribuinte o pesado ônus de uma conta imensa que, em 2002, chegou a três bilhões e quinhentos milhões de reais, para custear os encargos da Justiça do Trabalho.

Esta contradição é insuportável: gasta-se uma soma tão grande com o conflito trabalhista, em vez de consumi-la com os atores do conflito, ou seja, o empregado e o empregador. Com esta soma imensa de dinheiro público, poder-se-ia melhorar as condições de vida do trabalhador em muitos de seus aspectos essenciais, bem como gerar milhares de empregos, financiando, por exemplo, a criação de micro, pequenas e médias empresas.

Basta considerar o seguinte. De acordo com o Sebrae de Minas Gerais, precisa-se de um capital de vinte mil reais para se criar uma micro ou pequena empresa (MPE), que empregam em média três trabalhadores. Dividindo-se três bilhões e quinhentos milhões (valor orçamentário de custeio da Justiça do Trabalho) por vinte mil (capital necessário à criação de MPE), poderíamos criar cento e setenta e cinco mil MPEs.

Multiplicando-se este resultado por três (número de trabalhadores que empregam em média), poderíamos gerar quinhentos e vinte e cinco mil empregos.

Nas promessas de campanha presidencial, foram prometidos até oito milhões de empregos. Como somos realistas e lidamos com a precisão do raciocínio científico e

não com demagogias eleitorais, não sabemos se é possível concretizar a promessa. Porém está aí uma receita segura para mais quinhentos e vinte e cinco mil empregos.

Como, naturalmente, não haverá extinção mas redução da Justiça do Trabalho, não temos dúvida de que o modelo ora proposto reduzirá os custos em pelo menos dois terços. Logo uma grande fatia da verba, hoje consumida com a controvérsia trabalhista, ainda poderá ser empregada em proveito dos empregados, empregadores e da própria sociedade.

Se existem meios mais simples e melhores para solução do conflito trabalhista, por que empregar outros mais caros, demorados e que não correspondem mais aos anseios de mudança e modernidade, que se exigem de todas as instituições, no mundo globalizado em que vivemos?

É incoerente e absurdo falar em mais duzentas ou trezentas Varas. Não há necessidade de mais nenhuma. Em vez do empenho que presenciamos neste sentido, por que não envidar esforços para que o Congresso rejeite o veto do Presidente da República à nova redação do art. 895, § 1º, da CLT?

Reduziríamos de um só golpe para dois meses a duração de metade das reclamações trabalhistas, desafogando os TRTs e, mais ainda, o TST. Esta medida, seguida de outras, de natureza processual e sancionatórias, resolveria definitivamente o problema da Justiça do Trabalho e poria termo ao demandismo inútil e caro em que se deturpou.

O fato é que a estrutura atual não se manterá do modo em que se encontra. Se a falta de visão ou o corporativismo insistir, a Justiça do Trabalho poderá de fato extinguir-se pois a resistência reestimulará as propostas já existentes neste sentido.

Temos, pois, que modernizá-la, para que possa continuar prestando ao país os relevantes serviços que sempre prestou.

Devemos chamar a nosso favor a força das tendências modernas e, com base nelas, promover as reformas. A História pode mais do que a vontade de pessoas ou grupos e desconhece aqueles que querem segurar seu curso na direção do futuro.

LEGITIMIDADE COMO CONFLITO CONCRETO DO DIREITO POSITIVO

Friedrich Müller^{*}

APRESENTAÇÃO

Menelick de Carvalho Netto^{**}

Com a expansão mundial do constitucionalismo verificada após a Segunda Guerra Mundial, grandes doutrinadores do Direito Constitucional, como, por exemplo, Biscaretti di Ruffia e Karl Loewenstein, sentiram a necessidade de criar categorias analíticas específicas para a classificação e a compreensão das “Constituições de Terceiro Mundo” (para usar a expressão de Biscaretti) e a sua condição “nominal” (na terminologia de Loewenstein). Para Biscaretti, seria preciso destacar como um ciclo próprio, na segunda grande fase do constitucionalismo, a do constitucionalismo social, as Constituições desses países que, na vida cotidiana de suas populações, encontravam-se muito apartados das tradições européias e norte-americanas que deram origem a esse fenômeno tipicamente ocidental e que agora se tornava universal, elevado a índice de civilidade, condição para o ingresso desses novos atores internacionais que emergem dessa última onda de descolonização no concerto das “nações civilizadas”.

É claro que a população de países como esses, tendo vivido por milênios e ainda vivendo em condições tribais ou de estratificação em rígidas castas, não assimilaria facilmente a cultura constitucional de uma sociedade de indivíduos autônomos, livres e iguais que pactuam as normas estruturantes da base de sua vida em comum pela simples adoção de uma Constituição em que isso fosse afirmado e o poder e o seu exercício racionalmente organizados e controlados.

A semelhança quase que absoluta dos textos constitucionais encobriria, na verdade, vivências muito distintas. Estudar as Constituições agora requeria reconstruir o texto tal como construído em seu contexto próprio. Foi assim que Karl Loewenstein propôs a sua metodologia “ontológica” para o estudo das Constituições escritas. E nessa metodologia, mediante o cotejo do texto com a realidade vivenciada, do “ideal” com o “real”, poder-se-ia chegar à classificação da Constituição como “nominal”, aquele tipo de Constituição que, embora acolhesse de fato as aspirações de justiça daquela comunidade, portadora assim de legitimidade, não seria capaz, no entanto, de reger as relações por ela reguladas, dada a dura realidade econômica e social muito distante da sonhada por todos, carecendo assim de efetividade.

* Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade de Heidelberg, Alemanha.

** Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFMG.

Por outro lado, Oliveira Vianna já qualificara a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, de “idealista”. Para ele, seria preciso recuperarmos a nossa própria Constituição, a oriunda de uma tradição escravocrata, estamental e, também em termos políticos, organicamente centralizada na figura do Imperador.

Tradicionalmente, no Brasil e alhures, sempre se buscou explicar o que se via como distanciamento entre a prática e o texto constitucional, bem como a conseqüente desestima constitucional daí decorrente, pela oposição “real” x “ideal.” Oposição, ou melhor, categorias analíticas simples e opostas que, na verdade, serviam não apenas para descrever, mas, na verdade, para justificar a distância, o hiato, que era objeto, no mais das vezes, não somente do desejo de explicar, mas, sobretudo, de explicar para remediar, para que essa distância, esse hiato, pudesse ser suprimido no sentido de se garantir curso à normativa do texto contra a normativa da denominada “cruel realidade.”

Ora, como demonstrado por Niklas Luhmann e desenvolvido em várias análises de Raffaele de Giorgi, essas explicações antropológicas terminam por ser vítimas de sua própria armadilha conceitual, pois, ao buscarem descrever isso que visualizam como um hiato, terminam por justificá-lo a título de o descreverem. São explicações intrinsecamente incapazes de oferecer qualquer saída para o problema que tematizam, a não ser a sua própria justificação e eternização. Tomam a “idealidade” como algo oposto e oponível à “realidade”, como se qualquer “ideal” não estivesse profundamente mergulhado na “realidade social” em que surge e sobre a qual visa influir, e como se pudéssemos ter acesso a uma objetividade, que a atual filosofia da ciência certamente reconheceria como mítica, retratada em uma normativa absolutizada como o “real”. Padrões de comportamento social são assim elevados à condição de “realidade objetiva”, e desse modo, como resultado, passam a ser inquestionáveis não somente em sua suposta concretude comportamental majoritária, mas generalizados e absolutizados como o “real”. Esses padrões de comportamento terminam, portanto, imunizados teoricamente contra os padrões socialmente concorrentes, desqualificados como “meras idealidades”. O tratamento constitucionalmente adequado dessa problemática requer certamente a sua recolocação em termos teóricos mais complexos, capazes de dar conta da complexidade do próprio tema.

O problema da dissintonia ou dissonância constitucional é, indubitavelmente, um dos mais graves que enfrentamos na implementação de um Estado Democrático de Direito entre nós. A recolocação constitucionalmente adequada e frutífera desse problema é um dos objetivos de Friedrich Müller nesta conferência que ora publicamos.

Friedrich Müller não é apenas um dos mais ilustres *former professors* da Universidade de Heidelberg, Alemanha. Ele é, certamente, graças ao reconhecimento que a sua obra lhe assegurou, um dos maiores constitucionalistas daquele país de luminares da teoria e do Direito constitucionais. A sua doutrina ou teoria estruturante do Direito (*Strukturierende Rechtslehre*) busca precisamente superar as dicotomias simplificadoras da modernidade, superando-as mediante a consideração de quatro perspectivas básicas que se apóiam e se constituem reciprocamente, como salienta Olivier Jouanjan, o mestre da Universidade Robert Schuman, Estrasburgo III.

Essa doutrina é um conceito complexo pois envolve as dimensões da dogmática, da metodologia, da teoria da norma jurídica e da teoria da Constituição, relacionando-as e articulando-as entre si. Essas quatro perspectivas de trabalho designam igualmente os terrenos materiais de operação da teoria estruturante do Direito. O processo metodológico estruturante nasce da constatação da inadequação das representações tradicionais, inclusive da norma jurídica, como em Hans Kelsen, por exemplo, em face das exigências práticas que os princípios do Estado Democrático de Direito impõem ao trabalho com as normas.

A dicotomia “norma” x “fato” conduziu ao reconhecimento de um decisionismo absoluto no que toca à aplicação dos textos jurídicos. A autoridade faria, ela própria, o Direito ao aplicá-lo, sem qualquer limite. É a partir desse estado de coisas que a reflexão de Müller vem retematizar a segurança e a certeza do Direito como garantias de cidadania em um Estado Democrático de Direito. Em breve poderemos ter o acesso a essa magnífica obra extremamente facilitado pelo programa de tradução da Editora Max Limonad, que, com o imprescindível trabalho do tradutor Peter Nauman, vem agora trazendo a lume em nossa língua as obras estruturantes dessa perspectiva constitucional complexa de quatro vieses que se imbricam.

A questão da legitimidade, vista como um conflito concreto de Direito positivo, requer uma teoria metodológica dos modos de se colocar o Direito em operação, ou seja, uma teoria da normatividade tomada, a um só tempo, como determinação concreta e como ordem concretamente determinada. Esse tipo de análise constitucional que leva em conta a natureza discursiva do Direito Constitucional pode ser comprovado no livro, escrito a propósito de discussões acerca da soberania popular no Brasil, “Quem é o povo”, bem como na conferência aqui publicada. Nesta, “legalidade” não é mais somente “a observância correta das formas e dos trâmites prescritos, mas um conceito enfático, não apenas um incômodo exercício de um dever “formal”, mas expressão da *materialidade do ordenamento constitucional*. Mesmo “meras” formas e “meros” trâmites têm o seu fundamento mais profundo nos objetivos e nas funções materiais [inhaltlichen Zielen] do ordenamento jurídico e da Constituição.” São essas próprias formas e trâmites condições discursivas inafastáveis da democracia. O conceito de legitimidade penetra assim na própria legalidade, desnudando o aparente paradoxo segundo o qual, na modernidade, a legalidade pode funcionar como uma possível fonte de legitimidade. A legitimidade, por sua vez, é aqui inteiramente redefinida, ela agora “qualifica a ação formalmente legal *de um modo adicional*, ou seja, denota que (a) ela é compatível com as regulamentações centrais do direito positivo (com os textos das normas) da Constituição (com a forma de Estado, com os objetivos do Estado, com as garantias dos direitos fundamentais, com o sistema do Estado de Direito); e que (b) ela permite continuar a discussão aberta e sem restrições por parte do Estado da questão de sua legitimidade ou ilegitimidade, ainda que a decisão formal (ato administrativo, texto legal, sentença judicial – no caso em epígrafe: a alteração da Constituição) já tenha sido tomada.” Em outros termos, legitimidade remete agora para as condições a um só tempo formais e materiais de funcionamento democrático das próprias instituições, das arenas de formação de opinião e vontade públicas, remete à idéia de soberania

popular tomada como o fluxo da própria discussão democrática. Esse conceito de legitimidade, por sua vez, já pressupõe o de “constitucionalidade”, tomado em um sentido mais restrito do que o da simples conformidade com a Constituição. Aqui ele “significa que um Estado só existe enquanto Estado constitucional, ou seja, define-se juridicamente conforme a sua Constituição.” Em outros termos, a Constituição há de sempre ser tomada como normativa e não mais pode ser vista e estrategicamente empregada simbólica ou nominalmente. Essa tríade de conceitos que se imbricam e se pressupõem – legalidade, legitimidade e constitucionalidade – encontra seu ponto fulcral e, em um Estado Democrático de Direito, sua nota essencialmente distintiva na legitimidade democrática, pois legalidade e constitucionalidade podem ser semântica e autoritariamente colonizadas.

Podemos ver agora como o mestre de Heidelberg emprega essas novas categorias analíticas de modo a apreender a tensão sempre constitutiva do empreendimento democrático não populista ao examinar a aprovação da Emenda nº 16, que autorizou a possibilidade de recandidatura do Presidente, e como essa aparente conquista das forças vinculadas às nossas mais autoritárias tradições pode ser vista como um passo à frente na consolidação do regime democrático dentre nós. A democracia é constituída de fugazes momentos e não é uma condição permanente e inabalável. Não há regime político no mundo que seja inteira e absolutamente democrático ou ditatorial todo o tempo, nem Constituição que seja absolutamente eficaz no sentido anterior. O importante é sabermos que somos homens e não deuses e, com todas as nossas imperfeições, bem como com as das coisas que criamos, vivermos o máximo possível dos momentos democráticos que alcançamos realizar.

UMA COMPARAÇÃO ATUAL ENTRE AS CONSTITUIÇÕES ALEMÃ E BRASILEIRA

1 Sobre conceitos e modelos de legitimação

“Por “legitimidade”, os juristas compreendem quase sempre uma “correção” [“Richtigkeit”] do direito, que deve provir de “valores suprapositivos”, e.g. da assim chamada idéia do direito. Com isso, a legitimidade deve distinguir-se da “mera” legalidade enquanto conformidade à lei – menos exigente e própria do direito positivo. Penso de modo diverso: todavia não quero oferecer uma resposta por meio de uma “definição” *a contrario sensu*, mas sim elaborar essa posição por via indutiva no curso das reflexões que se seguem.

A locução “direito eleitoral” freqüentemente é utilizada como conceito de hierarquia mais elevada [Oberbegriff]: tal ramo do direito se ocupa de todos aqueles votos depositados nas urnas pelos cidadãos ativos em uma democracia.

Em contrapartida, a Lei Fundamental alemã (GG – *Grundgesetz* – art. 20, § 1, frase 2) distingue de forma interessante entre “eleições” [“Wahlen”] e “votações” [“Abstimmungen”]. Não se trata de nenhum jogo de sinônimos. “Eleições” são somente aquelas nas quais pessoas são eleitas e enviadas a assembléias decisórias, nas quais

deverão decidir sobre questões materiais, “representando” o povo (de eleitores) – assim, por exemplo, eleições para o parlamento federal, para os parlamentos estaduais, para as entidades representativas municipais. Já em “votações” o conjunto dos cidadãos ativos decide diretamente uma questão material segundo a Lei Fundamental, mas somente em matéria de reordenamento do território da federação (GG, arts. 29, 118). Nessa medida, as duas expressões – “eleições/votações” – não são apenas palavras, mas conceitos; assinalam nada menos do que a distância entre a democracia direta e a democracia indireta, entre a democracia participativa, que recorre a plebiscitos e referendos [plebiszitärer Demokratie], e a democracia representativa.

Tanto o Brasil quanto a Alemanha seguem essencialmente a variante representativa da democracia. A formação do Estado de Baden-Württemberg ampara-se no art. 118 da Lei Fundamental – ele tinha sido previsto apenas como ato único e foi implementado em 1951. No seu art. 29, a Lei Fundamental previu genericamente a reestruturação do território federal. Mesmo essa fraca possibilidade de influência popular via plebiscito sofreu uma redução adicional, pois em 1976 a prescrição de obrigatoriedade [Muß-Vorschrift] foi suavizada para uma mera prescrição de possibilidade [Kann-Vorschrift] – de “deve ser reestruturado” passou-se a “poderá ser reestruturado”.^{*} Justamente considerando aspectos de legitimidade, voltarei posteriormente a esse dado.

Também no Brasil se distingue entre “sufrágio universal” e “voto”: no art. 14, que indica para o “voto direto e secreto” as três formas do “plebiscito”, do “referendo” e da “iniciativa popular”. A última é normatizada mais de perto e com isso também delimitada no art. 61, § 2º. No entanto, o plebiscito e o referendo estão (CF, art. 49, inc. XV), em termos jurídicos, e com isso justamente também em termos políticos, ao inteiro dispor do Congresso Nacional. Este possui a “competência exclusiva” também para “autorizar referendo e convocar plebiscito”. De resto, existe, como na Alemanha, o plebiscito especial para a reestruturação de estados da federação (e adicionalmente de municípios (CF, art. 18, §§ 3º e 4º). Além disso o art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) previu um plebiscito sobre a forma de estado. Sobre esse ponto a grande maioria dos votantes pronunciou-se em 21 de abril de 1993 (a) a favor da república e (b) a favor do regime presidencialista enquanto forma de governo, quer dizer, contra um regime parlamentarista.

Não apenas na Alemanha, mas, se olharmos a questão mais de perto, também no Brasil se constata, portanto, uma confiança muito reduzida naquela forma de legitimidade democrática que pode surgir de decisões diretas dos cidadãos ativos sobre questões materiais. Devemos aqui ter em mente quão fortemente a concepção de democracia já está de qualquer modo diluída [verdünnt] no direito constitucional vigente.

* A única hipótese constitucional de realização de plebiscito de forma imperativa na Lei Fundamental de Bonn é a de reestruturação do território federal. Em sua redação original a Constituição determinava a reestruturação global da federação alemã. Em 1976, essa obrigatoriedade de reestruturação foi transformada por emenda em mera possibilidade fragmentada e pontual, daí o enfraquecimento da já pequena possibilidade de influência popular a que o autor se refere. [Nota de Menelick de Carvalho Netto]

A idéia fundamental de um autogoverno do povo é abandonada por razões pragmáticas em uma primeira redução, pois pressuporia, nas palavras de Rousseau, “um povo de deuses”. Seu lugar é ocupado pelo postulado da autocodificação do povo: determinação do direito vigente pelas pessoas afetadas, *i. e.*, por todos. “One man one vote” justamente não significa apenas que cada cidadão ativo tenha *somente* um voto, mas a um só tempo que cada pessoa afetada *tenha* um voto, sendo, portanto, cidadão com direitos eleitorais [Wahlbürger] – se nos ativermos à segunda escaramuça na qual a concepção de democracia bate em retirada – e sendo ainda, em contrapartida, cidadão votante [Stimmbürger], à medida que se permite, por voto direto [plebiszitär], que o povo decida diretamente por meio de iniciativas populares e referendos [Volksentscheide]. Consideradas a partir da idéia fundamental, “votações” são nitidamente mais democráticas do que “eleições” com decisão subsequente pelos representantes. Estas formam, em consonância com a “lei férrea da oligarquização”, formulada na sociologia política dos anos 20, um subsistema em grande parte auto-referencial, como alguns teóricos diriam hoje – agindo *in concreto* de forma ora mais ora menos democrática, na grande maioria dos casos menos democrática.

O sistema representativo “nunca poderá negar inteiramente as suas origens históricas na sociedade estamental”; e isso vai tão longe, que “a expressão ‘um parlamento democrático’”, teoricamente refletida, chega mesmo a constituir “um paradoxo”.¹ Esse modelo apóia-se no “axioma de um interesse geral originário [...] baseado no Direito Natural [...], que se estende ao objeto da atividade soberana da autoridade governamental”. Em contrapartida, o sistema plebiscitário parte “de um duplo axioma dos direitos individuais, o de eleger e ser eleito e o de co-participação como exercício dos direitos humanos, e da soberania popular enquanto competência em princípio irrestrita e intocável da coletividade.”² Isso já levou Jean-Jacques Rousseau a afirmar que os ingleses se considerariam livres sem razão, pois eles efetivamente só seriam livres no instante do exercício do direito de voto.³ Contrariando Montesquieu, que nesse tocante era demasiado anglófilo, Rousseau “reconheceu nitidamente o perigo inerente a todo e qualquer órgão soberano de representação, o de enrijecer-se por meio do isolamento, da cooptação e da corrupção em camarilha” e naufragar – enquanto “representação popular” postulada – junto aos arrecifes de uma oligarquia em vias de estabelecimento.⁴

Os autores da Lei Fundamental alemã recuaram diante de certas experiências plebiscitárias da República de Weimar.

1 FRAENKEL, Ernst. *Die repräsentative und die plebiszitäre Komponente im demokratischen Verfassungsstaat*. 1958, p. 6.

2 Op. cit., p. 7 s.

3 Du contrat social, Livro II, Cap. 6.

4 Cf. FRAENKEL, Ernst, op. cit., p. 10.

Mas isso “sugere que eles aparentemente caíram no extremo oposto, enfatizando excessivamente o caráter representativo do sistema de governo”.⁵ Depois do que acabo de expor na comparação das nossas constituições sobre a constituição brasileira, tal afirmação vale igualmente para o padrão de legitimação da República Federativa do Brasil.

2 *Questões conflitivas atuais na Alemanha*

Os aspectos da legitimação divergem, no entanto, também na democracia representativa. Discute-se como o direito eleitoral deve ser dimensionado em seus parâmetros. Eleições proporcionais ou majoritárias “provêem os deputados e, por conseguinte, o parlamento de legitimação democrática de modo muito peculiar em cada caso, com grandes diferenças entre si”.⁶ Na eleição proporcional os eleitores escolhem, com base nas listas de candidatos e nos programas, uma orientação em termos de política partidária. Quando esse modelo é implementado de forma estrita, o parlamento se torna o reflexo exato do espectro das opiniões dos cidadãos ativos. No modelo oposto, a escolha dos candidatos do distrito eleitoral pela maioria cria uma relação mais próxima com essa parte do eleitorado: temos, então, a eleição de personalidades ao invés da eleição por chapas. Os votos minoritários ficam excluídos, razão pela qual o respeito ao princípio da igualdade de condições eleitorais exige “recortar” os distritos eleitorais em tamanhos iguais, à medida do possível. Em contraste, a igualdade eleitoral exige na eleição proporcional o mesmo valor de resultado [Erfolgswert] de cada voto individual. Vista assim, a eleição proporcional parece ser mais democrática, enquanto a eleição majoritária parece ser mais funcionalista, pois orientada segundo o interesse na formação de governos estáveis. Mas a espetacular destituição de maiorias conservadoras em 1997 nas eleições na Grã-Bretanha e na França mostra que – sob aspectos não da estática proporcional, mas da dinâmica política – a eleição majoritária facilita a virada, favorece menos os infundáveis bloqueios políticos. Maiorias governamentais dependem aqui menos dos conchavos das comissões de coalizão, que temem a luz do dia, e mais do voto eventualmente punitivo dos eleitores.

O direito eleitoral alemão, da “eleição proporcional personalizada”, busca uma solução, o meio-termo entre os dois sistemas: direito eleitoral proporcional com algumas peculiaridades (cláusula de 5%**, suavizada pelos assim chamados mandatos básicos [Grundmandate]; e ainda, os mandatos excedentes [Überhangmandate]). Os mandatos mencionados por último são mandatos diretos que excedem a parcela proporcional do partido. Eles permanecem com o partido em questão sem compensação proporcional para os outros grupos partidários.

5 Op. cit., p. 56.

6 Tribunal Constitucional Federal, Sentença de 10 de abril de 1997, 2 BvF 1/95, in: NJW 1997, p. 1553, 1554.

** O autor se refere à assim chamada “cláusula de barreira” [Sperrklausel], segundo a qual um partido político somente conquista cadeiras no parlamento ao atingir 5% dos votos válidos. A intenção desse instituto é impedir a atomização dos parlamentos. [Nota do Tradutor]

Tema da briga atual na Alemanha são, ao lado de outros assuntos, justamente esses mandatos excedentes que procuram combinar as vantagens dos dois modelos de direito eleitoral.

Desconsideradas outras causas, os mandatos excedentes surgem quando um estado da federação apresenta uma quantidade excessiva de distritos eleitorais. Segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, a distorção assim causada no valor de resultado de cada voto no sistema eleitoral proporcional só é admissível enquanto “os distritos eleitorais [forem] aproximadamente iguais em tamanho, na medida do possível”.⁷

Ocorre que nas eleições para o Parlamento Federal em 1994 a União Democrata Cristã [CDU] conquistou oito mandatos excedentes (o Partido Social Democrata [SPD] apenas quatro); sem esses oito mandatos excedentes a coalização governamental no Parlamento Federal teria alcançado a maioria por apenas um voto. Por isso o Estado da Baixa Saxônia, governado pelo SPD, tinha encaminhado ao Tribunal Constitucional uma petição provocando a sua tutela jurisdicional no que se refere ao controle de normas. Sobre essa questão a 2ª Câmara [2. Senat] dividiu-se – sendo que, de acordo com o Direito Processual, a moção é indeferida quando os votos de quatro juízes são contrabalançados pelos votos dos outros quatro juízes.

De acordo com o *dissenting vote*⁸ o imperativo do mesmo valor de resultado de cada voto somente admite uma margem reduzida de distorção (“falta de nitidez” [Unschärfe]). Além disso, em virtude da falta de regulamentação, no pertinente à adequação dos distritos eleitorais, na atualização do Direito Eleitoral de 1996, as referidas prescrições ter-se-iam tornado inconstitucionais.

Segundo a opinião dos quatro juízes “vitoriosos”, a fundamentação da jurisprudência anterior – para a qual os mandatos excedentes deveriam ser admissíveis “dentro de limites estreitos” – deverá ser integralmente substituída. Agora esses mandatos não são mais declarados como modificação da eleição proporcional, mas como fenômenos da eleição majoritária. Por isso, supostamente não estaria mais em pauta a liberdade do resultado fático do voto, mas, em ‘bom’ neoliberalês, apenas a igualdade das chances de êxito. Por essa razão os distritos deveriam ser recortados em tamanhos iguais e distribuídos uniformemente pelos Estados. Mandatos excedentes devem continuar permitidos – tendo como limite de admissibilidade até 5% de todas as cadeiras no Parlamento. Não obstante, o Tribunal Constitucional Federal deveria ter decidido pela inconstitucionalidade, pois a reconfiguração e distribuição dos distritos eleitorais é desigual e ainda não tinha sido corrigida até 1996, conforme já foi dito. Os quatro juízes “vitoriosos” registram verbalmente o seguinte: “O tamanho dos atuais distritos eleitorais é nitidamente desigual; o seu número nos Estados individuais não mais corresponde suficientemente à parcela populacional desses Estados”. Entretanto, essa clara inconstitucionalidade não é sancionada; bastaria que o legislador regulamentasse

7 E.g. E 7, p. 63 ss., 74 s.; E 79, p. 169 ss., 171; Sentença de 10.04.1997, loc. cit., p. 1555.

8 Loc. cit., NJW 1997, p. 1558 ss.

devidamente essa questão, juntamente com a da diminuição do Parlamento Federal, com vistas às próximas eleições em 2002.⁹

Se confiança é bom, uma jurisprudência constitucional correta é ainda melhor. Esse crédito de “confiança” é tanto mais de se admirar se temos em vista a imprevisibilidade das relações de maioria para 2002, e a saída de três dos oito juízes em 1998/99. Em virtude de tamanho pragmatismo – porventura político? – a própria jurisprudência constitucional pode acabar na inconstitucionalidade.

3 *Comportamento nas eleições e legitimidade*

Comentemos agora com toda brevidade um problema fundamental, comum a muitos países comparáveis. Ele está fora da concretização dogmática da constituição, só podendo ser solucionado com muita dificuldade pela revisão de artigos individuais da constituição. Refiro-me à representatividade decrescente dos nossos representantes ou chefes de estado democraticamente eleitos. Essa questão é de natureza social e encerra uma responsabilidade política.

Nos países periféricos fala-se de exclusão, nos países centrais eufemisticamente de “sociedade de dois terços”. Mas entretentes a exclusão, tanto como fato quanto como expressão, já alcançou há muito tempo os países industrializados mais ricos, os países do Grupo dos Sete. Nesse tocante os EUA são apenas o exemplo mais alarmante, embora não o único. E o descenso econômico, a corrupção cultural e a apatia política, ocasionalmente aceitas sem especial resistência por parte de governos conservadores, configuram uma “reação em cadeia da exclusão” que se manifesta na esfera da atividade democrática como “pobreza política”.¹⁰ Isso se expressa diretamente na participação tendencialmente decrescente nas eleições: na sua primeira eleição, Ronald Reagan tinha obtido os votos de menos de 30% dos eleitores, na sua segunda eleição, Bill Clinton tinha obtido mal e mal 25% dos votos dos eleitores; e a participação nas eleições de 1994 para o Congresso Nacional dos EUA foi de 38%.

O direito eleitoral continua existindo plenamente em nível “normativo”, i. é, como *law in the books*; mas cada vez menos como *law in action*, pois faltam, para um número cada vez maior de pessoas, os pressupostos sociais para o exercício eficaz de seus direitos e de suas pretensões referentes ao *status activus*: eis os indicadores de uma segmentação da sociedade que deixa passivamente as coisas como estão ou chega a promovê-las ativamente, com vantagens para determinados grupos sociais e desvantagens para os grupos restantes; eis os indicadores de uma política que, apesar de toda a correção legal (na melhor das hipóteses!), desconsidera a legitimidade democrática em termos de conteúdos para todos, para o povo-destinatário. Impõe-se cada vez mais a pergunta: a partir de que grau de não-participação a quantidade se converte em qualidade? Os dispositivos do direito eleitoral atingem cada vez mais os seus limites;

9 Loc. cit., p. 1557.

10 Documentação comprobatória e discussão. In: F. Müller. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 91 ss.

fracassam cada vez mais, enquanto garantidores da legitimação democrática, na medida em que são vistos como dispositivos necessariamente apenas formais.

4 Questões conflitivas no Brasil

A questão conflitiva ainda atual para o Brasil – ao menos para a discussão livre – é aqui de domínio público. Em outubro de 1998 foi reeleito um presidente que segundo o art. 82 (e o art. 14, § 5º) tanto da Constituição de 1988 quanto da revisão de 1994 não poderia ter se recandidatado ao cargo. De modo muito esclarecedor todos falaram desde o começo da “reeleição” – que nenhuma norma poderia proibir o povo de eleger um candidato conforme o direito. Todos falaram, pois os próprios textos constitucionais falam disso. Mas a questão de fundo é o direito a uma recandidatura direta – e a oscilação entre as duas expressões esconde o argumento talvez mais importante da política constitucional em favor do art. 82 da Constituição Brasileira na sua versão mais antiga (bem como em favor da tradição constitucional desde 1891). Perguntas acerca do estatuto de candidato e do acesso jurídico a ele são questões de direito eleitoral por excelência.

Antes da renovada revisão constitucional (1997), promovida pessoalmente pelo atual presidente, os elementos gramaticais, históricos, interna e externamente sistemáticos, bem como os elementos genéticos de concretização, tinham mostrado inequivocamente que uma candidatura renovada estava proibida. Para ao menos não ficar aquém do mínimo de legalidade, restou apenas o caminho da alteração dos “incômodos” textos constitucionais. Se isso permite preservar a legitimidade fica por ora em aberto e deve também poder permanecer em aberto em um Estado Democrático de Direito, por meio de uma discussão em todos os níveis.

Se partirmos da revisão constitucional de 1997, os elementos de concretização que agora passam para o primeiro plano referem-se à política constitucional. São, ao menos no conflito metodológico, mais fracos do que os que se podem apoiar em textos vigentes de normas: são sobretudo mais fracos do que os argumentos gramaticais e históricos. Mas suponho hipoteticamente que os arts. 82 e 14, § 5º, da Constituição Brasileira foram corretamente alterados; com isso os elementos gramatical e sistemático se deslocaram em favor da recandidatura.

Apesar disso fica em aberto a pergunta se isso parece legítimo em termos de política constitucional. Aduziu-se em favor dessa tese que isso seria um “imperativo democrático”, um “direito político originário do povo”. Ora, devemos distinguir aqui entre populismo e exegese da Constituição: justamente o argumento mencionado não podia ser derivado da Constituição de 1988/1994; o Brasil era uma democracia com o art. 82 em combinação com o art. 14, § 5º, na versão anterior, por razões de primeira linha, tanto democráticas quanto de Estado de Direito: por um lado, para que a eleição pudesse ser realizada de forma realmente livre, *i. e.*, com alternativas políticas dotadas de chances iguais – e sem o acachapante poder executivo e midiático de um presidente que, como se sabe, permaneceu no cargo durante a campanha eleitoral; por outro lado, em virtude de aspectos referentes ao Estado de Direito, em virtude de um melhor

equilíbrio entre os Poderes Executivo e Legislativo, para que nesse ponto a divisão de poderes não se tornasse uma farsa.

Ora, foi dito em favor da recandidatura que a intenção de impedir nesse sentido o poder do cargo autoritariamente exercido teria redundado em anacronismo. A estrutura democrática do estado atual neutralizaria o “risco do homem forte” na cadeira do presidente. Mas esse argumento é contraproducente, pois a neutralização do retorno do caudilhismo por instituições democráticas foi, não em última instância, devida justamente aos arts. 82 e 14, § 5º na sua versão anterior, ao passo que a sua alteração confere agora atualidade ao risco de que a intenção antes referida – de impedir o exercício autoritário do cargo – em breve poderá não mais ser um anacronismo.

Argumentou-se por fim que a continuidade do trabalho exitoso do governo deveria ser assegurada. Mas justamente isso sempre é objeto de controvérsias e deve poder ser objeto de controvérsias em uma democracia. A oposição verá isso de modo inteiramente diferente, e justamente essa oposição deve receber ao fim de uma legislatura a chance equitativa (não restrita pelo poder do cargo) de poder chegar ao poder – pois do contrário não se tratará de democracia. Em uma democracia, a política de longo prazo é possibilitada pela candidatura de outros membros do partido do presidente em exercício – e o argumento contrário da bancada presidencial faz de conta que os países de nossa família constitucional vivem no final do séc. XX em uma democracia sem partidos.

Diante da instância da constituição brasileira vigente e de suas decisões fundamentais os argumentos da fração politicamente dominante parecem ser, pois, os argumentos mais fracos. Mais ainda: o que no plano dos governadores e prefeitos visava contra-arrestar o nepotismo e outras formas de feudalismo no exercício do cargo [Amtsfeudalismus] (art. 14, § 5º, da Constituição Brasileira na sua versão antiga), deveria, no plano federal (art. 82 em sua versão antiga) proteger contra as tentações ainda mais graves do caudilhismo. Isso chegou a ser vital para a nova democracia justamente porque a própria constituição de 1988 ainda não prevê o controle do governo pelo parlamento. Assim, o art. 82 na sua versão mais antiga chegou a ter uma função central de limitação do poder, agora eliminada: com ela elimina-se em grande parte tudo o que poderia pretender um *system of checks and balances* que dividisse os poderes. Fica eliminado, em outros termos, um fator central da natureza do Estado de Direito [Rechtstaatlichkeit]. Muito longe de servirem de modelo, as anteriores alterações constitucionais da Argentina e do Peru nos anos 90 oferecem exemplos intimidadores de um neopresidencialismo autoritário.

Cumulativamente, temos – como ameaça à democracia – o “abuso da máquina pública” na campanha eleitoral – práticas do patronato, da propaganda que distorce as chances e da compra de votos com recursos do tesouro público. Essas possibilidades de influência achapante de um presidente ainda em exercício conduzem também à generalizada mistura semântica entre “recandidatura” e “reeleição”. Se as coisas se passam de modo realmente democrático, *i. e.*, com igualdade de chances, um presidente em fim de mandato não precisa necessariamente ser reeleito, embora ele se re-

candidate. Aqui a linguagem é demasiado reveladora, sobretudo em virtude do fato de a própria constituição se expressar sem delongas nesses termos (art. 82 na versão mais antiga, também na revisão de 1994: “reeleição”; art. 14, § 5º: “inelegíveis”). Não esqueçamos que o *telos*, a finalidade da constituição democrática de 1988 tinha sido justamente o impedimento de uma concretagem inexpugnável do poder executivo, visível nessa linguagem e na realidade à qual ela se refere; conseqüentemente, a finalidade da constituição democrática de 1988 tinha sido o impedimento de uma possível recaída do Brasil em estados pré-democráticos.

Bem feitas as contas, o balanço da Emenda nº 16 é negativo em termos de política constitucional. De acordo com o patamar metódico-teórico até agora válido no Direito Constitucional e na Teoria Constitucional, esse diagnóstico seria suficiente em termos científicos; mas ele não satisfaz ao patamar mais avançado da atualidade. Segundo este, deve-se (1) definir mais precisamente “legalidade”, (2) redefinir inteiramente “legitimidade” e (3) acrescentar o conceito complementar de “constitucionalidade”. Somente com essa tríade de conceitos móveis e reciprocamente referidos podemos formular de modo finalmente suficiente problemas como o que estamos discutindo aqui. Aqui, como na conceituação tradicional, “legalidade” significa a observância correta das formas e dos trâmites prescritos. Com relação à Emenda nº 16 as senhoras e os senhores poderão avaliar isso melhor para o seu país do que uma pessoa que vem de fora. A legalidade formal requer que não apenas os trâmites diante das duas casas do congresso tenham sido corretos, mas, também, as condições de votação. Do contrário a situação careceria do traço distintivo da “legalidade”; a invocação do povo seria de natureza meramente icônica, ideológica. A definição mais precisa de “legalidade”, com relação à tradição, está no fato de que “legalidade” é doravante um conceito enfático: não apenas um incômodo exercício de um dever “formal”, mas expressão da materialidade do ordenamento constitucional. Mesmo “meras” formas e “meros” trâmites têm o seu fundamento mais profundo nos objetivos e nas funções materiais do ordenamento jurídico e da constituição.

Na sua definição mais avançada, “legitimidade” significa o seguinte: a ação formalmente legal de modo adicional (a) é compatível com as regulamentações centrais do direito positivo (os textos das normas) da Constituição (forma do estado, objetivos do estado, garantias dos direitos fundamentais, sistema de Estado de Direito); e (b) pode-se continuar discutindo abertamente e sem restrições por parte do Estado sobre a questão de sua legitimidade ou ilegitimidade, mesmo se a decisão formal (ato administrativo, texto legal, sentença judicial – no caso em epígrafe: alteração da constituição) já tiver sido tomada. O mero fato de uma alteração correta dos arts. 82 e 14, § 5º – e suponho aqui que essa alteração tenha sido feita corretamente – não é suficiente. A democracia é uma forma de estado com tarefas não lingüísticas, mas políticas. Isso exige a comunicação honesta na esfera pública [Öffentlichkeit] e a fundamentação plausível. O fato de que nós podemos discutir aqui de forma livre e controvertida a Emenda nº 16 representa uma contribuição à legitimidade no sentido de (b); ao passo que a contribuição no sentido de (a) parece duvidosa, se medida pela plausibilidade dos argumentos de política constitucional em favor da Emenda nº 16.

“Constitucionalidade”, por fim, significa tradicionalmente, no sentido mais amplo: congruência com a constituição. No sentido mais restrito, proposto aqui como inovação, “constitucionalidade” significa que um Estado só existe enquanto Estado constitucional, ou seja, define-se juridicamente conforme a sua constituição. Em outras palavras: a Constituição desse Estado não é mais compreendida e tratada como “simbólica” ou “nominalista”, mas como normativa.

Quero agregar, ainda, a essa nova tríade analítico-pragmática da Teoria Constitucional duas determinações muito importantes.

Em primeiro lugar, “constitucionalidade” (no sentido mais restrito) corresponde ao estado constitucional (que, de resto, também pode ser uma ditadura); “legalidade” é a qualidade do Estado de Direito (que, de resto, também pode ser autoritário); e “legitimidade” é o traço distintivo do Estado Democrático de Direito.

Em segundo lugar, as três exigências – constitucionalidade, legalidade e legitimidade – são cumulativas. Isso significa: legalidade pressupõe constitucionalidade, legitimidade pressupõe tanto constitucionalidade quanto legalidade. Por conseguinte, um efetivo Estado Democrático de Direito, que possa ser chamado legítimo, só pode coexistir com um pensamento constitucional normativo (e de modo algum com um pensamento constitucional nominalista ou simbólico).

Um exemplo importante do novo estilo constitucional normativo da Constituição de 1988 é a Emenda Constitucional nº 16, de 4 de junho de 1997. Aqui não houve uma violação do texto da versão anterior dos arts. 82 e 14, § 5º. Poder-se-ia ter argumentado, por exemplo, que, a partir de “princípios não-escritos” ou de uma “ponderação de valores”, esses artigos não configurariam nenhum obstáculo a uma nova candidatura do presidente da república, dos governadores e dos prefeitos. A referida argumentação é tradicional entre os juristas, inclusive na Alemanha. O fato de não se ter procedido assim mostra que o discurso jurídico do Brasil está no nível da cultura argumentativa do Estado de Direito. Por isso, a constituição precisou ser alterada – e isso não por via de uma lei ordinária (pela assim chamada ruptura da constituição [Verfassungsdurchbrechung], conforme a prática freqüente na Alemanha da República de Weimar), mas por via da alteração formal do texto constitucional (na Alemanha atual, Art. 79, § 1º, frase 1 da Lei Fundamental). Com isso, está satisfeito o pré-requisito do primeiro grau da legitimidade. A sua problemática permanece ambígua já na tradição: o decisionismo contorna-a com uma estratégia antiformalista, o positivismo e a Teoria Pura do Direito a contornam com uma estratégia formalista. A concepção aqui desenvolvida elabora a problemática em três estágios respectivos, tanto em termos normativo-formais quanto em termos normativo-materiais.

No primeiro grau a Emenda nº 16 demonstra que não cabe mais falar de um estilo constitucional “simbólico”; demonstra que o Brasil se comporta como um estado constitucional, “constitucional no sentido mais estrito do termo”: não temos nem ruptura da constituição nem *interpretatio contra legem (constitutionalem)*.

O segundo grau (legalidade nos termos do Estado de Direito) exige adicionalmente a observância correta das prescrições vigentes sobre competências, procedimentos e votações.

As exigências da terceira categoria (legitimidade nos termos do Estado Democrático de Direito) estão satisfeitas quando – mais uma vez, adicionalmente – a decisão (no caso, as medidas da Emenda nº 16) for, em primeiro lugar, compatível com os conteúdos centrais da Constituição, em segundo lugar, quando essa decisão puder permanecer passível de discussão na continuação do discurso social, político e científico, abertamente e amparada no direito.

Entre os aspectos aqui relevantes devemos verificar, em primeiro lugar, conforme já analisei, se a subsequente reeleição ou destituição do cargo mediante procedimento eletivo [Abwahl] não pode efetivamente ser um “direito originário” [Urrecht] democrático do povo –, ou se, ao contrário, ela não se aproxima mais da aclamação e, dessarte, no sentido da tipologia de Max Weber, mais do estilo da dominação carismática do que do estilo da moderna dominação parlamentar-burocrática. Outro aspecto relevante a verificar nesse tocante seria se a imediata recandidatura torna possível uma política de longo prazo – ou, contra essa posição, se tal efeito não pode ser neutralizado por um estado dominado por partidos e se com o desaparecimento do art. 82 na versão anterior (devido à falta da dependência parlamentar do governo) a divisão dos poderes não será deslocada em favor do Poder Executivo, com o conseqüente abalo do equilíbrio entre os poderes.

A definição do Brasil, ao menos em favor da constitucionalidade no sentido mais estrito – enfoque normativo de primeiro grau –, com base no exemplo da Emenda nº 16, deve ser registrada como irrevogável. De resto, elementos “normativos” e “simbólicos” formam em todas as constituições não um sistema de alternativas mutuamente excludentes [ein ausschliessendes “Entweder-Oder”], mas um *continuum* com transições fluidas.

Mesmo uma constituição claramente normativa não é nenhum “seguro de vida em política” – conforme atesta a catastrófica experiência da Alemanha no nosso século. Por outro lado, podemos, contra a força de gravidade da tradição, “escalar” também o plano inclinado – conforme atesta no Brasil o recomeço de 1988. Dito em outros termos, o “simbolismo” e o “normativismo” não são qualidades estáticas, mas padrões comportamentais; não são leis da natureza, mas frutos da ação humana; não são estratégias respectivamente universalistas, mas estratégias escolhidas. A estratégia normativa conscientemente escolhida – em favor do direito material e da constituição material – trabalha passo a passo contra as relações de poder herdadas da tradição e contra as estruturas sociais maciçamente estabelecidas: por meio do reforço vigilante da tendência de não mais aceitar a legitimação por meio de símbolos – o que equivale a um padrão de mentalidade feudal-paternalista e casuísta –, mas apenas por meio de um comportamento do Estado em generalizável conformidade ao texto. Isso quer dizer também: por meio do reforço vigoroso da tendência que se afasta do nominalismo da

superfície do texto de uma carta e se move na direção do caráter democraticamente constituído [demokratische Verfasstheit] da sociedade.

Minhas senhoras, meus senhores: à medida que isso acontece, o seu país extraordinário se inscreve na família constitucional normativa¹¹. A Constituição de 1988 é um bom instrumento para tal fim, é um instrumento que aponta para o futuro. A realização da constitucionalidade, da legalidade e da legitimidade ou, para dizê-lo em outras palavras, a realização do Brasil enquanto efetivo Estado Democrático de Direito depende em elevado grau da ação responsável dos juristas brasileiros.

TRANSCRIÇÃO DA DISCUSSÃO EM BELO HORIZONTE DEPOIS DA PALESTRA DE FRIEDRICH MÜLLER EM 5.11.98

1ª pergunta: A primeira pergunta diz respeito à questão da previsão constitucional de plebiscito e de referendo na Constituição brasileira de 1988. Nós temos essa previsão na Constituição brasileira. Entretanto, em um país onde não há instrução para boa parte da população, onde boa parte da população não tem acesso à educação formal, onde a mídia está centralizada e o acesso à informação se resume então para boa parte da população apenas em uma televisão absolutamente centralizada, será que esse plebiscito e o referendo, enquanto instrumentos democráticos, não se transformariam em instrumentos legitimadores do autoritarismo?

Friedrich Müller: Falo de bom grado um pouco mais sobre a Alemanha. Temos na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha dois artigos (arts. 29 e 118) que prevêm ou, melhor, previam a possibilidade de plebiscitos. O art. 118 é o mais inofensivo dos dois, mais inofensivo na perspectiva da classe política dominante, e o menos importante para o povo e as suas possibilidades políticas, pois ele só planejava uma decisão única: a da reestruturação os territórios fragmentados no Sudoeste da Alemanha, para tornar essa estrutura mais operacional. Esse plebiscito foi efetivamente realizado. Na época, a população pôde dar o seu voto sobre como deveria ser a composição territorial do atual Estado de Baden-Württemberg. O art. 118 foi efetivado e com isso está morto. Vocês podem ver aqui, também com relação ao Brasil, que a possibilidade de plebiscitos realizados uma única vez muitas vezes não tem nenhuma relevância estrutural permanente para a democracia em um país. No fundo, tais plebiscitos são apenas um acontecimento administrativo na forma de um referendo. Com vistas à estrutura democrática de uma sociedade, são importantes os referendos normatizados como possibilidade permanente – para que o povo possa agir no futuro, quando tiverem acontecido novas coisas, coisas imprevistas (e, se formos honestos, o futuro nunca foi previsto). A possibilidade abrangente de um plebiscito sobre a reestruturação da Alemanha foi prevista pelo outro artigo, o art. 29 (da reestruturação do território

11 Conceito e concepção de “família constitucional” desde: Friedrich Müller. *Fragment (über) Verfassunggebende Gewalt des Volkes*. Berlim, Duncker & Humblot, 1995, e.g. p. 75 ss. A ser lançado em 2000 em tradução de Peter Naumann pela Editora Max Limonad em São Paulo, sob o título *Fragmento (sobre) Poder Constituinte do Povo*.

federal). Mas agora ocorre um escândalo. Essa chance da influência plebiscitária do povo foi falseada um quarto de século depois da constituição ter entrado em vigor (1949), quer dizer, em 1976, por uma emenda constitucional. Nesse ano substituiu-se o verbo modal “deve” na redação do artigo pelo verbo modal “pode”. Isso significa que a prescrição cogente de “dever” foi atenuada em prescrição facultativa de “poder”. Em português: “deve ser reestruturado” foi transformado em “poderá ser reestruturado”.

É claro que isso não foi feito porque os territórios alemães estavam bem estruturados. Muito pelo contrário, eles não o são. Há estados que são excessivamente fortes e grandes e têm uma população grande demais, o que de resto também conduz a uma distorção no tamanho dos distritos eleitorais e da representação política, pois no sistema alemão de eleição proporcional se vota em chapas estaduais, o que exigiria a rigor que os estados tivessem tamanhos aproximadamente iguais. Isso conduz, adicionalmente, a grandes diferenças entre os estados quanto à sua capacidade econômica. Há estados ricos e pobres. Temos uma compensação financeira horizontal e vertical imensamente complicada entre os estados e entre os estados e a federação. Tudo isso mostra apenas que o mecanismo está mal organizado e que a Alemanha deveria ser reestruturada. O fato dessa prescrição de “dever” ter sido atenuada em prescrição de “poder” foi, portanto, expressão da desconfiança diante da decisão do povo. Quis-se enfraquecer mais uma vez a única possibilidade de um plebiscito, que ainda temos na Alemanha, e quis-se reduzir o elemento democrático nela contido a tal ponto que hoje podemos afirmar o seguinte: na prática, os plebiscitos não têm nenhuma importância na Alemanha.

E com relação ao que o senhor, caro colega, disse no início, quero acrescentar ainda o seguinte: para o Brasil, seria estruturalmente muito importante introduzir, ao lado da iniciativa popular e do referendo, que têm vigência permanente, na medida do possível ainda um sistema de governo parlamentarista. Quero dizer com isso que o governo não deveria mais depender ou depender exclusivamente da confiança do presidente, mas também ou exclusivamente da confiança da maioria no parlamento. Pois se tivéssemos um sistema parlamentarista de governo no Brasil, isso produziria dois efeitos extremamente importantes: por um lado as possibilidades de um sistema de *checks and balances* poderiam ser substancialmente melhores do que até o presente. Desde a alteração do art. 14 e do art. 82 pela Emenda Constitucional nº 16, também eu ousou afirmar, como o senhor o faz, que não existe mais um *system of checks and balances* no Brasil. E o segundo efeito decisivo de um sistema parlamentarista de governo seria a possibilidade do desenvolvimento de um sistema moderno de partidos melhor e mais rapidamente do que até agora, em virtude da nova situação normativa. E isso seria também um passo para frente com vistas à democratização absolutamente necessária da sociedade, não apenas com vistas à democratização do estado.

2ª pergunta: Professor, dentro dessa linha de raciocínio, o Brasil vive hoje um sistema presidencial que vem a fortalecer uma tendência nossa de personificação do poder, de fortalecimento do Poder Executivo. O que vemos na nossa realidade atual é a predominância de um Executivo que vem legislando através de medidas provisórias e detém o controle de um congresso, um congresso submetido à sua força e ainda o STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário que é todo nomeado pelo presidente da

república, sendo que o Senado jamais rejeitou o nome de nenhum ministro do STF. Na sua opinião, a evolução da democracia brasileira passa, necessariamente, pela construção de um outro sistema de governo que não seja necessariamente presidencialista?

Friedrich Müller: Infelizmente não posso responder afirmativamente a essa pergunta. Na minha palestra destaquei outros elementos distintos dos mencionados pelo senhor. Mas, é claro, com conhecimento acerca do que o senhor acaba de dizer: do contrário eu não me teria permitido lembrar o problema da Emenda nº 16, do neopresidencialismo autoritário, do perigo cada vez mais atual de um neocaudilhismo: O senhor falou de coisas tristes: assim das “medidas provisórias” que são tudo menos “provisórias”, sobretudo não “medidas de urgência”, mas empregadas abusivamente como meios para contornar sem mais nem menos o parlamento, como forma de uma legislação autoritária. O senhor falou ainda com toda a razão sobre a autocastração do Senado que simplesmente engole as propostas do Planalto para a preencher as vagas no Supremo Tribunal Federal. É triste que hoje, se formos sóbrios e realistas, não podemos ver o mundo em cores róseas. Mas, por isso mesmo, tanto mais urgente é a tarefa de mudar esse quadro passo a passo. Eis uma tarefa para todas as pessoas desse país, não só para os juristas, mas para todos os que são democratas autênticos e pensam em termos de Estado de Direito. Por isso eu dissera na minha palestra que essas estruturas sociais e políticas maciçamente estabelecidas e essas figurações cimentadas do Poder Executivo só podem ser desmontadas gradualmente. Tenho consciência de que isso será extraordinariamente difícil. Estou longe de querer passar aqui panacéias baratas. Teremos um trabalho muito pesado pela frente.

Quero lembrar mais uma vez a formulação na minha palestra. Por um lado temos as decisões formais: ato administrativo, força de lei, sentença transitada em julgado; no caso aqui discutido, emendas constitucionais. Por outro lado temos o que eu chamei de discurso continuado, nas esferas política e científica. Aqui é evidente, no sentido em que compreendo a sua pergunta e a sua posição, que o discurso social e científico ocorrem sobretudo fora do aparelho de estado, quer dizer, acontecem em grande parte independentemente dos agentes políticos dominantes e de suas agências. Mas com relação à terceira parte da minha formulação, no que toca ao discurso político, quero deixar bem claro que o conceito da dimensão política [des Politischen] e, com isso, da extensão material da soberania do povo em uma democracia evidentemente não se refere somente à classe política, mas a todos. E “todos” significa no sentido do que eu disse no início da minha conferência, “todos aqueles, aos quais diz respeito”: todos os afetados pelo poder estatal e pelas decisões do aparelho estatal em um determinado país. E esses são e.g. também as crianças. Há apenas, portanto, o problema das crianças, já que o nosso Direito Civil prevê um determinado limite para a maioridade.

Mas há para as crianças, que podem ser a qualquer momento afetadas pelo poder estatal, possibilidades nas ações cíveis, penais, administrativas e constitucionais, vez que podem ser processualmente representadas e seus interesses preservados.

A fonte da legitimidade democrática está, portanto, no discurso social e, no nosso caso, no discurso científico e político – sendo que, conforme o senhor também disse, esses discursos podem dar a qualquer momento o empurrão necessário para a alteração da decisão formal. Isso é evidente para as leis. Elas são alteradas incessantemente. Não devemos esquecer que nem sempre existe a respectiva lei nova para um tema inteiramente novo, como ocorreu há vários anos com a proteção do meio ambiente ou agora com o direito da informática ou o direito de determinadas regulamentações da Internet. Isso significa que temos então novas evoluções, com vistas às quais fazemos uma lei inteiramente nova. Mas a maioria absoluta das leis promulgadas e das alterações de leis refere-se a leis que vigem há décadas, isto é, consiste em modificações em virtude de evoluções sociais que se efetuam fora do aparelho estatal no sentido mais estrito, assim e.g. as novas regulamentações sobre o concubinato. Menciono ainda um outro exemplo, no qual raramente se pensa: o que ocorre com uma sentença transitada em julgado, digamos, do Superior Tribunal de Justiça enquanto corte penal suprema ou da suprema corte em matérias cíveis ou administrativas? Essa decisão é executada, e nesse caso diríamos: ela é inteiramente imutável [unumstösslich] e ninguém poderia mudar nada em relação a ela. Mas isso não é verdade, é possível mudá-la. Também os juízes das cortes supremas evidentemente estão inseridos nos diversos discursos que ocorrem na sociedade: como cidadãos, adicionalmente como cientistas, e, de qualquer modo, como indivíduos normais. Isso pode assumir a forma banal de um juiz de uma suprema corte ao voltar para a sua casa do trabalho ouvir da boca de seus filhos adolescentes o seguinte argumento: “Que besteira você acabou de fazer hoje, pai? Essa decisão é totalmente reacionária.” E ele precisa ouvir isso por estar em casa e por desempenhar em meio à sua família um papel diferente; e talvez ele comece a refletir sobre o assunto. Esse é um exemplo muito simples. Mas também os juízes lêem revistas jurídicas, eles lêem as decisões de outros tribunais, eles se inserem no discurso científico do Direito. E sempre há – falo agora de um fenômeno recorrente na Alemanha – casos extraordinariamente interessantes nos quais a suprema corte cível, a suprema corte penal, a suprema corte trabalhista, a suprema corte de questões previdenciárias e sociais ou a suprema corte fazendária alteram decisões anteriores, transitadas em julgado. Isso quer dizer que não se pode mudar mais a decisão anterior enquanto tal, mas pode-se muito bem alterar o seu teor material. O tribunal diz então: “Abandonamos a nossa jurisprudência anterior. A fundamentamos agora diferentemente. No futuro julgaremos casos dessa natureza conforme se segue, a saber, com vistas a aspectos divergentes.” O caso individual anterior está concluído; mas casos posteriores, comparativamente situados, serão futuramente solucionados pelo mesmo tribunal diante da mesma situação legal diferentemente, pois uma maioria entre os juízes começou a refletir e se deixou impressionar pelos argumentos seja do discurso social em geral, seja do discurso científico entre juristas e cientistas sociais ou seja pelo discurso político no sentido amplo do termo. Há pouco mais de um ano assistimos a uma mudança espetacular da opinião do nosso Tribunal Constitucional Federal sobre uma questão importante de Direito Eleitoral. Depois do tribunal ter defendido durante quinze anos uma determinada posição, ele disse agora: “Abandonamos essa posição e fundamentamo-nos em outra,

melhor.” Naturalmente o resultado também foi diferente. Trata-se de exemplos extraordinariamente instrutivos que mostram como o poder concentrado do aparelho de estado sob a influência difusa das pessoas de um país que perguntam, duvidam, argumentam, quer dizer, participam do que chamamos discurso, não pode subsistir a longo prazo. Devemos alegrar-nos sempre que ficamos sabendo de tais casos.

3ª pergunta: O que o senhor pensa, com relação ao problema da recandidatura do Presidente da República, das dificuldades constitucionais havidas com referência ao procedimento conforme a CF art. 60? E o senhor não considera notável que nenhuma ação de inconstitucionalidade tenha sido apresentada contra essa Emenda nº 16?

Friedrich Müller: Caro colega, não tenho certeza de que não haja consenso entre nós com relação a esse último tópico. Eu nem me pronunciei sobre a questão de não ter sido movida nenhuma ação eficaz de inconstitucionalidade contra a Emenda nº 16. Venho de fora, como observador jurídico e sociológico que leva muito a sério as coisas que ocorrem no Brasil. É extraordinariamente lamentável que não tenha sido levada nenhuma ação ao STF. Pelo que sei, houve atividades muito sérias nos diversos planos dos titulares do direito de propositura de ação e, se me posso permitir essa observação, também no Conselho Federal da OAB, no sentido de propor essa ação direta de inconstitucionalidade. E o fato de isso não ter acontecido se deveu a ocorrências no interior das organizações individuais, pelo que sei de um modo que pode ser qualificado de lamentável.

Com relação à sua afirmação anterior, caro colega, quero fazer o seguinte comentário: estou informado de que o procedimento nas duas Casas do Congresso Nacional, i. é, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, transcorreu de forma múltiplamente incorreta, inconstitucional; de que, mais especificamente, em nenhum dos trâmites legislativos entre as duas casas se discutiu e se votou o anteprojeto idêntico, o mesmo texto. Isso naturalmente é grotesco. Mas no início de minha palestra eu chamei a atenção para o fato de que não quero mais discutir aqui o art. 60, e isso pela seguinte razão: no sentido dos novos conceitos constitucionalidade, legalidade e legitimidade, esse problema do art. 60 e os erros procedimentais nos trâmites entre a Câmara dos Deputados e o Senado seriam subsumidos à categoria “ilegalidade”. O que eu antes defini como “legalidade” no novo sentido deve ser compreendido em concordância com as formas e os procedimentos prescritos – de modo que temos agora o caminho aberto para criar um conceito próprio, juspositivo de “legitimidade”. Nesse sentido, para retornar à sua pergunta de antes, os erros procedimentais na deficiente votação entre a Câmara dos Deputados e o Senado teriam, por um lado, ainda sido constitucionais, mas não legais, e naturalmente também não legítimos. Mas eu tinha dito que o Brasil evidenciou ser um estado constitucional, e esse é um tema distinto. Não porque o art. 60 tivesse sido respeitado, pois ele efetivamente não foi observado. Mas pelas razões que já mencionei digo mais uma vez: hoje, o presidente não pode mais ousar dizer: “vou simplesmente recandidatar-me. O que está escrito na Constituição de qualquer modo me é indiferente. Ela é apenas um símbolo, uma carta nominalista, programática no falso sentido, mas não um texto jurídico.” Isso hoje nenhum presidente brasileiro pode dizer, mesmo se quiser. Mas em épocas anteriores da história do país nos últimos

cem anos tais procedimentos estiveram na ordem do dia. O segundo progresso é que nenhum presidente pode mais ousar violar frontalmente a interpretação e a discussão esclarecida, elaborada e de alto nível dos juristas brasileiros. Ele se ridicularizaria perante a opinião pública jurídica do país. O terceiro ponto é que o presidente não pôde se dar ao luxo de alterar o art. 14, parágrafo 5º, e o art. 82 sem uma alteração do texto constitucional, quer dizer, apenas no plano da lei ordinária. Isso quer dizer que o presidente não pode mais arriscar uma assim chamada ruptura da constituição. Isso teria sido plausível, pois uma maioria simples pode ser obtida mais facilmente do que uma maioria qualificada de três quintos, tal como está prescrita no Brasil. No caso de uma maioria simples talvez tivesse sido possível economizar o dinheiro para a compra dos votos de deputados acreanos e sabe-se de quem mais ainda. Também isso não é mais possível. Por conseguinte, também não se pode mais impor no Brasil uma interpretação *contra legem constitutionalem*, mas o texto da constituição deve, caso a constituição tenha de ser emendada, ser alterado por maioria qualificada. Esses tópicos práticos, caro colega, são provas da nova constitucionalidade do Brasil. Quero dizer com isso: não se pode mais tratar a constituição como um pedaço qualquer de papel, mas é necessário respeitar as suas orientações prévias [Vorgaben]. Se então o art. 60 não é mais respeitado, então isso não afeta mais o Brasil enquanto estado constitucional, no sentido dos novos conceitos aqui usados. O Brasil é agora um estado constitucional e todos nós devemos cuidar para que ele permaneça sendo um estado constitucional. Mas no âmbito desse estado constitucional também há procedimentos claramente ilegais e ilegítimos. Se nós juristas usarmos conceitos mais precisos do que os da tradição, poderemos também analisar mais precisamente do que até agora as coisas que não são corretas. O senhor me deu a oportunidade de esclarecer isso mais uma vez, melhor do que na minha palestra.

Tradução: Peter Naumann

Revisão: Georghio Alessandro Tomelin e Menelick de Carvalho Netto

ASSÉDIO MORAL E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

Cláudio Armando Couce de Menezes*

SUMÁRIO: 1 Assédio moral; 1.1 Conceito; 1.2 Notas características; 1.3 Causas, motivação e quadro geral; 1.4 Exemplificando as hipóteses de assédio moral; 1.5 Aspectos jurídicos; 2 Conclusão.

1 ASSÉDIO MORAL

1.1 Conceito

Assédio moral, manipulação perversa, terrorismo psicológico ou, ainda, *mobbing*, *bullying* ou *harcèlement moral*, é um mal que, apesar de não ser novo, começa a ganhar destaque na sociologia e medicina do trabalho, estando por merecer também a atenção dos juristas.

As nações escandinavas, a França, os EUA, Bélgica, Inglaterra e Portugal, só para citar alguns países, além de inúmeros estudos realizados a respeito, já editaram diplomas legislativos ou estão na iminência de fazê-lo. Sendo certo que seus tribunais vêm, de algum tempo, independente de norma positivada, reconhecendo o fenômeno, com as suas consequências sociais e jurídicas.¹

A par das sanções (trabalhistas, administrativas e penais), alguns legisladores procuram conceituar o assédio. Exemplo dessa preocupação encontramos na França e em Portugal.^{2 3}

* *Juiz do Trabalho do TRT da 17ª Região.*

1 HIRIGOYEN, Marie-France (*Mal-Estar no Trabalho, redefinindo o assédio moral*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002), menciona decisões e estudos jurídicos sobre o assédio bem como sua análise pela jurisprudência francesa.

2 Projeto de Lei francês (Lei de Modernização Social) subseção 2, da seção 6, do título II, do livro 1º, do Código de Trabalho:

122-49 “Nenhum trabalhador deve se submeter aos procedimentos repetidos de assédio moral que tenham por finalidade ou por consequência uma degradação das condições de trabalho suscetível de atingir seus direitos e a sua dignidade, de alterar sua saúde física ou mental ou de comprometer seu futuro profissional.”

3 Portugal: Projeto de Lei nº 252/VIII, proteção laboral contra o terrorismo psicológico ou assédio: Art. 1º (objecto)

1 – A presente lei estabelece as medidas gerais de protecção dos trabalhadores contra o terrorismo psicológico ou assédio moral, entendido como degradação deliberada das condições físicas e psíquicas dos assalariados nos locais de trabalho, no âmbito das relações laborais. O atentado contra a dignidade e integridade psíquica dos assalariados constitui uma agravante a tais comportamentos.

No Brasil, recentemente, surgiram várias propostas legislativas para combater o fenômeno:

- a) Projeto de Lei da deputada federal Rita Camata;
- b) Projeto de Lei de reforma do Código penal, de iniciativa do deputado federal Marcos de Jesus
- c) Projeto de Lei de reforma do Código Penal, de coordenação do deputado federal Inácio Arruda.

No âmbito estadual e municipal, registre-se, entre outros estatutos já aprovados, a Lei Municipal nº 13.288, de 10/01/2001, de São Paulo, que procura conceituar o assédio no âmbito da Administração.⁴

Para a estudiosa francesa MARIE-FRANCE HIRIGOYEN, uma das maiores autoridades no assunto, “o assédio moral no trabalho é qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho”.⁵

Por sua vez, o pioneiro no assunto, o sueco HEINZ LEYMAN, conceitua o assédio moral como “a deliberada degradação das condições de trabalho através do estabelecimento de comunicações não éticas (abusivas), que se caracterizam pela repetição, por longo tempo, de um comportamento hostil de um superior ou colega (s) contra

2 – Por degradação deliberada das condições físicas e psíquicas dos assalariados nos locais de trabalho entendem-se os comportamentos dolosos dos empregadores, conduzidos pela entidade patronal e/ou seus representantes, sejam eles superiores hierárquicos, colegas e/ou outras quaisquer pessoas com poder de facto para tal no local de trabalho.

3 – Os actos e comportamentos relevantes para o objeto da presente lei caracterizam-se pelo conteúdo vexatório e pela finalidade persecutória e/ou de isolamento, e traduzem-se em considerações, insinuações ou ameaças verbais e em atitudes que visem a desestabilização psíquica dos trabalhadores com o fim de provocarem o despedimento, a demissão forçada, o prejuízo das perspectivas de progressão na carreira, o retirar injustificado de tarefas anteriormente atribuídas, a penalização do tratamento retributivo, o constrangimento ao exercício de funções ou tarefas desqualificantes para a categoria profissional do assalariado, a exclusão da comunicação de informações relevantes para a actividade do trabalhador, a desqualificação dos resultados já obtidos. Estes comportamentos revestem-se de um carácter ainda mais gravoso quando envolvem desqualificação externa (para fora do local de trabalho) dos trabalhadores, através de fornecimento de informações erradas sobre as suas funções e/ou as suas categorias profissionais e de desconsiderações e insinuações prejudiciais à sua carreira profissional e ao ‘bom nome’.

4 Art. 1º, parágrafo único: Para fins do disposto nesta lei considera-se assédio moral todo tipo de ação, gesto ou palavra que atinja, pela sua repetição, a auto-estima e a segurança de um indivíduo, fazendo-o duvidar de si e de sua competência, implicando em dano ao ambiente de trabalho, à evolução da carreira profissional ou à estabilidade do vínculo empregatício do funcionário, tais como: marcar tarefas com prazos impossíveis; passar alguém de uma área de responsabilidade para funções triviais; tomar crédito de idéias de outros; ignorar ou excluir um funcionário só se dirigindo a ele através de terceiros; sonegar informações de uma forma insistente; espalhar rumores maliciosos; criticar com persistência; substituir esforços.

5 *Mal-estar no trabalho*, p. 30.

um indivíduo que apresenta, como reação, um quadro de miséria física, psicológica e social duradoura”.⁶

1.2 Notas características

O assédio é um processo, conjunto de atos, procedimentos destinados a expor a vítima a situações incômodas e humilhantes. De regra, é sutil, no estilo “pé de ouvido”. A agressão aberta permite um revide, desmascara a estratégia insidiosa do agente provocador.

Assim, a preferência pela comunicação não-verbal (suspiros, erguer de ombros, olhares de desprezo, silêncio, ignorar a existência do agente passivo), ou pela fofoca, zombaria, ironias e sarcasmos, de mais fácil negação em caso de reação. (“Foi só uma brincadeira”, “não é nada disso, você entendeu mal”, “a senhora está vendo e/ou ouvindo coisas”, “isso é paranóia sua”, “ela é louca”, “não fiz nada demais, ela (ele) é que era muito sensível”, são alegações típicas de quem se vê denunciado nesses casos.

Todavia, o assédio também tem lugar através de procedimentos mais concretos, como: rigor excessivo, confiar tarefas inúteis ou degradantes, desqualificação, críticas em público, isolamento, inatividade forçada, ameaças, exploração de fragilidade psíquicas e físicas, limitação ou coibição de qualquer inovação ou iniciativa do trabalhador, obrigação de realizar autocríticas em reuniões públicas, exposição a ridículo (impor a utilização de fantasia, sem que isso guarde qualquer relação com sua função; inclusão no rol de empregados de menor produtividade); divulgação de doenças e problemas pessoais de forma direta e/ou pública,...

A exteriorização do *harcèlement moral*, portanto, ocorre através de gestos, comportamentos obsessivos e vexatórios, humilhações públicas e privadas, amedrontamento, ameaças, ironias, sarcasmos, difamações, exposição ao ridículo, sorrisos, suspiros, trocadilhos, jogo de palavras de cunho sexista, indiferença à presença do outro, silêncio forçado, sugestão para pedido de demissão, ausência de serviço e tarefas impossíveis ou de difícil realização, controle do tempo no banheiro, divulgação pública de detalhes íntimos, agressões e ameaças, etc.⁷

O assédio moral, face à sua multiplicidade, não raro se apresenta sob a ótica de atos discriminatórios ou deles chega muito próximo,⁸ quando não concretiza o assédio sexual e vice-versa,⁹ ou até por atos que interfiram na privacidade do trabalhador.

6 Página do autor na Internet.

7 HIRIGOYEN, Marie-France (*Assédio Moral, a violência perversa do cotidiano*, Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 2002; e na já citada obra *Mal-Estar no Trabalho*) oferece inúmeras situações em que estas notas típicas do assédio estão presentes.

8 “O assédio moral começa freqüentemente pela recusa de uma diferença. Ela se manifesta por um comportamento no limite da discriminação – propostas sexistas para desencorajar uma mulher a aceitar uma função tipicamente masculina, brincadeiras grosseiras a respeito de um homossexual... Provavelmente, da discriminação chegou-se ao assédio moral, mais sutil e menos identificável, a fim de não correr o risco de receber um sanção”. (HIRIGOYEN, Marie-France, *Mal-Estar no Trabalho*, p. 37)

9 HIRIGOYEN, Marie-France (*Assédio Moral*, pp. 16 e 66, e *Mal-Estar no Trabalho*, p. 33) ressalta que o assédio sexual está inserido, freqüentemente, no assédio *latu sensu* decorrente de atitudes per-

Porém, essas situações guardam suas particularidades, mesmo porque podem se apresentar de forma direta, pontual, abrupta, agressiva e até violenta, o que as afastam do fenômeno sob análise.¹⁰

1.3 Causas, motivação e quadro geral

Doze milhões de europeus vivem o drama do *harcelement moral, mobbing ou bullying*.

Só na Inglaterra, segundo a University of Manchester Institute of Science and Technology, um terço a metade das doenças oriundas do estresse entre trabalhadores se relaciona com o assédio no emprego.¹¹ Completando esses dados, o Institute of Personnel and Development (IPD) publicou os resultados de uma enquete revelando que um (1) entre oito (8) (mais de três milhões de empregados) no Reino Unido têm sofrido *bullying* no trabalho. E mais da metade afirma que essa situação era lugar comum na sua organização e um quarto informou que tal coisa só agravou no último ano.

No Brasil pesquisas começam a ser feitas e publicadas sobre o assédio moral nas empresas. A Dra. Margarida Barreto, em sua tese de mestrado (PUC-SP), apurou que 36% da população brasileira, economicamente ativa, sofre desse tipo de violência.

Quais são as causas e motivações desse mal que assola o trabalho?

Há, evidentemente, a perversidade do ser humano. O “homem como lobo do homem” é sentença por demais conhecida. E, por isso, provavelmente desde os primórdios do trabalho já experimentava o assédio moral.

Some-se a isso, motivos e objetivos específicos como a competitividade desenfreada; o individualismo exacerbado; medo de perder o emprego ou o posto de trabalho para colegas mais capazes ou experientes; receio em ver descobertas falhas, ilegalidades; a resistência ao novo, ao diferente, ou até ao tradicional (mal de que sofrem os “moderninhos”: jovens profissionais arrivistas ou executivos “pós-modernos”).

E, para tornar o bolo intragável, adicione-se as conseqüências da globalização – algumas já mencionadas no parágrafo acima – e teremos um quadro assustador.

Não é por outra razão que a OMS (Organização Mundial da Saúde) prevê o aumento galopante das doenças ligadas às formas de gestão e organização do trabalho geradas pelas políticas neoliberais. Conclui afirmando que as próximas décadas irão dar

versas de agentes agressores no ambiente do trabalho, não raro migrando para o assédio moral e deste para aquele.

10 O assédio moral, conforme já noticiado, se concretiza sobretudo pela repetição de atividades, palavras, comportamentos; uma agressão verbal ou física, conquanto sujeita a gerar dano indenizável como o assédio moral, não se confunde com essa figura. Mas um ato, aparentemente solitário, mas que contém em si forte carga de intenção de causar humilhação, pode estar conectado a um procedimento de assédio moral. É o caso de certas despedidas em sala trancada ou na presença de vários empregados (com o intuito de desmoralizar o empregado) com o esvaziamento das gavetas da mesa que ocupava ou a inclusão de seus pertences na portaria ou corredor, culminando uma série de atos anteriores perpetrados contra o obreiro (MARIE-FRANCE HIRIGOEYN, *Mal-Estar no Trabalho*, p. 31/2).

11 Workplace Bullying, ANDY ELLIS.

corpo a uma era de novas doenças profissionais, todas resultantes do processo neoliberal.

A nova economia provoca um grau imenso de competitividade e de insegurança na empresa.¹² Outrossim, pela uniformidade que demanda, gera uma intolerância com a diferença, com aquele que se afasta do padrão esperado pela empresa, que discorda, contesta, denuncia, pois são do novo estado de coisas a submissão e a obediência.¹³ De outro lado, há um acúmulo de atribuições, de novas tarefas, a um mesmo empregado, de quem se espera uma polivalência; fonte de economia de custos, vez que evita a contratação de outros obreiros para cumprirem a atividade por ele desenvolvida.¹⁴

1.4 Exemplificando as hipóteses de assédio moral

1) Muito comum é o assédio em circunstâncias em que o empregado ou a empregada gozam de estabilidade ou de alguma garantia no emprego. Nesses casos, é perpetrado através da discriminação; rigor excessivo; provocações; inação forçada; serviços superiores às forças do trabalhador, vexatórios ou distintos daqueles relacionados às suas funções;

2) No caso de ação movida pelo obreiro contra o patrão, quando este não é sumariamente despedido, não raro passa o empregador ou seu preposto a infernizar a vida do demandante, através de uma infinidade de expedientes, sendo ainda muito frequente a preterição em promoções, rebaixamento de função, retorno àquela anteriormente exercida, etc.;

3) Despedidas, antecedidas de atos humilhantes (sala trancada, pertences pessoais na porta, gavetas esvaziadas, repreensão pública, circular interna);

4) Pôr o empregado, incômodo ou em relação a quem se nutre uma antipatia, a trabalhar em espaço exíguo, mal iluminado e mal-instalado;

5) Tarefas e objetivos irrealizáveis;

6) Ameaças constantes de dispensa, coletiva ou individual;

12 “Os assalariados produzem porque estão obcecados com as ameaças referentes à sobrevivência da empresa, ou pela perspectiva de perder o emprego ...” (HIRIGOYEN, Marie-France, *Assédio Moral*, p. 83)

13 “As atitudes de assédio moral visam antes de tudo a ‘queimar’ ou se livrar de indivíduos que não estão em sintonia com o sistema. Na hora da globalização, procura-se fabricar o idêntico, clones, robôs interculturais e intercambiáveis. Para que o grupo seja homogêneo, esmaga-se aquele que não está no ponto, aniquila-se qualquer especificidade, seja de caráter, comportamento, sexo, raça... Formatar os indivíduos é uma maneira de controlá-los. Eles devem se submeter para melhorar os desempenhos e a rentabilidade”. (HIRIGOYEN, Marie-France, *Mal-Estar no Trabalho*, p. 39)

14 “Enquanto se ‘enxugam os quadros’, os que continuam a trabalhar o fazem cada vez mais intensamente, e a duração real de seu trabalho não para de aumentar; não só entre os gerentes, mas também entre os técnicos, os empregados e todos os ‘executores’, em particular os ‘terceirizados’”. (DEJOURS, Christophe. *A banalização da Injustiça Social*, 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2000)

7) Superior hierárquico que põe sempre em dúvida o trabalho e a capacidade do obreiro;

8) Determinado chefe que trata seus subordinados rudemente, com agressões verbais e sistemáticas;

9) Empregado que é vítima de comentários maldosos de ordem sexual, racial ou social;

10) Retorno de empregado após período de licença médica ou de outra natureza, especialmente quando de longa duração. O empresário e seus gerentes e chefes, não raro, buscam se descartar desse “problemático” trabalhador, através da inação forçada, transferência de funções e de local de trabalho e congelamento funcional, entre outros procedimentos.

1.5 Aspectos jurídicos

O assédio gerador de ruptura contratual, no projeto de lei francês, é sancionado com a nulidade absoluta (Art. L. 122-49). E o assédio moral, em todas as circunstâncias, acarreta punição disciplinar do empregado que o pratica.

Em Portugal, segundo o projeto também em curso naquele país, é passível de anulabilidade.

No Brasil, o assédio, além da nulidade da despedida e da reintegração no emprego (art.4º, I, da Lei nº 9029/95), pode dar nascimento à pretensão de resolução do contrato do empregado por descumprimento de deveres legais e contratuais (art. 483, *d*, da CLT), rigor excessivo ou exigência de serviços além das forças do trabalhador (art. 483, *a* e *b*, da CLT)

Também autoriza a justa causa dos colegas, chefes, gerentes, diretores, responsáveis pelo agir ilícito (art. 482, *b*, da CLT). Outrossim, alguns já inserem o assédio nas doenças profissionais, com todas as conseqüências que isso pode acarretar: afastamento do empregado; contagem para tempo de serviço; estabilidade no emprego, etc.

Porém, talvez o mais importante efeito jurídico é a possibilidade de gerar a reparação dos danos patrimoniais e morais pelos gravames de ordem econômica (perda do emprego, despesas com médicos, psicólogos...) e na esfera da honra, da boa fama, do auto-respeito e da saúde psíquica e física, da auto-estima.¹⁵

Nem se argumente com a ausência de previsão legal para o assédio moral, uma vez que é assegurada pela Constituição a respeito à dignidade humana, à cidadania, à

15 Indenização por dano moral é inconfundível com as “indenizações trabalhistas”, tampouco se confunde com a reparação devida por danos patrimoniais: “Recurso extraordinário – Indenização por danos materiais e morais – Cumulação – Possibilidade. Inteligência do art. 5º, V, da Constituição, que reconhece apenas a existência de indenização por ofensa à moral das pessoas, não cuidando de suas eventuais causas. Precedentes do Tribunal. Agravo regimental desprovido”. (STF-AG.REG. Em Recurso Extraordinário, AGRRE-222878/DFM, Relª Minª Ellen Gracie, Publicação, DJ data 09.11.01, p. 52 – Ementa v. 2051-03-p.625, Julgamento: 0.10.2001 – Primeira Turma)

imagem e ao patrimônio moral do obreiro, inclusive com a indenização por danos morais (art. 5º, V e X, da CF)

Neste sentido se pronunciou o juslaboralista LUIZ SALVADOR, em brilhante artigo doutrinário:

“Assim, o lesado por assédio moral pode pleitear em juízo além das verbas decorrentes da resilição contratual indireta, também, ainda, a indenização por dano moral assegurada pelo inciso X do art. 5º da *Lex Legum*, eis que a relação de trabalho não é de suserania, é de igualdade, de respeito, de intenso respeito, cabendo frisar que a igualdade prevista no art. 5º. da CF não restringe a relação de trabalho à mera relação econômica subordinada: assegura ao trabalhador o necessário respeito à dignidade humana, à cidadania, à imagem, à honradez e à auto-estima”. (“Assédio Moral – Doença Profissional que Pode Levar à Incapacidade Permanente e Até à Morte”, *Jornal Trabalhista-19926/3*, Edit. Consulex, 05/10/2002, p. 100, Brasília-DF)

O Egrégio TRT da 17ª. Região, pioneiramente, em brilhante acórdão da lavra da ilustre Juíza convocada SÔNIA DAS DORES DIONÍSIO, consagrou o assédio como fato gerador do dano moral:

“ASSÉDIO MORAL – CONTRATO DE INAÇÃO – INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – A tortura psicológica, destinada a golpear a auto-estima do empregado, visando forçar sua demissão ou apressar a sua dispensa através de métodos que resultem em sobrecarregar o empregado de tarefas inúteis, sonegar-lhe informações e fingir que não o vê, resultam em assédio moral, cujo efeito é o direito à indenização por dano moral, porque ultrapassada o âmbito profissional, eis que minam a saúde física e mental da vítima e corrói a sua auto-estima. No caso dos autos, o assédio foi além, porque a empresa transformou o contrato de atividade em contrato de inação, quebrando o caráter sinalagmático do contrato de trabalho, e por consequência, descumprindo a sua principal que é a de fornecer o trabalho, fonte de dignidade o empregado. Recurso improvido.”(TRT- 17ª Reg., RO 1315.2000.00.17.00-1).

2 CONCLUSÃO

O Assédio moral, ou seja, a exposição prolongada e repetitiva do trabalhador a situações humilhantes e vexatórias no trabalho, atenta contra a sua dignidade e integridade psíquica ou física. De modo que é indenizável, no plano patrimonial e moral, além de permitir a resolução do contrato (“rescisão indireta”), o afastamento por doença de trabalho e, por fim, quando relacionado à demissão ou dispensa do obreiro, a sua reintegração no emprego por nulidade absoluta do ato jurídico.

ABUSO DO DIREITO SINDICAL

Mauro Cesar Martins de Souza*

SUMÁRIO: 1 Considerações gerais; 2 Abuso de direito; 3 Abuso do direito sindical; 4 Abuso na organização sindical; 5 Abuso na ação sindical; 6 Abuso nos conflitos coletivos; 7 Abuso da representação dos trabalhadores na empresa; 8 Conclusões.

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Segundo os ensinamentos de Romita,¹ a necessidade de proteção social aos prestadores de trabalho subordinado – isto é, aos trabalhadores engajados em relação de trabalho dependente – deu origem ao direito do trabalho. Essa proteção se desenvolveu no plano individual e no plano coletivo, considerando o obreiro não só isoladamente mas também como integrante de um grupo ou coletividade. Dispensada por via direta, a tutela origina o direito individual do trabalho; por via indireta – através da mediação do grupo ou coletividade – provoca o surgimento do direito coletivo do trabalho. O direito individual do trabalho leva em conta o interesse concreto de cada trabalhador, como indivíduo determinado, como sujeito de uma relação individual de trabalho. O direito coletivo do trabalho se ocupa diretamente do grupo e indiretamente dos indivíduos; considera o interesse abstrato da coletividade, ou seja, o interesse coletivo.

Mais especificamente no direito coletivo do trabalho, tem-se o ordenamento jurídico sindical, dando espaço num sentido objetivo ou acepção ampla, ao chamado Direito Sindical, conjunto de princípios e normas que regulam a formação, o funcionamento e as relações coletivas entre as entidades de classe e os empregadores e empregados, assim como as relações entre elas e o Estado, para os efeitos da proteção do trabalho. O direito sindical deve ser compreendido como a parte do direito coletivo do trabalho que regula a organização e o funcionamento das entidades de classe bem como as relações entre elas e o Estado.²

O objeto do direito sindical é o cenário jurídico onde se exercita o conflito de poder entre o capital e o trabalho, bem como o cenário jurídico criado por tal conflito, isto é, as normas que estabelecem regras para o conflito e as regras geradas pelo próprio conflito. O preço da mercadoria trabalho se define como uma resultante do

* Advogado licenciado. Professor assistente de Direito Civil na Unesp. Mestre em Direito Civil pela UEL/PR. Doutorando em Direito do Trabalho pela PUC/SP. Juiz do TRT da 15ª Região. Juiz convocado pelo TST de 17.08.1999 a 09.12.1999. Membro do Instituto do Direito do Trabalho do Mercosul. Autor do livro "Responsabilidade civil decorrente do acidente do trabalho" (Ed. *Agá Juris*).

1 ROMITA, Arion Sayão. *Direito Sindical Brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Brasília/Rio, 1976, p. 11.
2 ROMITA, Arion Sayão. *Direito Sindical Brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Brasília/Rio, 1976, p. 15.

conflito entre o poder do empregador de impor condições de trabalho que lhe beneficiem e o poder que os empregados possam construir para impor melhores condições. O embate destas forças é o nervo central da experiência social que o direito do trabalho procura regular. O fenômeno sindicato exige compreensão de sua inserção neste universo conflitivo da luta de classes. A associação sindicato tem como objeto gerar uma força dos empregados que contraste a força dos patrões. Os sindicatos são associações que pretendem exprimir a vontade coletiva organizada de grupos envolvidos no conflito entre capital e trabalho, de molde a obter força suficiente para opor-se ao lado contrário. O seu projeto implícito é tornar-se fonte de poder, vale dizer, tornar-se fonte produtora de normas. Conseqüentemente, o sindicato é, ao mesmo tempo, destinatário e produtor de normas que estabeleçam condições de trabalho.

O art. 511 da CLT assevera que: “É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos, ou profissionais liberais, exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas. § 1º – A solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, constitui o vínculo social básico que se denomina categoria econômica. § 2º – A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional. § 3º – Categoria profissional diferenciada é a que se forma dos empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em conseqüência de condições de vida singulares. § 4º – Os limites de identidade, similaridade ou conexão fixam as dimensões dentro das quais a categoria econômica ou profissional é homogênea e a associação é natural”.

Sindicato, em linhas gerais segundo os lexicólogos, é uma associação que visa à defesa dos interesses de seus membros, a qual está prevista na legislação brasileira para representação de categoria profissional ou econômica, sendo a forma organizada pela qual as categorias de trabalhadores e de empresas realizam as relações coletivas de trabalho.

Outro não é o entendimento da Carta Magna em vigor ao asseverar que: “Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: I – a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical; II – é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município; III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; IV – a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista

em lei; V – ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato; VI – é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho; VII – o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais; 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. Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer”.

“Art. 9º. É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. § 1º. A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. § 2º. Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei”.

“Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação”.

“Art. 11. Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores”.

Além do disposto na Constituição Federal de 1988, a CLT também disciplina as prerrogativas e deveres dos sindicatos: “Art. 513. São prerrogativas dos sindicatos: a) representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias, os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou os interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão exercida; b) celebrar convenções coletivas de trabalho; c) eleger ou designar os representantes da respectiva categoria ou profissão liberal; d) colaborar com o Estado, como órgãos técnicos e consultivos, no estudo e solução dos problemas que se relacionam com a respectiva categoria ou profissão liberal; e) impor contribuições a todos aqueles que participam das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas. Parágrafo único. Os sindicatos de empregados terão, outrossim, a prerrogativa de fundar e manter agências de colocação”.

“Art. 514. São deveres dos sindicatos: a) colaborar com os poderes públicos no desenvolvimento da solidariedade social; b) manter serviços de assistência judiciária para os associados; c) promover a conciliação nos dissídios de trabalho; d) sempre que possível e de acordo com as suas possibilidades, manter no seu quadro de pessoal, em convênio com entidades assistenciais ou por conta própria, um assistente social com as atribuições específicas de promover a cooperação operacional na empresa e a integração profissional na classe. Parágrafo único. Os sindicatos de empregados terão, outrossim, o dever de: a) promover a fundação de cooperativas de consumo e de crédito; b) fundar e manter escolas de alfabetização e pré-vocacionais”.

Verifica-se, pois, que a grosso modo, o âmbito do direito sindical é composto de quatro partes: organização sindical; ação e funções dos entes sindicais, em especial

a negociação coletiva e os contratos coletivos de trabalho; conflitos coletivos de trabalho, formas de composição e greve; e representação dos trabalhadores na empresa.³

Entretanto, a atividade sindical dentro das partes acima mencionadas pode sofrer extrapolações. Trata-se de abuso do direito sindical.

2 ABUSO DE DIREITO

O abuso de direito existia no direito romano. Não tinha, é claro, a amplitude que lhe deram as legislações modernas, desde o Cód. Civil alemão, que se fundamentou no critério intelectual (*Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Anderen zuzufügen*), ao Código Civil soviético, que se baseou no critério econômico e social (*Les droits civils sont protégés par la loi, sauf dans le cas où ils sont exercés dans un sens contraire à leur destination économique et sociale*).

A regra era a de que os direitos subjetivos são absolutos. Algumas exceções, raras, é verdade, pelas quais se consideravam relativos certos direitos, isto é, passíveis de abuso, encontram-se no direito romano. Haja vista aquela pela qual se proíbia o uso de um direito com o fim de causar prejuízo a outrem. A tese é da absolutidade dos direitos, incontestavelmente. Assim, escreveu Gaio: *Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur*, e Paulo: *Nemo damnum facit, nisi qui id fecit quod facere jus non habet*, e Ulpiano: *Neminem laedit, nemo damnun facit, qui suo jure utitur*. A antítese é a da relatividade dos direitos, e Gaio e Paulo também escreveram: *Male enim nostro jure uti non debemus, Non omne quod licet honestum est*. Por fim, as conhecidas máximas – *Summus jus, summa injuria e Malittis non est indulgendum* – provam, à saciedade, que o abuso de direito não se desconheceu pelo direito romano.

Praticava-se o ato abusivo pela *aemulatio*. Consistia a *aemulatio* na execução, *animus nocendi*, de um ato, cujo autor estivesse no exercício de um direito seu. A palavra era conhecida pelo latim clássico, quer *malam*, quer *bonam partem*, e de Cícero são as seguintes palavras: *Aemulatio autem dupliciter illa quidem dicitur ut et in laude et in vitio nomen hoc sit. Nam et imitatio virtutis aemulatio dicitur ... et est aemulatio aegritudo si eo, quod concupierit, alius potiatur, ipse careat*.

No direito intermédio a doutrina de *aemulatio* teve grande desenvolvimento, ficando assentando, definitivamente, o princípio de que são proibidos os atos realizados *animus aemulandi*. A doutrina foi acolhida pelos canonistas, o que era natural, pois, segundo Santo Tomás de Aquino, que continuou a obra de Santo Agostinho e Santo Ambrósio, só a Deus corresponde um *dominium* absoluto: secundário e relativo, por consequência, aos homens. Vê-se, assim, que a concepção relativista da propriedade não é, como muita gente pensa, conquista do pensamento moderno, mas fruto sazoadado do pensamento tomista, tese defendida por Charles Gide, em sua *La solidarité*.

Posteriormente, a prática forense, com bases na doutrina de *aemulatio*, fortaleceu o princípio, já filosoficamente assentando, da relatividade dos direitos subjetivos,

3 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 24.

sobre o qual se funda a moderna teoria do abuso de direito. O critério intencional, que estudamos acima, e que se adotou pelo Código Civil alemão, tem sua origem na doutrina da *aemulatio*, elo que, através dos séculos, manteve o direito positivo voltado para as regras da moral, desta recebendo o necessário e benefício influxo.

Consoante Lima,⁴ a teoria do abuso do direito, qualquer que seja o fundamento adotado, qualquer que seja a teoria de sua existência, objetiva ou subjetiva ou mista, qualquer que seja o critério seguido por sua configuração e aplicação, veio ampliar os casos de responsabilidade tanto contratual como extracontratual, de modo a melhor amparar os direitos da vítima dos atos lesivos e causadores de dano. Mesmo para os que sustentam que o abuso só se configura quando o agente pratica o ato com a intenção de lesar o direito de outrem, a responsabilidade extracontratual surge à vista do ato doloso do agente, embora no exercício de um direito. A extensão do conceito de culpa ou da responsabilidade extracontratual, visto como, em todos os casos, o ato em si mesmo não é anormal nem ilícito; torna-se abusivo pela maneira pela qual é exercido pelo autor, cuja conduta o juiz deve apreciar em face da moral. A ruptura do equilíbrio dos interesses em presença é o critério fundamental do abuso do direito, decorrendo daí a culpa social, ao lado da culpa ordinária, que fere os direitos individuais, se refere à *culpa que lesa diretamente a sociedade*. Não há, nesta hipótese, apreciação de erro de conduta, mas baseando-se num critério social. O maior prejuízo social constitui, pois, o critério fixador do ato abusivo de um direito. Daí se poder concluir que a culpa não reside, no caso do abuso do direito causando dano a terceiro, num erro de conduta imputável moralmente ao agente, mas no *exercício de um direito causador de um dano socialmente mais apreciável*. A responsabilidade surge justamente porque a proteção do exercício deste direito é menos útil socialmente do que a reparação do dano causado pelo titular deste mesmo direito. A teoria do abuso do direito opondo-se à existência de direitos absolutos, condensada na máxima *neminem laedit qui suo jure utitur*, teria criado a *culpa no uso dos direitos*, uma variedade do delito ou do quase-delito, ampliando, sobremaneira, a proteção das vítimas contra o dano.

No ordenamento jurídico pátrio, a concepção do abuso de direito é deduzida por principal do art. 160, I, do Código Civil, ao asseverar que não constituem atos ilícitos os praticados no exercício regular de um direito reconhecido. Praticar ato no exercício regular de um direito reconhecido trata-se de uma circunstância que descaracteriza a ilicitude do ato e, em conseqüência, tira a obrigação do agente indenizar os danos que causar, além de não constituir crime por tratar-se de excludente da antijuridicidade (Código Penal, art. 23, III). Fora dos limites traçados na lei, haverá abuso de direito, excesso.⁵

O ato que não atende exigências do bem comum, que não observa os fins sociais, que é praticado no exercício irregular de um direito, é tido como abusivo.

4 LIMA, Alvinio. *Culpa e Risco*. 2. ed. (revista e atualizada pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval), São Paulo: RT, 1998, p. 255-257.

5 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*. 2. ed., São Paulo: Atlas, vol. 1, 1985, p. 189.

Precisa a explanação de Luna,⁶ ao concluir que o direito é norma e faculdade, sendo que as faculdades são contidas pelo direito subjetivo, o qual é relativo, donde a relatividade dos direitos subjetivos origina o abuso de direito. Abuso não é uso, é corruptela (*abusus non est usus, sed corruptela*). O abuso é o uso ilícito de poderes, faculdades, situações, causas ou objetos. Corruptela, contraria a ordem do direito desviando o exercício dos direitos subjetivos dos justos e verdadeiros fins do ordenamento jurídico.

Cunha de Sá apregoa que “reconhecido que a todas as prerrogativas jurídicas individuais, quer sejam quer não sejam de considerar como direitos subjetivos, vai inerente um valor que as funda e orienta a respectiva forma, tem de admitir-se logicamente a possibilidade de discrepância entre o concreto comportamento material do sujeito, que se arroga a titularidade do poder, da faculdade, da função ou da liberdade que diz exercer, não só com a respectiva estrutura qualificativa da norma jurídica que consagra a precisa prerrogativa em causa – e o problema será então de licitude ou de ilicitude (formal) – como também com aquele seu mesmo valor imanente – e agora o problema será já de acto abusivo”.⁷

Josserand ensina que a “*teoría del abuso de los derechos adquiere, pues, carta de ciudadanía en la jurisprudencia, en la legislación y aun en la doctrina, y, com ella, se abre un dominio inmenso a la culpa, la cual no retrocede ya ante la existencia de un derecho sino que, al contrario, se ajusta al ejercicio del derecho cuando este degenera en abuso. La falta motivada por el ejercicio de un derecho se convierte así en una noción práctica y corriente*”.⁸

Conforme Del Punta, “*se è vero, quindi, che «dove comincia l'abuso, finisce il diritto»*», è altrettanto indubbio che quanto più l'ordinamento si spende sul terreno della limitazione delle principali posizioni di potere negoziale, tanto meno si manifestano tendenze rivolte alla rivitalizzazione della concezione dell'abuso”,⁹ isto é, se é verdade que onde começa o abuso termina o direito, é entretanto seguro que quanto mais as ordens se expandem o seu principal terreno de limitação posiciona-se aos negócios, sendo capaz de manifestar as tendências de revitalização da concepção do abuso.

Lopes,¹⁰ baseado em Ripert, afirma que abusar do direito é então cobrir com a aparência do direito o ato que se tinha o dever de não realizar ou quando menos que não

6 LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso de Direito*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 42 e 99.

7 CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do Direito*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 621.

8 JOSSERAND, Louis. *Del Abuso de Los Derechos y Otros Ensayos*. Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 72.

9 DEL PUNTA, Riccardo. L'abuso Nel Diritto Del Lavoro, in *Diritto Privato 1997 – III L'abuso Del Diritto*. Padova: CEDAM, 1998, p. 410.

10 LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 74. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. I, 1989, p. 466.

era possível praticar senão indenizando os que foram por ele prejudicados. Chaves¹¹ fala em excesso no exercício do direito.

Consoante os ensinamentos de Carvalho Santos,¹² o abuso do direito é um ato ilícito, não podendo ser estudado senão como figurando dentro da teoria geral do ato ilícito. O exercício do direito, embora possa gozar da mais ampla liberdade, não pode ir além de um justo limite, por isso que todo direito acaba onde começa o direito de outrem. O abuso do direito consiste no exercício irregular, no exercício anormal do direito, no exercício do direito com excessos intencionais ou involuntários, dolosos ou culposos, nocivos a outrem.

Igualmente, Venosa¹³ assevera que o titular de prerrogativa jurídica, de direito subjetivo, que atua de modo tal que sua conduta contrarie a boa fé, a moral, os bons costumes, os fins econômicos e sociais da norma, incorre no ato abusivo. Nessa situação, o ato é contrário ao direito e ocasiona responsabilidade do agente pelos danos causados. Diniz¹⁴ esclarece que toda vez que houver excesso no exercício regular do direito, dá-se o abuso de direito, isto é, o mau exercício dos direitos subjetivos decorrentes de lei ou de contrato.

Pereira adverte que não se pode, na atualidade, admitir que o indivíduo conduza a utilização de seu direito até o ponto de transformá-lo em causa de prejuízo alheio.¹⁵ O exercício anormal de um direito reconhecido é ilícito.¹⁶

Dias¹⁷ tem como abuso de direito todo ato que, autorizado em princípio, legalmente, se não conforme, ou em si mesmo ou pelo modo empregado, a essa limitação. Santos¹⁸ alerta que a fórmula do abuso de direito poderá ser invocada sempre que aquela medida, no estado geral dos costumes e das relações sociais, for ultrapassada.

Segundo Beviláqua,¹⁹ estatui o art. 160, I, do Código Civil brasileiro, que não constitui ato ilícito o praticado no exercício regular de um direito reconhecido. *A contrario sensu*, o praticado em exercício não regular de um direito, é ilícito. Eis aí a condenação do abuso de direito, pois desde muito cedo, as melhores consciências sen-

11 CHAVES, Antônio. *Tratado de Direito Civil – Parte Geral* 1. 3. ed. São Paulo: RT, tomo 2, 1982, p. 1511.

12 CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. III, 1961, p. 338-342.

13 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Teoria Geral – Introdução ao Direito Romano*. 4. ed., São Paulo: Atlas, 1996, p. 396.

14 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, vol. 7, 1987, p. 377.

15 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 429.

16 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 257.

17 DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. 2, 1987, p. 535.

18 SANTOS, Ulderico Pires dos. *A Responsabilidade Civil na Doutrina e na Jurisprudência*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 460.

19 BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. 7ª tiragem, Rio de Janeiro: Rio & Faculdade Estácio de Sá, vol. I, 1940, p. 431-434.

tiram que o direito deve ser exercido dentro de certos limites éticos. Assim, o abuso do direito é o exercício anti-social de um direito, eis que os direitos não são fins em si, porém meios de realizar um fim, que lhes é exterior. Abusar do direito é tomar o meio pelo fim, é exercê-lo de modo contrário ao interesse geral e à noção de equidade. O exercício anormal do direito é abusivo. A consciência pública reprova o exercício do direito do indivíduo quando contrário ao destino econômico e social do direito, em geral.

Por sua vez, Rodrigues²⁰ apregoa que a utilização de um direito só não constituirá ato ilícito, se o titular o exercer regularmente. É o que proclama a lei. Daí decorre que, se o seu exercício foi irregular, há ilicitude. Monteiro²¹ conclui que à teoria do abuso do direito se vincula realmente a prática de emulação, que é ato realizado sem vantagem alguma para o titular, com o único propósito de causar dano a outrem.

Da mesma forma, Gomes²² discorre no sentido de admitir-se que o exercício dos direitos deve ser normal. O princípio de que cada qual pode usar de seu direito como lhe convém não é mais aceito em face do princípio da normalidade. Quem usa de seu direito de modo anormal comete abuso de direito. Pelo método de aferição teleológico o abuso se caracteriza quando o direito não é exercido de acordo com a sua destinação social. O abuso de direito é uma fórmula elástica que permite conter toda ação que se reputa inconveniente à nova ideologia das relações humanas, ao novo sentido que se vem emprestando ao comportamento social.

Em idêntica linha, Levenhagen²³ disciplina que abuso de direito consiste no exercício irregular ou anormal do direito, ou seja, no exercício do direito com excesso, seja intencional ou involuntário, doloso ou culposo, causando dano a outrem. O exercício do direito, quando contrário aos fins econômico e social, é repudiado pela consciência pública, constituindo, portanto, abuso no exercício desse direito.

Com propriedade, Miranda²⁴ esclarece que, entre a tese do uso indiscriminado ou absolutista dos direitos subjetivos e a antítese contida no princípio *summum ius summa injuria*, os doutrinadores do Século XX chegaram a uma conclusão inevitável: a síntese operou-se pela inclusão do abuso do direito na classe dos atos ilícitos.

Abuso de direito ocorre quando se ultrapassam os limites de atribuições legalmente delineadas ou desviam-se das finalidades objetivadas pela norma jurídica. Há excesso quando o ato praticado vai além do permitido e exorbita no uso de suas faculdades. Ocorre desvio quando se pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse coletivo. Desrespeitado o princípio da ra-

20 RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Parte Geral*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 1981, p. 315.

21 MONTEIRO, Washington de Barros. *Direito Civil – Parte Geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 1977, p. 282.

22 GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 122-124.

23 LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. *Código Civil – Comentários Didáticos – Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, vol. 1, 1995, p. 189.

24 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, tomo II, 1970, p. 291.

zoabilidade existe abuso, pois extrapolada a normalidade esperada. Há abuso quando o titular de um direito, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes. Destarte, será ilegítimo o ato para remover perigo iminente quando as circunstâncias não o tornarem absolutamente necessário, ou, tornando, excederem os limites do indispensável para tal. As faculdades jurídicas devem ser postas a serviço de um motivo legítimo, adequado a seu espírito e a sua missão, pois do contrário não seriam exercitados propriamente, mas sim abusivamente. O abuso de direito é sempre uma ilegalidade que invalida o próprio ato na sua origem.

Conforme salienta Diniz,²⁵ há no ordenamento jurídico brasileiro normas que, implicitamente, são contrárias ao exercício anormal de certos direitos. O art. 100 do Código Civil, ao prescrever que “não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito...”, está considerando como coação a ameaça do exercício anormal de um direito, para extorquir de alguém uma declaração de vontade, logo, com maior razão, está reprovando o efetivo exercício anormal desse direito. No artigo 160, ao arrolar as causas excludentes da ilicitude, dispõe, dentre outros, que “não constituem atos ilícitos... os praticados... no exercício regular de um direito reconhecido”, de forma que a *contrario sensu* serão atos ilícitos os praticados no exercício irregular de qualquer direito. Nos arts. 554 e 564, p. ex., há uma reação contra o exercício abusivo dos poderes do titular do domínio, tais como o mau uso da propriedade, prejudicando a segurança, o sossego ou a saúde do vizinho; o desvio de águas de seu curso normal para utilizá-las em prédio que lhe pertença, onerando com o escoamento deles o dono do prédio inferiormente situado. No mesmo teor de idéias o art. 1.530, que comina sanções ao credor que cometer a irregularidade de demandar o devedor antes do vencimento da dívida, fora dos casos permitidos em lei, caso em que ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro. Ter-se-á aqui a questão do excesso de pedido, em que o autor, movendo ação de cobrança de dívida, pede mais do que aquilo a que faz jus. Por isso, o demandante de má fé deverá aguardar o tempo que falta para o vencimento, descontar os juros correspondentes e pagar as custas em dobro. Se agiu de boa fé, deverá pagar tão-somente as custas vencidas na ação de cobrança de que decairá, por ser intempestiva. Tal não ocorrerá se se tratar de hipóteses em que se tem o vencimento antecipado das obrigações (CC, arts. 762 e 954; Lei de Falências, art. 25; Lei nº 6.024/74, art. 18, b). O mesmo se diga do art. 1.531 do Código Civil, que aplica sanções ao credor que demandar o devedor por dívida já solvida, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas, ou pedir mais do que for devido, pois ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se, por lhe estar prescrito o direito, decair da ação.

O Código de Processo Civil, continua a referida doutrinadora, por sua vez, também cuidou da questão do abuso de direito nos arts. 14 a 18, ao dispor sobre o processo

25 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, vol. 7, 1987, p. 378-379.

de conhecimento, impondo às partes no exercício do direito de ação ou no de defesa que procedam com lealdade e boa fé, sob pena de responderem, como litigantes de má fé, pelos prejuízos causados à contraparte. Esses preceitos, editados para o processo de conhecimento, são aplicáveis ao processo de execução, por força do art. 598 do Código de Processo Civil, de modo que as partes e os procuradores deverão proceder com lealdade e boa fé. Por outro lado, o seu art. 574 contém sanção específica ao abuso de direito no processo de execução, que, ao lado dos arts. 17, I, e 588, disciplina a responsabilidade do exequente: a) na execução provisória, responsabilidade objetiva, oriunda do fato de haver sobrevindo sentença que modificou ou anulou a que foi objeto da execução; b) na execução definitiva, apoie-se ela em título judicial ou extrajudicial, ter-se-á: responsabilidade subjetiva, pelo fato de haver o exequente deduzido pretensão cuja falta de fundamento não podia razoavelmente desconhecer, ou responsabilidade objetiva, quando a execução frustrar-se por ter sido declarada inexistente a obrigação que lhe deu lugar.

Ademais, a Lei de Falências (Decreto-lei nº 7.661, de 21/06/1945) consagra o pedido abusivo de falência em ao que gera indenização, bem como pune o exercício abusivo de crédito, por parte do falido.

Merece menção, ainda, o abuso de direito praticado no uso da personalidade jurídica (*disregard doctrine*). Referida doutrina ingressou, de forma clara e objetiva, no Código de Defesa do Consumidor (art. 28), sob o título de “Desconsideração da personalidade jurídica”. Dispõe o art. 28: “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, *houver abuso de direito*, excesso de poder, infração a lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”. Como se vê, entre as causas justificadoras da desconsideração da personalidade jurídica, tornando possível a extensão da responsabilidade para atingir as pessoas físicas que agem em nome do ente social, está o *abuso de direito*. De notar-se, ainda, que o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 39, ao tratar de *práticas abusivas*, traz à colação diversas condutas que podem influir na conceituação do abuso de direito.²⁶

Quanto à interpretação da norma, à observância do direito, tem-se com base no art. 5º da LICC, que a aplicação da lei seguirá a marcha dos fenômenos sociais, receberá, continuamente, vida e inspiração do meio ambiente e poderá produzir a maior soma possível de energia jurídica, sendo que todo ato interpretativo deverá fundar-se nesse objetivo do bem comum, que respeita o indivíduo e a coletividade, mediante um perfeito equilíbrio, tão necessário ao direito. O bem comum consiste na preservação dos valores positivos vigentes na sociedade, que dão sustento a determinada ordem jurídica.²⁷

26 LIMA, Alvinio. *Culpa e Risco*. 2. ed. (revista e atualizada pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval), São Paulo: RT, 1998, p. 252.

27 DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 162 e 166.

Se atualmente podemos afirmar que é quase unânime a aceitação do princípio de que a responsabilidade pode resultar do exercício abusivo do direito, a variedade de critérios fixadores do conceito do abuso de direito tem dividido a opinião dos doutrinadores, assim como as legislações. O afã com que os doutrinadores procuraram fixar uma fórmula capaz de conceituar, com precisão, a noção do abuso de direito abriu a divergência entre eles, tornando complexa e difícil a solução de problema.

A aplicação da proibição do ato emulativo, condenando a prática de atos lesivos intencionalmente de direitos de terceiros e sem apreciável utilidade para o agente, foi abertamente aceito pelo mundo que quase à unanimidade está de acordo em fixar a responsabilidade do titular de um direito com espírito de malícia para lesar outrem, sem interesse para si próprio.

Reconhece-se ao titular de um direito a faculdade de exercê-lo em oposição aos interesses de outrem; mas quando a lesão é ao mesmo tempo voluntária e desprovida de toda utilidade legítima para seu autor, os sentimentos morais estão de acordo com o raciocínio doutrinal, autorizando-se a reparação desta lesão.

O problema da responsabilidade civil, quando a intenção de lesar esteja conjugada aos motivos legítimos no exercício do direito, não deve encontrar uma solução unitária, tal como preconizam as teorias expostas.

Se a intenção de lesar é sempre denunciadora de um ato que deve ser repellido pelo direito – *malitiis non est indulgendum* –, a utilidade pessoal no exercício do direito é uma prerrogativa que a lei deve amparar e justificar. Ante esta colisão de interesses – a lesão do interesse de terceiro e o proveito do titular do direito –, só há um critério para solucionar o problema deste desequilíbrio de interesses: a verificação do dano em face da utilidade.

Neste caso, deve-se reprimir a intenção maléfica, conciliando socialmente os interesses em jogo, para condenar o autor do ato a reparar o dano causado, máxime quando se provar que o titular do direito poderia agir de outra forma mais suave.

Deve ser afastado o critério psicológico, visto como o abuso do direito se caracterizada pelo seu lado objetivo e não pelo seu fim; o ato intencional, com o fim exclusivo de lesar, é um ato objetivamente contra os bons costumes; é o exercício anormal do direito, mesmo que seja apenas imprudente.

O direito não pode ser exercido com um fim de vexame, ou de ser desagradável a terceiro. A culpa na execução (critério técnico); a ausência de interesse legítimo (critério econômico); o desvio do direito de sua função social (critério social ou finalista), devem ser considerados conjuntamente. A culpa na execução consiste em ter o titular do direito agido no exercício do mesmo sem interesse apreciável, sem vantagem, embora sem intenção de prejudicar, mas de tal maneira que o ato praticado seja economicamente mau e condenável. É uma culpa de ordem econômica. O interesse legítimo diz respeito a que as faculdades objetivas são conferidas aos homens pelo poder público, tendo em vista a satisfação de seus interesses, não de quaisquer interesses, mas de interesses legítimos; se o titular de um direito o exerce fora de todo o interesse, ou para a consecução de um interesse ilegítimo, ele abusa de seu direito, não merecendo a

proteção da lei. O exercício contrário à destinação econômica do direito, um verdadeiro contra-senso econômico, fixa esta concepção de ordem econômica. Mas este critério econômico, puramente materialista, não abrange todos os direitos, passando a abordar o último e verdadeiro critério do abuso, ou seja, o desvio do direito da sua função social, critério funcional ou finalista. Deve-se ter em vista a finalidade dos direitos, sua função própria a cumprir e, conseqüentemente, cada um deles deve realizar-se conforme o espírito da instituição; os pretensos direitos subjetivos são direitos-funções, os quais devem permanecer no plano da função que devem desempenhar, senão seu titular comete um desvio, um abuso de direito; o ato abusivo é o ato contrário ao fim da instituição, ao seu espírito, à sua finalidade.

O ato será normal ou abusivo se guiado ou não por um motivo legítimo, verdadeira pedra angular de toda a teoria do abuso do direito e seu precipitado visível. Ademais, o ato que rompe este equilíbrio é um ato anti-social e, portanto, abusivo, ainda que praticado sem intenção de lesar o direito de outrem. Não se descobre a medida justa e verdadeira de cada direito senão perscrutando seu fim econômico e social e comparando sua importância à dos interesses opostos; o juiz deve, portanto, pôr em jogo as considerações de ordem moral, social ou econômica que se encontram envolvidas no conflito dos interesses em choque.

Desde que o titular de um direito, exercendo-o em condições objetivamente irrepreensíveis, assim procede para atingir fins contrários aos protegidos pela lei e sem nenhum interesse legítimo, moral ou material, o ato é abusivo.

Sintetizando toda a exposição quanto aos critérios adotados para fixação do abuso de direito tem-se de um lado o critério subjetivo, que só admite a existência do exercício abusivo do direito com intenção de lesar o direito de outrem e sem utilidade apreciável para o agente; de outro lado os critérios finalistas ou objetivos, que são díspares. Para uns, será o exercício anormal do direito contrariando sua finalidade social e econômica; para outros a ausência de interesse legítimo ou a ruptura do equilíbrio dos interesses em jogo.

Esta diversidade de critérios demonstra a complexidade e as dificuldades do problema, provocando as críticas dos negadores da doutrina, ou entre os seus próprios defensores, no sentido de adotar o critério que lhes parece mais acertado. É preciso observar que cada direito tem um limite subjetivo diverso, segundo sua natureza.

A diversidade da natureza dos direitos não os afasta do princípio geral de que todo e qualquer direito tem uma finalidade específica, uma destinação econômica e social; o desvio desta finalidade ou destinação caracteriza o abuso do direito. Em cada caso concreto, qualquer que seja a natureza do direito, todos os critérios devem ser postos em jogo, atendendo ao princípio genérico da relatividade de todo e qualquer direito e da sua finalidade econômica e social; a aplicação de critérios diversos, distinguindo a natureza dos direitos, parece conduzir a uma classificação dos mesmos, dotados uns de mais ou menos prerrogativas; menos extensos, no exercício de cada direito; tal hierarquia só a lei objetivamente pode fixar. Quer se trata de um direito real, quer de um

exercício abusivo, deve ser adotada, atendendo à finalidade da norma lesada, ao espírito da instituição.

Genericamente, pode-se adotar como critérios identificadores dos atos abusivos, independentemente do posicionamento teórico, a intenção de lesar outrem, a ausência de interesse sério e legítimo e o exercício do direito fora de sua finalidade econômica e social. Neste sentido, atos *ad emulationem*, atos ofensivos dos bons costumes ou contrários à boa fé, bem como atos contrários ao fim social ou econômico do direito subjetivo, são alguns dos casos de responsabilidade civil resultante do exercício abusivo de direito.²⁸

3 ABUSO DO DIREITO SINDICAL

Como já explanado, as faculdades jurídicas devem ser postas a serviço de um motivo legítimo, adequado a seu espírito e a sua missão, pois do contrário não seriam exercitados propriamente, mas sim abusivamente. O abuso de direito é sempre uma ilegalidade que invalida o próprio ato na sua origem.

Destarte, repetindo, em linhas gerais o âmbito do direito sindical é composto de quatro partes: organização sindical; ação e funções dos entes sindicais, em especial a negociação coletiva e os contratos coletivos de trabalho; conflitos coletivos de trabalho, formas de composição e greve; e, representação dos trabalhadores na empresa. A atividade a ser desenvolvida por um sindicato é muito diversificada, atuando em vários setores. Entretanto, a atividade sindical dentro de tais partes, pode sofrer extrapolações. Embora o ato seja praticado, aparentemente, de conformidade com os cânones legais, o abuso do direito traduz-se num ato cuja ilegitimidade decorre do excesso no exercício de um direito subjetivo, que tem os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo seu próprio fim social e/ou econômico. Trata-se de abuso do direito sindical.

Com efeito, o abuso do direito sindical consiste no extrapolamento da atividade sindical. Embora o ato seja praticado, aparentemente, de conformidade com os cânones legais, o abuso do direito traduz-se num ato cuja ilegitimidade decorre do excesso no exercício de um direito subjetivo, que tem os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo seu próprio fim social e/ou econômico. O abuso do direito sindical é muito amplo, podendo ocorrer em todos os setores onde o sindicato é dotado de algum direito ou prerrogativa que, indevidamente é extrapolada.

O abuso do direito sindical pode levar à nulidade do ato e gerar direito à indenização de prejuízos que causar, além de produzir outros efeitos na esfera trabalhista, civil e penal. Veja-se cada uma das quatro partes do âmbito do direito sindical sob a visão do abuso do direito.

28 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, vol. 7, 1987, p. 380-384.

4 ABUSO NA ORGANIZAÇÃO SINDICAL

A organização sindical, consiste na parte estrutural do direito sindical. Analisa a estrutura interna de cada instituição sindical e o número de diretores do sindicato, critérios de agrupamento dos representados e as respectivas formas de representação, tipos de associações sindicais componentes do ordenamento jurídico do país, sistemas existentes, base geográfica ou do âmbito pessoal do sindicato, análise da categoria, a profissão ou os empregados de uma empresa, como critério de representação sindical. Enfim, estuda-se a estrutura sindical, analisando-se o modelo adotado, os princípios gerais que ordenam a matéria, com especial destaque para o sindicato, sua organização e ação.²⁹ Quanto à organização sindical, dentre outros, pode haver abuso do direito quanto ao número de dirigentes sindicais, quanto à base territorial e/ou à categoria, etc.

No tocante à autonomia sindical, resta vigorante, por recepcionados, os arts. 522 e 543, § 3º, da CLT, donde perdura o limite máximo de dirigentes e representantes de sindicato, com garantia de estabilidade, que é de sete diretores, três fiscais e seus suplentes, no total de vinte, sendo exorbitante fixação de representantes superior a tal limitação, caracterizando-se o abuso de direito, eis que se pretende apenas dar estabilidade a número maior de trabalhadores, e, como tal, considerado ato ilícito.

Por relevante, cabe consignar que o Excelso STF já decidiu que o art. 522 da CLT, o qual estabelece número de dirigentes sindicais, foi recebido pela Carta Magna em vigor em seu art. 8, inc. I, no Recurso Extraordinário nº 193.345.3/SC julgado em 13/04/1999 pela 2ª Turma, tendo como relator o ilustre Ministro Carlos Velloso.

A liberdade sindical da Carta Magna diz respeito à fundação e organização do sindicato e não à sua composição.³⁰ A estipulação pela CLT do número dos dirigentes sindicais protegidos pela estabilidade não é incompatível com o art. 8º, incs. I e VIII, da nossa Carta Magna, porque a liberdade sindical não se restringe às relações dos trabalhadores com o Estado, pois da estabilidade decorrem restrições aos direitos do empregador. Inexiste intervenção e ou interferência na organização do sindicato *in casu*.³¹

Neste sentido o entendimento jurisprudencial:

“A limitação imposta pelo artigo 522 da CLT foi recebida pelo artigo 8º, inciso I, da Constituição Federal. Com efeito, é de se reconhecer à entidade sindical o direito à ampla liberdade para dispor sobre sua constituição, estruturação, número de seus diretores, segundo o seu interesse e de seus associados. Entretanto à estabilidade provisória do dirigente sindical, impõe-se a observância estreita aos ditames do art. 522 da CLT, vedada a utilização de qualquer outro parâmetro ou critério, salvo decorrente de lei ou de expressa negociação

29 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 24-25.

30 ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. O Abuso das Diretorias Sindicais. *LTr Suplemento Trabalhista*. São Paulo: LTr, ano 30, nº 154, 1994, p. 853-854.

31 GONZALEZ, Ismal. Estabilidade de Dirigente de Federação. *Trabalho & Doutrina*, São Paulo: Sarai-va, nº 15, dez. 1997, p. 51.

coletiva, sob pena de abuso do direito que lhe confere a nova ordem constitucional”. (TST, ERR nº 325.312, SBDI1, rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, *in* DJ-U de 13/10/2000, p. 355);

“Longe fica de vulnerar o art. 8º, VIII, e o art. 543, § 3º, da CLT, decisão de Turma deste TST que negou provimento ao recurso de revista do reclamante firmando entendimento de que foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 o art. 522 da CLT, que fixa o número de diretores da entidade sindical. Caracteriza-se como abuso de direito à eleição de cinquenta e quatro dirigentes sindicais, que, por essa razão, não podem ser beneficiários da estabilidade prevista legal e constitucionalmente”. (TST, ERR nº 557.467/1999.5, SBDI1, rel. Min. Vantuil Abdala, *in* DJ-U de 13/10/2000, p. 360);

“1. Mandado de segurança contra liminar em processo trabalhista que determinou a reintegração de empregada eleita secretária do Departamento Feminino de Sindicato, cujos estatutos prevêm, entre titulares e suplentes, 328 dirigentes. 2. A liberdade de auto-organização sindical (CF/88, artigo 8º, incisos I e III) permite ao estatuto do sindicato criar tantos cargos de direção quantos reputados necessários, mas a garantia de emprego somente beneficia dirigentes em número não superior aos cargos previstos no art. 522, da CLT. 3. Não há arrimo legal para se consentir em que o Sindicato amplie, além do previsto no art. 522, da CLT, o número de componentes de seus órgãos de administração contemplados com estabilidade sindical, sob pena de afronta ao art. 5º, inciso II, da Constituição da República. 4. Ilegal e ofensivo ao direito líquido e certo da Impetrante o ato impugnado, concede-se a segurança para coibir-se abuso de direito”. (TST, ROMS nº 459.395, SBDI2, rel. Min. João Oreste Dalazen, *in* DJ-U de 19/05/2000, p. 185);

“Se é certo que a Carta Política, ao consagrar o princípio da ampla liberdade sindical (art. 8º, inciso I), objetivou afastar o Estado de toda e qualquer interferência na criação de sindicato, na sua estruturação, em seu funcionamento, eleição de seus membros, etc., não menos certo que exercício desse direito deve se dar nos exatos limites do regramento constitucional, desejado e expressamente acolhido pelo constituinte de 1988 e pela legislação ordinária. Na hipótese como a dos autos, em que há número excessivo de componentes dos órgãos de direção e representação sindical, há típico e inconfundível abuso do direito, que o intérprete e aplicador da lei deve repelir, para preservar o respeito à normalidade jurídica que deve existir entre empregado e empregador e seus respectivos órgãos sindicais. Por conseguinte, reconhece-se à entidade sindical a liberdade para dispor sobre sua constituição, estruturação, número de diretores, etc., segundo seu exclusivo interesse e de seus associados. Porém, para efeito de estabilidade 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 remarcado abuso de direito a ser afastado pelo Judiciário. Incólume,

portanto, o art. 896 da CLT, diante da decisão da Turma que afasta a violação dos arts. 8º, VIII, da Constituição Federal e 543 da CLT. Agravo Regimental em Embargos em Recurso de Revista não provido”. (TST, AGERR nº 603.647/1999.3, SBDII, rel. Min. Milton Moura França, *in* DJ-U de 27/04/2001, p. 314).

Além de abuso no número de dirigentes, na organização sindical pode haver abuso na base territorial e/ou da categoria, no caso de criação e/ou desmembramento de sindicatos, quando há invasão de base e/ou de categoria de sindicatos preexistentes. Invasão denota criação abusiva e/ou irregular de novo sindicato, segundo a vontade dos representados e o ordenamento jurídico vigente. Vejamos:

“1. Acolhendo o princípio da não intervenção e não interferência estatal na organização sindical (CF, artigo 8º, I), o legislador constituinte outorgou aos trabalhadores e empregadores interessados a capacidade para definir a base territorial da entidade que não poderá ser inferior à área de um Município, afastando a competência do Ministério do Trabalho para delimitá-la na forma prevista no artigo 517, § 1º da Consolidação das Leis do Trabalho. 2. Unicidade sindical. A norma constitucional estabelece que é livre a associação profissional ou sindical, vedando à lei a exigência de autorização estatal para a instituição de sindicato, ressalvado o seu registro no órgão competente (Ministério do Trabalho) a quem cumpre zelar pela observância do princípio da unicidade sindical em atuação conjunta com os terceiros interessados (sindicatos), de conformidade com as disposições contidas nas Instruções Normativas nºs 5/90 e 9/90, que lhes facultam, no prazo nelas fixado, a impugnação do registro de fundação da entidade, competindo à Administração Pública anular o ato se julgada procedente a alegação. 3. Artigo 571 c/c o artigo 570, parágrafo único da Consolidação das Leis do Trabalho. Possibilidade de cisão do sindicato principal com o objetivo de constituir entidade sindical específica, desde que observados os requisitos impostos pela norma trabalhista. 3.1. Em face das disposições contidas nos incisos I e II do artigo 8º da CF não mais prevalecem as restrições previstas na CLT. 4. Criação de sindicato por meio de desmembramento da entidade sindical preexistente. Verificação da regular decisão tomada pelos trabalhadores e comprovação de que a base territorial da nova entidade não é inferior à área de um Município. Reexame de provas, Incidência da Súmula 279/STF”. (STF, AgRg-AI nº 207.910-3 – SP, rel. Min. Maurício Corrêa, *in* DJ-U de 26/06/1998, p. 7);

“Sindicato – Criação – Novo Estatuto – Mero Registro em Cartório – Insuficiência – Impugnação pela Entidade mais Antiga – Apreciação pela Justiça Comum – Sindicato – Criação – Legitimidade – Embora não exista a figura do direito adquirido à base territorial ou à representatividade, o mero registro em cartório dos estatutos de novo sindicato, quando sua criação for impugnada pela entidade mais antiga, não é bastante para o reconhecimento de sua legitimidade, fazendo-se necessário, para tanto, a busca de decisão judicial na Justiça Comum pelos interessados, ante o teor do art. 8º, inciso II, da Constituição da Re-

pública, que veda a criação de mais de um sindicato representativo da mesma categoria profissional, na mesma base territorial”. (TST, RODC nº 232.098/95.4, SDC, rel. Min. Antônio Fábio Ribeiro, *in* DJ-U I de 25/04/1997, p. 15.481/2);

“Sindicato – Desmembramento – Possibilidade – Impugnação pela Entidade Anterior – Efeito – Competência – Justiça Comum – Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo – Ilegitimidade Ativa *Ad Causam* – À luz da lei e da jurisprudência, a existência de um determinado sindicato representativo de várias categorias, ou com jurisdição em diversos Municípios, não constitui óbice à formação de outros quaisquer, de menor abrangência. Os desmembramentos são possíveis, desde que seja esta a vontade dos interessados, sejam eles trabalhadores ou empregadores e que respeitado o limite do Município sede do Sindicato anterior – que não tem direito adquirido, quer à base territorial, quer à base representativa, apenas com respaldo em sua carta sindical. Entretanto, se a entidade sindical mais antiga inadmite ou impugna esse desmembramento, o reconhecimento de sua validade dependerá de decisão proferida pela Justiça Comum, a ser buscada pelos trabalhadores interessados na formação e existência efetiva dos Sindicatos desmembrados”. (TST, RODC nº 190.554/95.7, SDC, rel. Min. Armando de Brito, *in* DJ-U I de 23/02/1996, p. 3.711/12);

“1. Demonstrado o vício na forma, resultante de erro quanto à inexistência de impugnação anteriores ao registro deferido, à parla de simples inscrição cadastral, anotando-se que foram desobedecidas as normas aplicáveis, o ato pode ser cancelado pela autoridade administrativa competente, restaurando-se o statu quo ante. 2. Definida a legalidade do ato administrativo corrigindo o erro, sem a demonstração objetiva de ofensa ao direito de defesa, não se consubstancia o alegado direito líquido e certo à avaliação do cancelamento de registro viciado na sua formalização. 3. Segurança denegada”. (STJ, MS nº 6465 – DF, 1ª S., rel. Min. Milton Luiz Pereira, *in* DJ-U de 01/08/2000, p. 00184);

“Em se tratando de omissão da autoridade administrativa que, embora recebendo requerimento do administrado, se queda silente sem que decida, em tempo oportuno, o pedido que se lhe dirigiu, não há que se falar em decadência do direito à impetração. A administração não pode frustrar, por inteiro, o procedimento por ela própria estabelecido, deixando de despachar petição que lhe é dirigida durante longo espaço de tempo, para beneficiar-se com a decadência, atitude que se não compadece com o sistema jurídico-constitucional vigente. Consoante jurisprudência assente no STJ, se, nas informações, a autoridade impetrada contestou o mérito do mandamus, convola-se, *ipso facto*, em autoridade coatora, considerando-se o ato coator como se de sua autoria fosse. A inclusão de entidade sindical no AESB não constitui ato concessivo de personalidade jurídica, nem confere, ao requerente, legitimidade para representar a categoria respectiva. Em havendo impugnação, na esfera administrativa, o requerimento de arquivo no registro de sindicatos se transmudou em litígio, devendo o órgão da administração aguardar a solução das pendências na esfera jurisdicional.

Segurança denegada. Decisão unânime”. (STJ, MS nº 5581 – DF, 1ª S., rel. Min. Demócrito Reinaldo, *in* DJ-U de 13/10/1998, p. 5);

“I – A necessidade de registro em órgão competente tem caráter meramente formal, tratando-se tão-somente de exame dos atos constitutivos para verificar sua conformidade com as exigências legais. II – É vedado ao Estado a interferência e a intervenção na organização sindical, a ingerência em qualquer assunto ligado a sua vida e a autonomia – É crucial que o sindicato fundado, para adquirir personalidade jurídica, há de se submeter ao regime comum adotado para a formação das associações (art. 18 do Cod. Civ.) que não dependem de autorização governamental. III – O depósito dos atos constitutivos das entidades associativas de classes profissionais no arquivo de entidades sindicais brasileiras, no ministério do trabalho e previdência social – MTPS, não tem caráter autorizativo de funcionamento, de interferência ou efeito de autonomia das organizações, via conseqüência, havendo impugnação por terceiro ao pedido de depósito dos atos no arquivo, devem as partes dirimir a questão em juízo. IV – Mandado de segurança indeferido”. (STJ, MS nº 362 – DF, 1ª S., rel. Min. Pedro Acioli, *in* DJ-U de 04/02/2001).

5 ABUSO NA AÇÃO SINDICAL

A ação e as funções dos entes sindicais, em especial a negociação coletiva e os contratos coletivos de trabalho, consistem na parte relativa às normas coletivas que se projetarão sobre os contratos individuais de trabalho e às negociações coletivas.³² Quanto à ação sindical, dentre outros, pode haver abuso do direito quanto a cláusula de norma coletiva, como estipulação elevada de contribuição assistencial para toda a categoria sem direito de oposição, etc. Veja-se o posicionamento da jurisprudência:

“Além de a cláusula sob exame violar um dos mais importantes princípios do Direito do Trabalho – o da intangibilidade dos salários, previsto no art. 462 da CLT, verifica-se que é, sem dúvida, abusiva e prejudicial ao trabalhador, eis que fixa um valor exorbitante a ser descontado, caracterizando um verdadeiro assalto ao seu salário. Embora os sindicatos profissionais existam para defender os direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria (art. 8º, III, da CF/88), não raro constata-se flagrante antagonismo entre esses interesses e o das diretorias das entidades sindicais. Nem mesmo a adaptação da cláusula aos termos do Precedente Normativo nº 119, deste Tribunal, é possível, pelos aspectos expostos. Recurso provido para excluir a cláusula da sentença normativa”. (TST, RODC nº 668438, SDC, rel. Min. Rider Nogueira de Brito, *in* DJ-U de 01/12/2000, p. 542);

32 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 25.

DOCTRINA

“A contribuição confederativa não se insere no âmbito do dissídio coletivo. Não é norma ou condição de trabalho, pertinente aos contratos individuais de trabalho, encerrando tema de interesse exclusivo dos sindicatos profissionais. Ademais, é visível depender o inciso quatro, do artigo oitavo, da Constituição da República, de cuidadosa regulamentação legal, a fim de não serem praticados abusos em nome de um suposto poder de decisão da assembléia geral. Finalmente, recorro tratar-se de hierarquia constitucional o direito de trabalhadores e empresas não se associarem aos seus sindicatos, do qual se segue o direito de não contribuírem compulsoriamente. A contribuição sindical, prevista e regulamentada pela consolidação das Leis do trabalho, é uma única, não se justificando a pretensão sindical de criação de outra, mediante a elástica interpretação do dispositivo constitucional citado. Recurso ordinário provido”. (TST, RODC nº 200978/1995, SDC, rel. Min. Almir Pazzianotto Pinto, *in* DJ-U de 29/03/1996, p. 09670);

“1. A contribuição cobrada dos integrantes da categoria nos Dissídios ou Acordos coletivos em que haja aumento salarial deve restringir-se a um “quantum” razoável, e não constituir saque abusivo sobre o salário do trabalhador. Esse desconto, denominado “assistencial”, tem por finalidade custear atividades do Sindicato, como assistência médica e judiciária. Tal finalidade não pode ser desvirtuada para promover o enriquecimento da entidade sindical beneficiada. 2. Cláusulas constantes de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estipulando contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa assistencial, obrigando trabalhadores não sindicalizados, atentam contra a Constituição Federal que, em seus arts. 5º, XX e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. Precedente Normativo nº 119/TST. 3. Recurso Ordinário provido.” (TST, RODC nº 638882, SDC, rel. Min. Rider Nogueira de Brito, *in* DJ-U de 01/12/2000, p. 526).

6 ABUSO NOS CONFLITOS COLETIVOS

A terceira parte que compõe o direito sindical, conflitos coletivos de trabalho, formas de composição e greve, consiste na parte relativa às disputas entre os grupos representados pelos sindicatos, em suas diversas manifestações, das quais a greve é a principal.³³ Quanto à ação sindical, dentre outros, pode haver abuso do direito quanto ao abuso do direito de greve, etc.

Greve é meio, instrumento, para obter a solução direta do conflito. Há duas grandes correntes para explicar a greve: como fato jurídico e como direito subjetivo. Na história a greve passou por três grandes fases: a greve vista como um delito; a greve permitida ou suportada; a greve reconhecida como um direito do cidadão, assegurado, no mais das vezes, nas Constituições.

33 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 25.

Pimentel³⁴ considera o direito de greve um direito individual de exercício coletivo, pois o direito de abster-se do trabalho jamais se torna coletivo, ainda que decidido pela unanimidade de uma assembléia. A liberdade individual não pode ser cerceada por um suposto direito coletivo de greve. O que ocorre com o direito individual de greve é que o seu exercício, para ser legítimo, precisa derivar de uma decisão coletiva majoritária. Mas a adesão à greve coletivamente decretada é livre, tão livre quanto desejam livre o ser humano para pensar a decidir sob o que vai fazer, nos limites da lei.

Entretanto, como adverte Chedid,³⁵ a liberdade sem limites gera, naturalmente, um confronto heróico e turbulento, senão um choque traumático entre as forças que se opõe, cada um clamando por liberdade no avanço da opressão do vencido. E o direito está aí para estabelecer um limite regular de exercício natural de todos os direitos, garantindo, sempre, a ordem, a paz e a harmonia social. O legislador de 1988, ao limitar o direito de greve, além de ser mais sábio do que os constituintes anteriores, adequou-os aos superiores interesses da sociedade como um todo e a um patamar que autoriza seu exercício dentro dos limites da lógica do razoável e de uma conduta social não reprovável pelo direito positivo. É importante notar que, embora enfática, a regra do § 2º do art. 9º da CF, que sujeita os responsáveis por abuso do direito, serve como demonstração inequívoca de que o direito à greve é limitado, pois somente poderá haver abuso onde há limites.

Ribeiro³⁶ afirma que se o objetivo primordial é reivindicar direitos, ante o exercício legal que é a greve, o excesso e o abuso representam o divórcio entre a ação individual ou da categoria e a finalidade perseguida pelo direito. O abuso do direito da greve é uma situação de fato exorbitante ao direito, porque é a prática anormal de um ato, no propósito de lesar, sem utilidade própria, desvirtuando a finalidade visada pelo direito.

Consoante assevera Barros,³⁷ o poder é unicamente concedido aos homens para fins determinados de que o titular não pode afastar-se. O direito não é absoluto, porque o absolutismo é sinônimo de soberania; não sendo o homem soberano na sociedade, o direito que tem é, por conseguinte, simplesmente relativo. O ato abusivo deve ser definido como ato contrário ao fim da instituição, ao seu espírito, à sua finalidade. O titular do direito tem de prestar contas por que e como usou o seu direito. O seu ato não é legítimo por si mesmo, mas somente se for motivado por essa causa legítima.

34 PIMENTEL, Marcelo. Abuso do Direito de Greve. *Revista LTr*, nº 12. São Paulo: LTr, vol. 54, dez. 1990, p. 1442.

35 CHEDID, Antônio Carlos Facioli. O Direito de Greve e Seus Limites à Luz da Nova Constituição e do Direito Positivo. *Revista LTr*, São Paulo: LTr, vol. 54, nº 07, jul. 1990, p. 832-833.

36 RIBEIRO, Lélia Guimarães Carvalho. Responsabilidade Civil do Sindicato pelo Abuso do Direito de Greve. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, São Paulo: LTr & Brasília: MPT, nº 02, set. 1991, p. 132.

37 BARROS, Cassio Mesquita. Responsabilidade Civil do Sindicato na Greve. *Síntese Trabalhista*. Porto Alegre: Síntese, vol. 98, ago. 1997, p. 21.

Com efeito, a greve não é um direito absoluto. Só por se tratar de um direito já existem limitações, iniciando-se por aquelas resultantes de outros princípios constitucionais, diante da necessidade de compatibilizar os interesses garantidos pelo direito de greve com outros interesses garantidos pela própria Carta Magna,³⁸ conforme preceitua o art. 6º, § 1º, da Lei nº 7.783, de 28/06/1989. Há também limites internos, decorrentes da própria Lei de Greve, como ao determinar que os atos empregados pelos grevistas não poderão causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa (art. 6º, § 3º). Existem limitações totais ao direito de greve, como em relação aos militares que estão proibidos de fazer greve (CF, art. 42, § 5º). Já os servidores públicos poderão fazê-la, porem nos termos e limites definidos em lei específica (CF, art. 37, inc. VII).

A Lei nº 7.783, de 28/06/1989, estabelece que a inobservância de suas determinações, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho, salvo se a finalidade da paralisação é exigir o cumprimento de norma legal convencional ou quando a superveniência de fato novo venha modificar substancialmente a relação de trabalho, são caracterizadas como abuso de direito de greve (art. 14), que se identifica com o conceito de ilegalidade. O abuso é formal quando não observadas as formalidades legais, como a não concessão de aviso prévio de greve, e, é material se a greve realizar-se em atividades proibidas.

Para Costa,³⁹ o abuso de direito na greve consiste, pois, no exercício imoderado, indevido, irregular ou anormal de qualquer direito, que importe no ultrapassamento dos limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico do mesmo ou na geração de danos injustos ou despropositados. Pode vir a ser praticado pelo trabalhador, pelo empregador, pelas entidades ou coalizões que os representam, na ocorrência de quaisquer das ações ou omissões. A Constituição e a Lei nº 7.783 substituíram a noção apriorística de greve ilegal pela idéia *a posteriori* de abuso de direito na greve, transferindo, na sua maior parte, do Estado para o particular, a iniciativa de se opor a esses excessos, fazendo uso dos meios jurídicos compatíveis com a reparação pretendida.

Segundo Saad,⁴⁰ é o abuso do direito uma das várias modalidades do ato ilícito. Ele se configura quando o ato é praticado, aparentemente, de conformidade com os cânones legais, mas com a intenção de prejudicar alguém. Dessarte, traduz-se o abuso do direito num ato cuja ilegitimidade decorre do excesso no exercício de um direito subjetivo. Este tem os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo seu próprio fim social ou econômico. Infere-se desse conceito de ato abusivo que seu autor ou responsável é obrigado por lei a reparar os danos causados a outrem (art. 15 da Lei nº

38 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 373.

39 COSTA, Orlando Teixeira da. Do Abuso de Direito na Greve. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo: LTr, 1989, p. 94.

40 SAAD, Eduardo Gabriel. "Exercício Irregular do Direito de Greve". *LTr Suplemento Trabalhista*, São Paulo: LTr, ano 34, nº 164, 1998, p. 770.

7.783/1989; art. 159, combinado com os arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553, todos do Código Civil).

Abuso é o descumprimento de exigência da lei, bem como a manutenção da greve após acordo ou decisão judicial (art. 14, da Lei nº 7.783, de 28/06/1989), salvo se a finalidade da paralisação é exigir o cumprimento de norma convencional ou quando a superveniência de fato novo venha modificar substancialmente a relação de trabalho (art. 14, parágrafo único). A responsabilidade pelos atos abusivos é apurada segundo a lei trabalhista, civil e penal (art. 15). O Ministério Público pode requisitar a abertura de inquérito e processar criminalmente aqueles que praticaram ilícitos penais. O empregador pode, no caso de abuso, despedir por justa causa (arts. 7º e 14). O sindicato é passível de responder por perdas e danos.⁴¹

Como ensina Süsssekind,⁴² a responsabilidade trabalhista e a penal têm caráter individual, uma vez que se restringem ao autor ou autores do delito, enquanto que a responsabilidade civil tanto pode atingir o trabalhador que praticou o ilícito como o sindicato que o determinou. Por sua vez, Barros⁴³ esclarece que o problema da responsabilidade decorrente do exercício dos direitos ligados à personalidade jurídica do sindicato persiste e deve ser enfrentado pela doutrina e pela jurisprudência. A responsabilidade é, no caso de greve, extracontratual ou aquiliana. Dessa forma, o sindicato responde por todos os atos como qualquer outra pessoa jurídica de direito privado pelos ilícitos que cometer. E poderá responder solidariamente com o trabalhador que tiver praticado o ilícito em obediência a uma ordem da sua diretoria ou do comando de greve escolhido pela assembléia geral. Vejamos alguns julgados quanto ao abuso do direito de greve:

“Conquanto haja ainda esparsas manifestações favoráveis a que a ofensa generalizada a direitos individuais possa vir a constituir objeto de reivindicação em sede coletiva e motivar a paralisação do trabalho, a jurisprudência pacífica da Eg. SDC orienta-se no sentido de considerar ilegítimo o sindicato condutor do movimento paredista para a propositura da ação que objetive a qualificação jurídica do movimento. É consagra entendimento segundo o qual, independentemente da motivação respectiva, os movimentos paredistas devem ater-se às formalidades estabelecidas na Lei nº 7783/89, sob pena de serem juridicamente qualificados como abusivos. Recurso Ordinário do Ministério Público do Trabalho conhecido e provido”. (TST, RODC nº 604276, SDC, rel. Min. Armando de Brito, *in* DJ-U de 24/03/2000, p. 8);

“A realização de movimento paredista é direito dos trabalhadores, assegurado pela Constituição, para exercício nos limites da lei. Mas somente ao

41 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 27. ed. São Paulo: LTr, 2001, p. 565.

42 SÜSSEKIND, Arnaldo. *Responsabilidade pelo Abuso do Direito de Greve*. Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho, São Paulo: LTr, nº 01, 1993, p. 42.

43 BARROS, Cassio Mesquita. Responsabilidade Civil do Sindicato na Greve. *Síntese Trabalhista*, Porto Alegre: Síntese, vol. 98, ago. 1997, p. 19.

ministério público do trabalho e ao empregador (ou à categoria econômica), é dado opor-se a ele e pedir-lhe o reconhecimento como abusivo. O ato de deflagrar greve é de fato incompatível com o ajuizamento de ação com o propósito de pedir sua não abusividade. É uma demonstração de que o sindicato profissional não está convicto da legalidade dos procedimentos adotados. Processo que se extingue, sem julgamento do mérito, na forma do artigo duzentos e sessenta e sete, incisos quatro e seis do CPC”. (TST, RODC nº 384172/1997, SDC, rel. Min. Armando de Brito, *in* DJ-U de 13/03/1998, p. 200);

“É a categoria, enquanto sujeito coletivo, a titular do direito de paralisar as atividades produtivas, na defesa de interesse próprio, observadas as formalidades legais. O sindicato, por seus dirigentes, não se pode assenhorar das prerrogativas que a lei confere àquela, nem subverter a ordem jurídica e sua própria finalidade social, para submetê-la à sua vontade. Seu papel, ao contrário, é o de cumprir as determinações dos trabalhadores em assembléia. Caracterizada a tentativa dos dirigentes sindicais de sobrepor seus interesses aos da categoria que representa, bem como a prática de atos ilegais e abusivos, dos quais resultaram prejuízos objetivamente comprovados para o empregador, sujeitam-se aqueles a ações penal e civil, para reparação de perdas e danos, e a eventuais sanções previstas no estatuto da entidade sindical; mas não pode a categoria, que não apoiou sua atuação, ser penalizada com a declaração de abusividade de uma greve que, na prática, incorreu, enquanto fenômeno coletivo”. (TST, RODC nº 421589/1998, SDC, rel. Min. Armando de Brito, *in* DJ-U de 07/08/1998, p. 359).

7 ABUSO DA REPRESENTAÇÃO DOS TRABALHADORES NA EMPRESA

A representação dos trabalhadores na empresa consiste na parte relativa às relações coletivas de trabalho na empresa, sindicais, não sindicais e mistas. Os trabalhadores criam comissões no interior da empresa. Visam abrir um canal de comunicação direto com o empregador para resolver questões de rotina entre os trabalhadores e a empresa. Os sindicatos procuram interferir nessas representações. Estas sofrem, de algum modo, a interferência sindical. Os sindicatos organizam grupos, nem sempre formalizados, que atuam no interior da fábrica para manter um constante diálogo de influência sobre os trabalhadores. Existem braços sindicais nos locais de trabalho, formalizados ou não.⁴⁴

Se individualmente o sindicato representa apenas o associado, não poderá ser considerado representante dos trabalhadores no interior da empresa, pois nem todos são sócios do sindicato. Isso porque, além do sindicato, há outras formas de representação, mesmo sem a participação sindical, como ocorre com a CIPA – Comissão Interna de Prevenção de Acidentes, e com a representação dos trabalhadores, referida no art.

44 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 26.

11 da Constituição Federal. A representação dos trabalhadores nas empresas não é sindical. Assim, os dirigentes sindicais não estão autorizados a acompanhar a fiscalização do trabalho, conferindo-se tal papel aos representantes dos trabalhadores, membros de comissões de segurança e saúde ou aos delegados de pessoal ou comitês de empresa. O empregador não está obrigado, por qualquer dispositivo legal, a permitir o ingresso de dirigente sindical, para acompanhar agente de inspeção, ainda que a fiscalização se relacione com a saúde e a segurança dos trabalhadores. Portanto, a exigência de agente impondo ao empregador a obrigação de permitir o ingresso de dirigente sindical no interior do estabelecimento é arbitrária e incompatível não só com o estado de direito, mas com o estado democrático de direito. Em consequência, o ato assim praticado é ilegal, pois atenta contra o direito de propriedade do empregador, constituindo-se abuso de poder.⁴⁵

8 CONCLUSÕES

O objeto do direito sindical é o cenário jurídico onde se exercita o conflito de poder entre o capital e o trabalho, bem como o cenário jurídico criado por tal conflito, isto é, as normas que estabelecem regras para o conflito e as regras geradas pelo próprio conflito. Neste contexto, o sindicato é, ao mesmo tempo, destinatário e produtor de normas que estabeleçam condições de trabalho.

Abuso de direito ocorre quando se ultrapassa os limites de atribuições legalmente delineadas ou desvia-se das finalidades objetivadas pela norma jurídica. Há excesso quando o ato praticado vai além do permitido e exorbita no uso de suas faculdades. O abuso de direito é sempre uma ilegalidade que invalida o próprio ato na sua origem.

A liberdade sindical é saudável e somente foi obtida depois de muitos anos de lutas. Há de ser preservada, sem que se verifique o uso anormal desse direito constitucionalmente garantido.⁴⁶

A atividade a ser desenvolvida por um sindicato é muito diversificada, atuando em vários setores. Entretanto, a atividade sindical dentro de suas partes (organização sindical; ação e funções dos entes sindicais, em especial a negociação coletiva e os contratos coletivos de trabalho; conflitos coletivos de trabalho, formas de composição e greve; e representação dos trabalhadores na empresa), pode sofrer extrapolações.

Embora o ato seja praticado, aparentemente, de conformidade com os cânones legais, o abuso do direito traduz-se num ato cuja ilegitimidade decorre do excesso no exercício de um direito subjetivo, que tem os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo seu próprio fim social e/ou econômico. Trata-se de abuso do direito

45 MANNRICH, Nelson. Representação dos Trabalhadores na Empresa. *Revista LTr*, São Paulo: LTr, vol. 61, nº 09, set. 1997, p. 1182-1185.

46 ANDRADE, Dárcio Guimarães de. "Abuso do direito sindical". *Síntese Jornal*, Porto Alegre: Síntese, Ano 4, nº 52, jun. 2001, p. 3.

DOUTRINA

sindical, que está intimamente ligado à proteção contra os atos anti-sindicais, como a coroa para a cara na moeda ou na visão de quem deve ser resguardado pela tutela contra atos anti-sindicais e, por alguma razão, perde a proporcionalidade quando do embate com o empregador e/ou com os próprios integrantes de sua categoria.

O abuso do direito sindical consiste no extrapolamento da atividade sindical. Embora o ato seja praticado, aparentemente, de conformidade com os cânones legais, o abuso do direito traduz-se num ato cuja ilegitimidade decorre do excesso no exercício de um direito subjetivo, que tem os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo seu próprio fim social e/ou econômico. Tal abuso pode levar à nulidade do ato e gerar direito à indenização de prejuízos que causar, além de produzir outros efeitos na esfera trabalhista, civil e penal.

O NOVO ARTIGO 467 DA CLT

Luiz Eduardo Gunther*

SUMÁRIO: 1 O sistema revogado; 2 As mudanças em vigor; 3 O conflito de leis no tempo; 4 As alterações quanto ao montante da penalidade e incidência; 5 A exclusão da penalidade aos órgãos públicos; 6 O aparente conflito com o parágrafo 8º do artigo 477 da CLT; 7 Algumas posições da jurisprudência e da doutrina à luz da regra antiga; 8 Conclusões.

1 O SISTEMA REVOGADO

A conhecida dobra do artigo 467 da CLT aplicava-se quando, havendo rescisão contratual, o empregador não pagava ao empregado, na data do comparecimento à audiência na Justiça do Trabalho, a parte incontroversa dos salários.

Os requisitos indispensáveis para aplicação dessa multa, segundo Mozart Victor Russomano, eram: a) rescisão do contrato de trabalho; b) salário incontroverso; c) retardamento no ato de pagar.¹

2 AS MUDANÇAS EM VIGOR

O *caput* do artigo 467 da CLT, consoante a nova redação estabelecida pela Lei nº 10.272, de 05.09.2001 (DOU 06.09.01), agora, diz o seguinte: “*Em caso de rescisão de contrato de trabalho, havendo controvérsia sobre o montante das verbas rescisórias, o empregado é obrigado a pagar ao trabalhador, à data do comparecimento à Justiça do Trabalho, a parte incontroversa dessas verbas, sob pena de pagá-las acrescidas de cinquenta por cento*”.

Por outro lado, através de Medida Provisória (nº 1.984-16/00, originariamente), foi acrescentado o parágrafo único ao artigo 467 da CLT, estabelecendo que: “*O disposto no caput não se aplica à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e as sua autarquias e fundações públicas*”.

3 O CONFLITO DE LEIS NO TEMPO

Estabeleceu o artigo 2º da Lei nº 10.272, de 05-09-01 que a mudança na redação do *caput* do artigo 467 da CLT começou a vigorar na data da publicação da norma, que ocorreu no DOU de 06-09-01.

* Juiz do TRT da 9ª Região.

1 Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. vol. I. I. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 481/482.

O artigo 1º da referida lei foi expresso ao dizer que o artigo 467 da CLT passava a vigorar com outra redação, e, como diz o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, “*A Lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior*” (Decreto-lei nº 4.657, de 04-09-42).

É oportuno dizer que se aplica o princípio do efeito imediato, no sentido que: “*A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada*” (artigo 6º, *caput* da Lei de Introdução ao Código Civil).

Como se sabe, a atuação da lei no tempo dá origem à teoria de retroatividade das leis, projeção da lei no passado, ou sobre fatos anteriores, também denominado direito intertemporal, como ensina Washington de Barros Monteiro, em seu Curso de Direito Civil: “*Em regra, deve prevalecer o princípio da irretroatividade; as leis não têm efeitos pretéritos, elas só valem para o futuro (lex prospicit, non respicit). O princípio da não-retroprojeção constitui um dos postulados que dominam toda legislação contemporânea*”.²

Aplicando-se esses dois princípios, do efeito imediato e da irretroatividade, pode-se chegar a conclusões como a seguir.

A partir de 06-09-01, em toda as ações trabalhistas em andamento na Justiça do Trabalho, por força do princípio do efeito imediato, aplica-se a Lei nº 10.272/01, com a incidência da penalidade de cinquenta por cento, em caso de não pagamento da parte incontroversa das verbas rescisórias.

Parece evidente que àqueles empregadores que compareceram a audiências já realizadas, sob a égide da antiga redação do artigo 467 da CLT, não há como aplicar a nova norma, ante o princípio da irretroatividade. Isso porque o momento que a lei estabelecia para o seu cumprimento era “a data de seu comparecimento ao tribunal do trabalho”. Assim, naqueles inúmeros casos em que o empregador, antes da lei nova, compareceu à Vara do Trabalho e não pagou os salários incontroversos, ficou obrigado ao pagamento em dobro.

Já relativamente aos comparecimentos àqueles audiências realizadas a partir de 06-09-01, passa a ser aplicável, de imediato, a nova redação do artigo 467, por suposto não sendo mais devida a dobra, mas, apenas, cinquenta por cento, a título de penalidade pela ausência do pagamento da parte incontroversa das verbas rescisórias.

Quanto ao parágrafo único do artigo 467, introduzido por Medida Provisória (nº 1.984-16/00, reeditada mensalmente), qual seria a regra aplicável relativamente ao direito intertemporal?

A mesma que se aplicou em relação ao *caput*. Vale dizer, o comparecimento à Vara do Trabalho é o divisor de águas: às audiências realizadas antes da introdução dessa regra (até 06-04-00, um dia antes da edição da MP nº 1984-16) aplica-se a dobra

2 BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 30.

quanto à parte incontroversa dos salários. A partir da edição da Medida Provisória nº 1.984-16 (desde 06-04-00), ainda que a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações públicas compareçam à Vara do Trabalho e não paguem a parte incontroversa dos salários, ou das verbas rescisórias, estão desonerados do pagamento de penalidade a respeito (a dobra até 05-09-01, e 50% a partir de 06-09-01). A Medida Provisória n 1.984-16, de 06.04.00, que cresceu, pela primeira vez o parágrafo único ao artigo 467 da CLT, foi publicada no DOU de 07.04.00, p. 24-26.³

4 AS ALTERAÇÕES QUANTO AO MONTANTE DA PENALIDADE E INCIDÊNCIA

Três mudanças significativas podem ser constadas em a nova redação do *caput* do artigo 467 da CLT.

A *primeira* delas é quanto à rescisão do contrato de trabalho, que na redação primitiva dizia: “motivada pelo empregador ou pelo empregado”, e na atual omite qualquer referência a respeito, levando-se a concluir que a regra incide sobre qualquer rompimento contratual, mesmo não sendo causado por um ou por outro.⁴

A segunda modificação é muito importante porque atinge o tipo de verbas sobre as quais incide a penalidade. A antiga redação mencionava a parte incontroversa dos *salários*. A nova regra refere-se a *verbas rescisórias*. Talvez o legislador tenha sido sensível à polêmica existente na Justiça do Trabalho, vale dizer, sobre qual montante incidiria a penalidade: salários em sentido restrito⁵ ou em sentido amplo.⁶

Agora a nova lei parece não deixar qualquer dúvida: a penalidade incide sobre a parte incontroversa do montante das *verbas rescisórias*. Embora não tenha um sentido técnico, pois não há conceituação legal, ou doutrinária, sobre o que se pode considerar como sendo verbas rescisórias, tal vácuo terá que ser preenchido.

A título de contribuição para o estudo, e aprofundamento, dessa matéria, poderíamos dizer que a praxe consagrou a expressão verbas rescisórias como tendo dois significados possíveis: a) *em sentido restrito* – aquilo que é devido ao empregado uma vez rompido o vínculo contratual, em decorrência apenas, e tão-somente, da rescisão, que normalmente corresponde, por exemplo, a saldo salarial, aviso prévio, 13º salário, férias, FGTS; b) *em sentido amplo* – tudo o que o empregado tem direito a receber do empregador, não só pela ocorrência da ruptura contratual, mas, também, os direitos que obteve durante a vigência do pacto, como, por exemplo, horas extras, adicional de insalubridade, adicional noturno, e mais aquelas já mencionadas na alínea anterior.

3 Genesis. Revista de Direito do Trabalho. Curitiba, nº 88, abril 2000, p. 627/631.

4 Ver a respeito o preciso “Rescisão do Contrato de Trabalho: doutrina e prática”, dos Professores José Affonso Dallegrave Neto e Cláudia Salles Vilela Vianna. São Paulo: LTr, 2001, onde são, minuciosamente, examinadas as rupturas contratuais não causadas por trabalhador ou empregador, como as decorrentes de força maior e *factum principis*, por exemplo.

5 Como CARRION, Valentin, *Comentários*, 26 ed. Saraiva, 2001, p. 317.

6 MARTINS PINTO, Sergio. *Comentários à CLT*, 4. ed. Atlas, 2001, p. 421.

DOCTRINA

A terceira alteração consistiu na mudança do valor da penalidade, que antes era a dobra, para determinar, agora, o acréscimo em cinquenta por cento. O aparente prejuízo que foi causado ao trabalhador com a redução do índice (montante) da penalidade, parece ter sido compensado com a base de cálculo sobre o qual incide (antes salários, agora verbas rescisórias).

Exemplificando: pela antiga redação, em ação em que o empregador compareceu à Justiça do Trabalho até 05.09.01, onde o empregado aduzia remanescer diferenças de verbas rescisórias no importe de R\$ 3.000,00, nelas incluídos salários de R\$ 1.500,00, e o empregador alegava que eram R\$ 2.000,00, sendo apenas R\$ 1.000,00 de salários, mas ainda assim não pagava este último valor, era condenado a pagar apenas a parte incontroversa (R\$ 1.000,00) em dobro (+ R\$ 1.000,00), pois os restantes R\$ 500,00 eram controvertidos. Agora, no entanto, comparecendo a partir de 06.09.01 (Lei nº 10.272/01), diante das mesmas razões, ficará sujeito ao pagamento da multa de 50% sobre o total de verbas rescisórias declarado correto pelo Juízo, ou seja, se a Justiça do Trabalho, ao final, decidir que o direito do empregado correspondia a, por exemplo, R\$ 2.500,00 (R\$ 1.000,00 de salários + R\$ 1.500,00 das demais verbas), se nada foi pago na primeira audiência, o empregador será penalizado em 50% deste valor (R\$ 1.250,00).

Mesmo que a proporção tenha diminuído, ainda é possível estabelecer nesta parte da CLT uma correlação com a Lei do capítulo XXII do Êxodo, em que Deus mandava que quem furtasse um boi, restituísse cinco, a qual, pensamos, não pode ser extirpada. Explica o Padre Antônio Vieira: “*Há-se de entender, diz o Santo, distinguindo na mesma Lei duas partes; uma enquanto Lei Natural, pelo que pertence à restituição, e outra enquanto Lei Positiva, pelo que pertence à pena. A Lei Natural para guardar a igualdade do crime do furto acrescentou em pena mais quatro tantos, e por isso manda pagar cinco por um*”.⁷

5 A EXCLUSÃO DA PENALIDADE AOS ÓRGÃOS PÚBLICOS

O parágrafo único, acrescido ao artigo 467 da CLT, teve como finalidade excluir a incidência da penalidade do *caput* aos órgãos públicos (Medida Provisória nº 1.984-16/00 e suas reedições).

Interpretando essa mudança legal, o Professor Sergio Pinto Martins esclareceu que: “*O artigo 467 da CLT não se aplica à União, Estados, Distrito Federal, e Municípios, nas autarquias e fundações públicas em razão de que as condenações judiciais têm de ser satisfeitas por precatório. Tais entes muitas vezes também não têm o número de imediato. Às fundações privadas aplica-se o artigo 467 da CLT, pois o dispositivo faz referência a fundações públicas*”.⁸

7 VIEIRA, Antônio. *Sermão do Bom Ladrão*. Sermões. Organização Alcir Pécora. São Paulo: Hedra, 2000, p. 411.

8 MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 423.

Do ponto de vista doutrinário, o ideal é que a Medida Provisória não fosse transformada em lei, nesse ponto, pois manteria uma injustificável isenção dos órgãos públicos ao cumprimento da lei, embora isso pareça, neste quadro, muito improvável, lamentavelmente. Como o atraso no pagamento gera o acréscimo da multa do parágrafo 8º do artigo 477 da CLT, como veremos a seguir, também deveria ser devida a penalidade do artigo 467 da CLT, pois são verbas incluídas em orçamento, e as rescisões contratuais constituem fatos previsíveis.

6 O APARENTE CONFLITO COM O PARÁGRAFO 8º DO ART. 477 DA CLT

Recorde-se, entretanto, que também o parágrafo 8º do artigo 477 da CLT estabelece uma multa em favor do empregado, em valor equivalente ao seu salário, quando houver atraso no pagamento das parcelas constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação.

Aplicando-se essa regra e mais o artigo 467 da CLT haveria *bis in idem*? Ou, poderia haver a cumulação dessas penalidades sem qualquer dúvida?

Deve-se levar em conta que as regras legais estabelecem momentos diferentes de infração do empregador à obrigação de pagar. O parágrafo 6º do artigo 477 estabelece que o pagamento deve ser efetuado até o primeiro dia útil imediato ao término do contrato (alínea *a*), ou até o décimo dia, contado da data da notificação da demissão quando da ausência do aviso prévio, indenização do mesmo ou dispensa de seu cumprimento (alínea *b*).

O fato gerador da multa, digamos assim, refere-se, no caso do artigo 477, ao atraso no pagamento das parcelas constantes do instrumento da rescisão.

Já o artigo 467 da CLT refere-se ao comparecimento à Justiça do Trabalho, pressupondo uma controvérsia mais séria sobre as verbas rescisórias, impondo, então, outra penalidade para o caso de ausência de pagamento sobre o que é incontroverso.

Não parece, assim, haver *bis in idem* na cumulação dessas penalidades; uma, estabelecida para forçar o empregador ao imediato pagamento das verbas rescisórias (artigo 477); e, outra, estabelecendo a data do comparecimento à Justiça como parâmetro, aliada à ausência de controvérsia sobre as verbas rescisórias.

Inexistindo análise doutrinária e jurisprudencial conhecida, tomamos a liberdade de apresentar posição no sentido de serem devidas, de forma acumulada, as penalidades do parágrafo 8º do artigo 477 da CLT e do *caput* do artigo 467 da CLT, por contemplarem momentos distintos da obrigação do pagamento dos valores incontroversos ao empregado, e, também, porque o importe das penalidades é diverso.

Relativamente aos trabalhadores que tenham sido vinculados à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sua autarquias e fundações públicas, se é certo que as Medidas Provisórias que se seguiram à 1.984-16/00 (inclusive) excluíram a incidência do artigo 467 da CLT, o mesmo não ocorreu em relação ao artigo 477 da CLT, continuando devida a multa do parágrafo 8º deste último artigo, não sendo invocáveis os

artigos 169, parágrafo único, e incisos, e 150, VI, *a*, da CF/88, que retratam situação diversa.⁹

7 ALGUMAS POSIÇÕES DA JURISPRUDÊNCIA E DA DOUTRINA À LUZ DA REGRA ANTIGA

O C. TST, através da Súmula nº 69, cristalizou o entendimento que “*Havendo rescisão contratual e sendo revel e confesso o empregador quanto à matéria de fato, deve ser condenado ao pagamento em dobro dos salários incontroversos (CLT, artigo 467)*”.

Também, segundo posicionamento firme da mais alta corte trabalhista: “*o estado falimentar exclui a incidência da dobra salarial prevista no artigo 467 da CLT*”.¹⁰

De outro lado, vem se decidindo que a aplicação do artigo 467 deve se dar, mesmo de ofício, pelo juiz, sendo norma de ordem pública, como se vê desse dois arestos:

- “*Aplicação do artigo 467 da CLT. Havendo salários incontroversos, é de se deferir de ofício a aplicação do artigo 467 da CLT, já que norma de ordem pública e de aplicação compulsória. Ac. (unânime) TRT 4ª Reg. 3ª T. (RO 11.055/85), Rel. Juiz Ronaldo Lopes Leal, proferido em 4-6-86*”.¹¹

- “*Artigo 467 da CLT – Dobra salarial – aplicação mesmo quando não requerida pela parte. Dobra salarial – havendo débito de salário sobre o qual não pesa nenhuma controvérsia, aplica-se a dobra do artigo 467, mesmo quando não requerida pela parte, já que se trata de disposição de ordem pública que visa a garantir o imediato recebimento do crédito salarial, necessário à sobrevivência do empregado. TRT 3ª Reg. RO-13.518/94 (Ac. 3ª T.) – Rel. Juiz Antônio Álvares da Silva, MG 24-01-95, BJD, Vol. 16, nº 1, do TRT da 3ª Reg.*”¹²

O eminente professor Wagner D. Giglio considera essa norma uma hipótese possível de aplicar o princípio da ultrapetição, dizendo: “*Caso típico de ultrapetição é a disposição do artigo 467 da CLT: havendo rescisão do contrato individual de trabalho, o empregador deve pagar ao empregado, na data em que comparecerem a juízo, a parcela incontroversa dos salários, sob pena de ser condenado no dobro da quantia pleiteada*”.¹³

9 Ver, a respeito, o texto “As controvérsias sobre a aplicação da multa do artigo 477 da CLT”, de Luiz Eduardo Gunther, que procurou ser exaustivo, à época: Revista Genesis. Curitiba, nº 51, março de 1997, p. 331/343.

10 Ac. 1ª T., RR. 469.670/98-0, Rel. Min. João Oreste Dalazen.

11 BOMFIM, B. Calheiros e SANTOS, Silvério dos. *Dicionário de decisões trabalhistas*. 21. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1987, p. 257, verbete nº 1769.

12 FERRARI, Irany e MARTINS, Melchíades Rodrigues. *Julgados Trabalhistas Selecionados*. São Paulo: LTr, Vol. IV, 1997. p. 390. Verbetes nº 1213.

13 GIGLIO, Wagner D. *Direito Processual do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 69. Com texto anterior à nova redação do artigo 467.

E acrescenta, exemplificando: “Assim, o empregado pede X na petição inicial, e o juiz, ocorrendo a hipótese do artigo 467, fica autorizado a conceder 2X, na sentença. Mais do que autorizado, o julgador fica constrangido a assim proceder, pois a doutrina entende que esse preceito é de ordem pública, dirigido ao magistrado, determinando como deve proceder, haja ou não pedido expresso de condenação dobrada, na peça vestibular”.¹⁴

Também a doutrina já se posicionou no sentido de não bastar o depósito do salário para evitar a aplicação da penalidade, conforme o professor e juiz Francisco Antonio de Oliveira: “O simples depósito do salário em valor que o empregador julga devido em nada modifica a situação. E não efetuando o pagamento, liberando o numerário, em primeira audiência, incorrerá na dobra salarial”.¹⁵

8 CONCLUSÕES

Para melhor sintetizar o que se disse acima, pode-se concluir que:

a) A nova redação do *caput* do artigo 467, da CLT, dada pela Lei nº 10.272 (DOU 06-09-01), estabeleceu que, em caso de rescisão do contrato de trabalho, o empregador pague ao empregado, à data do comparecimento à Justiça do Trabalho, a parte incontroversa das verbas rescisórias, sob pena de incorrer em acréscimo de cinqüenta por cento;

b) As principais modificações dizem respeito: 1) à causa da rescisão, que antes devia ser motivada pelo empregado ou empregador e, agora, independe da causa, bastando o fato da ruptura contratual; 2) a regra anterior fazia incidir a penalidade sobre a parte incontroversa dos salários e atualmente abrange a parte incontroversa do montante das verbas rescisórias; 3) o valor da penalidade, que era o dobro, passa a ser cinqüenta por cento;

c) Relativamente ao conflito de leis no tempo, aplicam-se os princípios da irretroatividade e do efeito imediato, de tal modo que: 1) aos comparecimentos à Justiça do Trabalho que se deram até 05-09-01 considera-se a lei antiga e; b) àqueles que passaram a ocorrer desde 06-09-01 leva-se em conta a lei nova. O marco a ser considerado é, sempre, a data em que o empregador deveria comparecer à Justiça e pagar a parte incontroversa;

d) As Medidas Provisórias 1.984-16/00 e seguintes respectivas reedições, ao acrescentarem o parágrafo único ao artigo 467 da CLT, excluíram da aplicação dessa penalidade a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias e as fundações públicas, continuando, no entanto, devida a multa do parágrafo 8º do artigo 477 da CLT, não sendo invocáveis os artigos 169, parágrafo único, e incisos, e 150, VI, a, da CF/88, que tratam situação diversa;

¹⁴ Ob. e p. citadas.

¹⁵ OLIVEIRA, Francisco Antonio. *Consolidação das Leis do Trabalho Comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 429.

DOUTRINA

e) São devidas, de forma acumulada, as penalidades do parágrafo 8º do artigo 477 da CLT e do *caput* do artigo 467 da CLT, por contemplarem: a) momentos distintos da obrigação do pagamento dos valores incontroversos ao empregado; b) e, também, porque o importe das penalidades é diverso;

f) A jurisprudência e a doutrina reconheceram, à luz da norma revogada, mas em fundamentos que permanecem: a) a possibilidade de ser determinada a aplicação do artigo 467 da CLT ao empregador revel e confesso (Súmula nº 69 do C. TST); b) excluindo a incidência do artigo 467 da CLT em relação às empresas em estado falimentar; c) admitindo a aplicação de ofício pelo juiz, tratando-se de disposição de ordem pública; d) para que a empresa não incida nessa penalidade é insuficiente o depósito em juízo do que a incontroverso, tornando-se necessário o efetivo pagamento.

DISCRIMINAÇÃO, LISTA NEGRA E DIREITO DE AÇÃO

Raimundo Simão de Melo*

Há muito tempo que os trabalhadores brasileiros vêm sendo vítimas de perversa forma de discriminação, no momento da procura de um emprego, por meio das chamadas “listas negras”. Através desse odioso ato discriminatório, praticado por alguns empregadores inescrupulosos, os trabalhadores somente têm acesso ao mercado de trabalho se não tiverem sido autores em reclamações trabalhistas ajuizadas em face de antigos empregadores.

Com isso, a possibilidade de emprego fica condicionada à inexistência de ações judiciais movidas pelos candidatos às vagas existentes no mercado de trabalho, em evidente violação ao direito de ação dos trabalhadores, constitucionalmente assegurado (CF, art. 5º, inciso XXXV), bem como ao próprio direito ao trabalho, que é um direito social (CF, art. 6º).

Casos há em que o candidato é discriminado pelo simples fato de um parente – marido ou mulher, pai ou filho – ter ido à Justiça do Trabalho reclamar seus direitos violados, certamente por esses mesmos empregadores que discriminam os candidatos às vagas de emprego, afrontando, assim, o art. 7º, inciso XXX, que proíbe qualquer critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor, estado civil ou outra discriminação que não encontre respaldo constitucional ou legal.

No uso dessa odiosa discriminação, alguns maus empregadores vêm-se utilizando de várias práticas fraudulentas, que a cada dia mais se aprimoram. São exemplos das mesmas: busca de informações processuais disponibilizadas na *homepage* dos Tribunais Trabalhistas, com consulta formulada através do nome da parte; solicitação ou pedido aos candidatos que peçam certidões negativas nos distribuidores trabalhistas; formação de listas, copiando nomes nas pautas de audiências das Varas do Trabalho; compra de listas prontas confeccionadas por empresas especializadas no assunto; obtenção de informações nas empresas anteriores onde o candidato trabalhou, além de outras formas que não se consegue sequer detectá-las.

A crueldade dessas formas de discriminação está na dificuldade – para não dizer impossibilidade – de materialização ou comprovação do ato, em muitos casos, o que impede que a matéria seja levada à apreciação do Poder Judiciário para a necessária reparação das lesões de direitos sofridas pelos trabalhadores discriminados, o que inviabiliza, também, a quantificação dos trabalhadores prejudicados.

* Procurador-Chefe do MPT da 15ª Região. Professor de Direito e Processo do Trabalho.

Sobre essa forma de discriminação, o Ministério Público do Trabalho tem recebido denúncias nas suas várias Regionais, permitindo concluir-se que são muitos os trabalhadores prejudicados, principalmente em momentos de crise de emprego em que há mão-de-obra sobrando, pelo que entende o órgão ministerial, como defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127), que medidas fortes precisam ser tomadas pelos Poderes constituídos.

Quanto à primeira forma de discriminação acima aludida, por meio de consultas aos *sites* dos tribunais, essa triste realidade está a demonstrar, mais uma vez, que os avanços da ciência e o desenvolvimento tecnológico estão sendo utilizados para fins espúrios, diversos daqueles esperados pelos homens de bem.

Não se desconhece, de outra parte, que a Constituição da República, no seu artigo 5º, inciso XXXIII, estabelece que todos têm direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular. Porém, tal garantia não é absoluta, na medida em que, no mesmo dispositivo, há ressalva quanto às informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade, conforme se vê do texto do referido dispositivo:

“Art. 5º – ... XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, *ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado* (grifado);”

Na mesma linha, o inciso LX do artigo 5º também excepciona a publicidade dos atos processuais, *verbis*:

“Art. 5º – ... LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;”

A propósito do direito à intimidade a todos assegurado constitucionalmente, vale citar o quanto estabelecem os incisos V e X também do artigo 5º da Constituição da República:

“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 a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

Assim sendo, à luz dos dispositivos constitucionais citados, se é certo que todo cidadão tem direito à informação, também é pacífico que deve ter protegido tanto o seu direito de acesso ao mercado de trabalho como a sua intimidade.

Por tais razões, com o objetivo de evitar que essa deletéria forma de discriminação continue a ocorrer, o Ministério Público do Trabalho, na dianteira do problema e na defesa do interesse público primário indisponível dos trabalhadores indefesos, requereu a alguns Tribunais Regionais do Trabalho o bloqueio de consulta pelo nome das partes às informações processuais disponibilizadas na *homepage* dos mesmos, o

que foi negado por alguns, sob argumentos, entre outros, da existência de problemas técnicos, como foi o caso do 15º regional, razão porque requeremos ao Excelentíssimo Procurador-Geral do Trabalho Dr. Guilherme Mastrichi Basso que tomasse providências perante o Colendo Tribunal Superior do Trabalho, o que foi feito prontamente com obtenção de solução positiva, determinando o Excelentíssimo Ministro Presidente daquela Corte Ministro Francisco Fausto a retirada imediata de tais informações da sua página, além de emitir recomendação a todos os Tribunais Regionais para assim também procederem.

Convém ressaltar que não se pretendeu com isso dificultar o direito dos jurisdicionados de terem acesso a informações processuais pela *Internet*, mas apenas evitar que a coletividade de trabalhadores continue a ser prejudicada pela ação discriminatória de alguns maus empregadores, podendo a consulta ser efetuada através do nome do advogado, número de inscrição da OAB e pelo número do processo.

Quanto à segunda forma de discriminação – por meio de certidões dos distribuidores – ações vêm sendo ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho para coibir tal prática, razão que levou, certamente, o Presidente do TST a recomendar também aos TRTs que somente emitam tais certidões mediante expressa indicação do motivo para o qual se destina.

No tocante às outras práticas imorais, ilegais e inconstitucionais, vem o Ministério Público do Trabalho, já há algum tempo, atuando em todo o Brasil mediante a instauração de Inquéritos Cíveis para apuração das denúncias e obtenção de termos de ajustamento de conduta por parte dos empregadores responsáveis e, não sendo possíveis estes, ajuizando Ações Cíveis Públicas em que busca o cumprimento de obrigação de não fazer e indenização coletiva genérica por danos materiais e morais causados aos direitos e interesses difusos e coletivos.

Sem prejuízo dessas indenizações, podem ainda e devem os trabalhadores lesados, mediante prova do dano, requerer indenizações individuais por danos materiais e morais perante a Justiça do Trabalho.

Inserido nessa batalha, o Ministério do Trabalho e Emprego também está articulando-se para ajudar na coibição dessa prática discriminatória, pois não é possível que entre tantas fraudes contra os direitos dos trabalhadores, admita-se que aquele que busca perante o Judiciário a solução de um conflito provocado pelo descumprimento da legislação trabalhista, usando do direito fundamental de ação, seja punido quando procura usufruir de outro fundamental direito – o direito ao emprego –, pois deve-se punir qualquer forma de discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, como assegura a Constituição Federal (art. 5º, inciso, XLI).

É por demais necessário ressaltar o importante papel desempenhado pela imprensa brasileira que passou a divulgar essa vexatória ofensa aos direitos dos trabalhadores, inicialmente com matéria publicada pela Folha de São Paulo no último dia 20 (Caderno Dinheiro), seguida por vários outros órgãos de comunicação, pois até então tudo estava restrito ao âmbito de atuação do Ministério Público do Trabalho e de algumas ações judiciais.

A solução do grave problema não é fácil, como sabem muito bem os trabalhadores discriminados (alguns sequer sabem que estão sendo perseguidos, sofrendo, apenas, a amargura da dificuldade para arrumar emprego) e os “bravos” colegas de Ministério Público que encontram as mais acirradas dificuldades para fazer valer os direitos constitucionais fundamentais dos cidadãos, até mesmo perante outros órgãos públicos, como ocorreu em tribunais regionais do trabalho que, certamente sem calcularem as graves conseqüências oriundas da aludida discriminação, negaram o pedido administrativamente feito pelo MPT para bloquearem a consulta processual pelos nomes dos reclamantes. Felizmente, tão logo a imprensa colocou a “boca no mundo”, divulgando um pouco do que ainda ocorre no dia-a-dia de algumas ultrapassadas e vergonhosas formas de relações de trabalho, as soluções começaram a surgir não somente por parte dos órgãos públicos, como também de entidades privadas, como as centrais sindicais, que agora resolveram denunciar a prática e pedir soluções para o caso. É por isso que, como todos reconhecem – ou pelo menos aqueles que defendem os direitos de cidadania – não há falar em um Estado Democrático de Direito sem uma imprensa livre e responsável.

Evidentemente nem tudo está resolvido porque a fraude aos direitos fundamentais dos trabalhadores em nosso país, principalmente em momentos de crise e de desemprego alarmante, parece aumentar e cada vez mais se aprimorar. É preciso que todos os órgãos públicos e entidades de defesa dos trabalhadores e da cidadania contribuam para a eliminação desse tipo de discriminação, que pela sua crueldade caracteriza-se como caso de polícia, requerendo, por isso, a punição dos culpados nas esferas administrativa, civil e criminal.

LITISPENDÊNCIA ENTRE AÇÃO COLETIVA E AÇÃO INDIVIDUAL

Osmair Couto*

Destina-se o presente estudo a enfrentar o fenômeno da litispendência entre ação coletiva e ação individual, quando o sindicato ou o Ministério Público ajuíza uma ação e a parte substituída, ingressa em juízo, pleiteando o mesmo objeto.

A jurisprudência do TST tem se inclinado em acolher a litispendência, nestes casos, com base no artigo 301, §§ 1º e 3º do CPC, extinguindo a ação individual, se protocolada depois que a coletiva.

Pode parecer, à primeira vista, tratar-se de duas ações iguais, com mesmas partes, pedido e causa de pedir, atraindo, assim, o fenômeno da litispendência (CPC, art. 301, §§ 1º e 3º), com a conseqüente extinção deste processo sem julgamento do mérito, com fundamento no artigo 267, V do CPC.

Entretanto, não partilho deste entendimento, pois se compararmos as ações individuais com as ações coletivas, perceberemos que não há coincidência em todos os seus elementos.

Quanto aos sujeitos do processo, o autor na ação de mandado de segurança coletivo é o sindicato, mesmo atuando como substituto processual e, na ação civil pública, o autor é o Ministério Público. Na ação individual é a pessoa física do servidor, que, embora sendo plúrima, são considerados individualmente. A causa de pedir na primeira é a tutela de um direito superindividual, indivisivelmente considerado enquanto que, na individual a tutela diz respeito a um direito individual e divisível. Já o objeto, como podemos ver, é diferente, pois na lide coletiva busca-se a defesa de direitos superindividuais de uma coletividade de pessoa e o pedido na lide individual, busca a defesa de um direito individual e divisível, cujo titular é o próprio autor.

Entendo assim, não ser o caso de litispendência e de extinção do processo sem a apreciação do mérito, matéria que pode ser conhecida de ofício, com fundamento no artigo 267, V c/c § 3º do CPC.

Por falta de regulamentação da matéria, aplica-se no caso o artigo 104 da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), que prescreve que:

“As ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for

* Juiz do Trabalho da 23ª Região.

requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.”

É oportuno registrar, repisando, que a jurisprudência do TST é toda no sentido de se acolher a litispendência neste caso, em que o sindicato, como substituto processual postula o mesmo objeto litigioso que o autor, na sua reclamação individual, conforme os julgados abaixo retratados:

“LISTISPENDÊNCIA. RECLAMAÇÃO INDIVIDUAL X AÇÃO PROPOSTA PELO SINDICATO NA QUALIDADE DE SUBSTITUTO PROCESSUAL. CONFIGURAÇÃO. O fato de o reclamante figurar no pólo ativo de reclamação individual, e constar como substituto em ação proposta por seu sindicato, como substituto processual, formulando o mesmo pedido, diferenças salariais decorrentes do Plano Verão, implica em litispendência, por plenamente configurados os pressupostos dos arts. 301 e 267, V, ambos do Código de Processo Civil. Vale notar que o fato de figurar o sindicato no pólo ativo da reclamatória, não afasta a caracterização da tríplice identidade, já que os verdadeiros beneficiários (titulares do direito subjetivo) desta ação serão os empregados substituídos. Recurso parcialmente conhecido e provido.” (TST-E-RR n. 271612 – ano 1996 – Acórdão SBDI-1)

“RECURSO DE EMBARGOS – CEEE – VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT – LITISPENDÊNCIA. Se os reclamantes, partes em reclamação plúrima, figuram como substituídos em ação proposta por seu sindicato e formulam o mesmo pedido, ou seja, diferenças salariais decorrentes de implantação de quadro de carreira, caracterizado está o instituto da litispendência, por plenamente configurados os pressupostos dos arts. 301 e 267, V, ambos do Código de Processo Civil. Recurso de embargos não conhecido.” (TST – Decisão: 05.03.2001, Proc: ERR – n. 340005 – ano: 1997 – Região: 04, Embargos em Recurso de Revista, Turma D1, Órgão Julgador: Subseção I Especializada em Dissídios Individuais)

LISTISPENDÊNCIA – É dispensável para a configuração da litispendência a comprovação de que o reclamante se acha incluído em rol de substituídos, uma vez que o sindicato, quando atua como substituto processual, age em nome em favor de todos os integrantes da categoria, identificados ou não. A jurisprudência desta Corte tem admitido a existência de litispendência quando há ação com o sindicato como substituto processual e outra com o empregado individualmente, ambas com o mesmo objeto. (TST – Decisão: 09.08.2000, Proc: RR – n.354632 – ano: 1997 – Região: 02 Recurso de Revista, Turma 01, Órgão Julgador: Primeira Turma.)

RECURSO DE REVISTA. LITISPENDÊNCIA – AÇÃO COLETIVA E INDIVIDUAL. A existência de litispendência verifica-se quando se reproduz ação anteriormente ajuizada, ocorrendo a identidade de partes, causa de pedir e pedido, conforme exegese do art. 301, §§ 1º e 2º, do CPC, sendo que a jurisprudência desta corte também tem admitido a existência de litispendência quando

há ação com o sindicato como substituto processual e outra com o empregado individualmente, ambas com o mesmo objeto. Revista conhecida parcialmente e não provida. (TST – Decisão: 29.11.2000, Proc: RR – n. 394611 – ano: 1997 – Região: 02, Recurso de Revista, Turma 05, Órgão Julgador: Quinta Turma)

RECURSO DE REVISTA. LITISPENDÊNCIA. RECLAMAÇÃO INDIVIDUAL “VERSUS” AÇÃO PROPOSTA PELO SINDICATO NA QUALIDADE DE SUBSTITUTO PROCESSUAL. Verifica-se a litispendência quando o sindicato figura no polo ativo da reclamação trabalhista, como substituto processual, e o empregado ajuíza reclamação individual formulando o mesmo pedido, porque os verdadeiros beneficiários (titulares de direito) da ação serão os empregados substituídos. Assim, em última análise, a litispendência restou caracterizada, na hipótese em exame, visto que configurada a identidade da causa de pedir, do pedido e também das partes beneficiadas em ambas as ações. Recurso de revista parcialmente conhecido e não provido. (TST – Decisão: 13.12.2000, Proc: RR – n. 363131 – ano: 1997 – Região: 10, Recurso de Revista, Turma 05, Órgão Julgador: Quinta Turma.)

LITISPENDÊNCIA. RECLAMANTE E SINDICATO NA QUALIDADE DE SUBSTITUTO PROCESSUAL FORMULANDO MESMO PEDIDO. O fato de o empregado figurar no pólo ativo de reclamação individual e constar como substituído em ação proposta pelo sindicato da categoria, como substituto processual, com o mesmo pedido, implica em litispendência, haja vista que configuradas as hipóteses previstas nos artigos 301 e 267, inciso V, do Código de Processo Civil. Recurso de Revista conhecido e a que se nega provimento. (TST – Decisão: 07.02.2001, Proc: RR – n. 397984 – ano: 1997 – Região: 10, Recurso de Revista, Turma 05, Órgão Julgador: Quinta Turma.)

RECURSO DE REVISTA. LITISPENDÊNCIA. AÇÃO DE CUMPRIMENTO. AÇÃO INDIVIDUAL. “O fato de o reclamante figurar no pólo ativo da reclamação individual e constar como substituído em ação proposta por seu sindicato, como substituto processual, formulando o mesmo pedido de diferenças salariais, implica litispendência, por plenamente configurados os pressupostos dos arts. 301 e 267, V, do CPC, ambos do Código de Processo Civil, já que os verdadeiros beneficiários (titulares do direito subjetivo) desta ação são os empregados substituídos. Revista conhecida e não provida. (TST – Decisão: 14.03.2001, Proc: RR – n. 402668 – ano: 1997 – Região: 02, Recurso de Revista, Turma 05, Órgão Julgador: Quinta Turma.)

SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. IDENTIDADE DE AÇÕES. LITISPENDÊNCIA. Na condição de substituto processual da categoria profissional, devidamente autorizado por lei, o sindicato-autor pleiteia, em nome próprio, direito alheio, por isso, é parte no sentido processual, enquanto que o substituído no processo é parte, em sentido material, naquela demanda, pois é o titular da relação jurídica de direito material afirmada em juízo. Ainda que reste

incompleta a tríplice identidade (CPC, art. 302, § 2º), vez que, no sentido processual, não são as mesmas partes, há litispendência quando se repete ação, que está em curso, com a mesma causa de pedir e mesmo pedido e, no sentido material, trata-se das mesmas partes. Existe conexidade de interesses do substituto processual e do substituído, o que justifica o instituto da substituição processual, criado para possibilitar a defesa de interesses difusos e coletivos em juízo (fenômeno da massificação do processo). Recurso de Revista conhecido e não provido. (TST – Decisão: 22.08.2001, Proc: RR – n. 403168 – ano: 1997 – Região: 02, Recurso de Revista, Turma 05, Órgão Julgador: Quinta Turma.)

RECURSO DE REVISTA I – LITISPENDÊNCIA (RELATIVAMENTE A 3 RECLAMANTES). PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. RARH. REFERÊNCIAS. ESCALONAMENTO. INTERSTÍCIO DE 10% ENTRE REFERÊNCIAS. Se “uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido” (art. 301, § 2º, CPC), pode ocorrer a litispendência entre espécies diversas de ações, como, ‘in casu’, ação de cumprimento e reclamatória trabalhista. O mesmo instituto é vislumbrado se os Reclamantes são substituídos processualmente na ação de cumprimento, eis que são os titulares da relação jurídica de direito material nela invocada, fazendo-se coincidir, então, as partes materiais em ambas as ações. Revista não conhecida. (TST – Decisão: 13.03.2002, Proc: RR – n. 463126 – ano: 1998 – Região: 10, Recurso de Revista, Turma 05, Órgão Julgador: Quinta Turma.)

Contudo, há uma evolução tanto na doutrina quanto na jurisprudência do STJ de que, por força artigo 104 do CDC, não há a ocorrência da litispendência entre ação coletiva e individual, ainda que o objeto dos processos seja idêntico.

Ada Pellegrini Grinover, em comentários ao Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, 7ª edição, São Paulo, Forense, 2001, p. 864, afirma que:

“O art. 104 do CDC cuida de concomitância de uma ação coletiva em defesa de interesses ou direitos difusos e coletivos, em confronto com as ações individuais. A segunda possibilidade – qual seja, a concomitância de processos individuais em relação a um processo coletivo em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos – deve ser resolvida pelas regras do CPC. (...) A primeira regra do dispositivo é no sentido da exclusão da litispendência, no cotejo entre as ações coletivas em defesa de interesses difusos e coletivos e as ações individuais, numa perfeita aplicação do disposto nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 301 do CPC, que exigem, para a caracterização do fenômeno, a tríplice eadem (partes, objeto e causa de pedir), inócurrenente na hipótese: aqui, o objeto dos processos é inquestionavelmente diverso, consistindo nas ações coletivas na reparação ao bem indivisivelmente considerado, ou na obrigação de fazer ou não fazer, enquanto as ações individuais tendem ao ressarcimento pessoal.”

Constata-se que a possibilidade de ser beneficiado pela ação coletiva, que a meu ver, abrange toda a categoria dos servidores, associados ou não do sindicato,¹ não pode ser empecilho a que os servidores individualmente busquem a reparação de seu direito pela ação individual. Se assim fosse, estaríamos subtraindo do cidadão seu direito individual de tomar a iniciativa de acesso à Justiça.

A Constituição Federal, ao permitir o mandamus coletivo por ente sindical, na condição de substituto processual (artigo 5º, LXX, b), por certo, teve em vista dar uma opção a mais ao cidadão para lhe facilitar o acesso à justiça e não subtrair-lhe o direito

1 Essa é a orientação do TST, compendiada no inciso IV da súmula n. 310, primeira parte, segundo a qual a substituição processual "alcança todos os integrantes da categoria". Essa também é a lição de Manoel Antônio Teixeira Filho, para quem, "(...) embora o inciso III, do art. 8º, da Constituição, não se ocupe de substituição processual, deixa visível a preocupação do constituinte de que a defesa (judicial ou administrativa) a ser realizada pela entidade sindical diga respeito a todos os integrantes da categoria, e, não apenas, aos associados". (Substituição Processual, Curso de Processo do Trabalho, Perguntas e Respostas sobre Assuntos Polêmicos em Opúsculos Específicos, vol. 26, São Paulo, LTr, p. 17)

O STF em sessão plenária realizada em 7 de maio de 1993, apreciando o Mandado de Injunção n. 347-5, sendo Impetrante o Sindicato dos Trabalhadores do Serviço Público Federal em Santa Catarina e Impeetrado, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República, figurando como Relator o Ministro Néri da Silveira, acórdão publicado no DJU de 08.04.94, instado a enfrentar preliminar de ilegitimidade de parte do Sindicato-Impetrante, argüida pela Consultoria Geral da República, à unanimidade entendeu que o sindicato, como substituto processual representa toda a categoria, concluindo o Ministro Relator Néri da Silveira:

"Estipulando o art. 8º, III, da Constituição, que ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas, não parece, efetivamente, possível, na espécie, deixar de reconhecer-lhe legitimidade para pleitear, como o faz, na defesa do direito da categoria de servidores a que se refere a inicial, em ordem a lograrem condições de auferir as vantagens funcionais decorrentes da isonomia de vencimentos indicada na peça introdutória".

Essa tese foi consagrada na jurisprudência, conforme os seguintes arestos:

"SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL – LEGITIMIDADE – 1. Com o Advento da Constituição Federal de mil novecentos e oitenta e oito, a figura do mandato legal presumível e revogável não foi descaracterizada, já que pelo artigo oitavo, inciso três, o sindicato adquiriu legitimidade para representar quaisquer membros da categoria sem procuração. 2. Revista desprovida." (TST – RR 15083/1990 – 3ª T. – Rel. Min. Francisco Fausto – DJU 30.04.1992 – p. 05796)

"SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL – O sindicato tem legitimidade para atuar em juízo na qualidade de substituto processual dos integrantes da categoria, inclusive não-associados, sendo prescindível a outorga de mandato pelos substituídos. Autorização expressa no art. 8º, inciso III, da Constituição Federal" (...) (TRT 4ª Região – RO. 01145.751/96-2 – 6ª T. – Relª. Juíza Rosane Serafini Casa Nova – J. 12.07.2001)

SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL NÃO AUTORIZADA EM LEI – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ASSOCIADOS – ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO SINDICATO/AUTOR – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – Consoante acórdão deste Regional, ao apreciar o tópico "Substituição processual", a Turma Julgadora encerrou qualquer discussão, operando-se o trânsito em julgado. Seditentou entendimento de que o art. 8º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, assegura aos sindicatos qualidade de substitutos processuais, na defesa dos direitos e interesses individuais e coletivos da categoria profissional, inclusive em questões judiciais, sendo que tal disposição não encerra mera possibilidade de representação, mas, sim, de substituição processual, o que há muito tempo vinha sendo pleiteado pelas entidades sindicais de trabalhadores. (...) (TRT 4ª R – RO 01378.221/91-5 – 3ª T. – Rel. Juiz Juraci Galvão Júnior – J. 04.10.2000)

individual de buscar seus direitos por conta própria. O direito de ação é personalíssimo e garantido ao cidadão como cláusula pétrea (art. 5º, XXXV), não podendo ser subtraído por outrem. Isso significaria punir o servidor diligente, o cidadão atuante e cioso de seus direitos.

Outrossim, não seria recomendável que o legislador permitisse que ambas as ações (o mandado de segurança coletivo e o individual) prosseguissem concomitantemente, em detrimento da almejada economia processual e sob o risco da ocorrência de decisões teoricamente contraditórias.

Cioso disso, conforme lembra Kazuo Watanabe:

“Comprometeria, sem qualquer razão plausível, o objetivo colimado pelo legislador, que foi o de tratar molecularmente os conflitos de interesses coletivos, em contraposição à técnica tradicional de solução atomizada, para com isso conferir peso político maior às demandas coletivas, solucionar mais adequadamente os conflitos coletivos, evitar decisões conflitantes e aliviar a sobrecarga do Poder Judiciário, atulhado de demandas fragmentárias.” (Comentários ao art. 81, p. 748).

A multiplicidade de ações pode gerar situações insustentáveis que Ada Pellegrini Grinover (obra citada), comentando Kazuo Watanabe, acrescenta que

“Contradições tão flagrantes de julgados que povo algum terá estrutura suficiente para absorver com tranqüilidade e paciência por muito tempo. Desarmonia dessa ordem põe em sério risco o próprio prestígio do Poder Judiciário.”

Todavia, o mesmo CDC oferece duas opções aos autores do mandado de segurança individual:

a) pretendendo os autores prosseguir em sua ação individual, ficará excluído da extensão subjetiva do julgado previsto para a sentença que vier a ser proferida na ação do mandado de segurança coletivo. Mesmo sendo ela favorável e projetando seus efeitos erga omnes ou ultra partes (nos termos dos incisos I a III do art. 103 c/c com seus §§ 1º e 2º), os autores que já puseram em juízo sua ação individual e que pretendem vê-la prosseguir em seu curso não serão beneficiados pela coisa julgada que poderá eventualmente formar-se na ação coletiva. O mandado de segurança individual (este processo) pode continuar seu curso normalmente, por inexistir litispendência, mas os autores assumem os riscos do resultado desfavorável;

b) se os autores preferirem, poderão requerer a suspensão do mandado de segurança individual, no prazo de trinta dias, a contar da ciência, nos autos, do ajuizamento da ação coletiva. Neste caso, serão eles beneficiados pela coisa julgada favorável que se formar na ação coletiva.

Sendo improcedente o mandado de segurança coletivo impetrado pelo Sindijufe/MT, este mandado de segurança individual poderá retomar seu curso, podendo ainda os autores ver acolhida ou não sua demanda individual.

Relembro que a suspensão do processo individual não tem limites temporais, perdurando pelo tempo necessário ao trânsito em julgado da sentença coletiva. Não se

aplica no caso a suspensão provisória do processo prevista nos artigos 265, § 5º e 267, II do CPC.

Antonio Gidi (Coisa julgada e litispendência em ações coletivas, 1995, São Paulo: Saraiva) ao comentar o artigo 104 do CPC, leciona:

“De acordo com o disposto no art. 104 do CDC, ao demandante a título individual se abrirão duas opções ao tomar conhecimento, nos autos, de haver processo coletivo já incoado. Para que ele possa vir a ser beneficiado com a eventual extensão in utilibus da imutabilidade do comando do julgado, deverá requerer a suspensão sine die do processo individual no prazo de trinta dias a contar da ciência, nos autos, do ajuizamento de ação coletiva com objeto correspondente à sua. (...) Uma vez requerida a suspensão do processo individual, fundamentando as razões do requerimento (i. e., demonstrando a referida correlação da lide coletiva com a individual), deve o magistrado ouvir a parte contrária. O fornecedor, analisando ambas as lides, a individual e a coletiva, manifestar-se-á acerca do requerimento. Só então o juiz decidirá.”

Também Arruda Alvim, ao analisar o dispositivo, observou:

“O objetivo da referência deste art. 104 à litispendência, é o de que, ao lado de fixar a diretriz, absoluta e incondicionada, de que a ação coletiva não produz litispendência para a ação individual, o de fundamentalmente disciplinar aí mesmo o requisito necessário para que possa haver benefício dos efeitos eventualmente favoráveis da sentença que julgue procedente a ação coletiva” (Sálvio de Figueiredo Teixeira, Comentários ao Código do Consumidor, Forense, 1992, p. 382/383).

Trago à colação, por fim, maciça e remansosa jurisprudência dos TRFs e do STJ, pela aplicação do artigo 104 do CDC, em casos análogos e pelo afastamento do fenômeno da litispendência, nos casos de ajuizamento de ações coletivas e individuais, com correspondência entre os pedidos, como nestes autos:

“MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. LITISPENDÊNCIA. INOCORRÊNCIA. INTERPOSIÇÃO POR SINDICATO COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL. AJUIZAMENTO DE WRIT INDIVIDUAL PELO SUBSTITUÍDO. ADMISSIBILIDADE. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 104 DA LEI 8.078/90. Inocorre litispendência entre o mandado de segurança coletivo ajuizado por sindicato, como substituto processual de seus filiados e o *mandamus* individual do substituído, com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir; mas ciente este último, da lide coletiva, não requer a suspensão do feito individual, não será beneficiado pelos efeitos da coisa julgada ultra partes, conforme aplicação analógica do art. 104 da Lei 8.078/90” (TRF da 1ª Região, AP em MS 1997.01.00.055740-2/DF, 2ª Turma, j. 24.3.1998, Relatora Juíza Assusete Magalhães, DJU 19.6.1998, RT 756/387).

“PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. POSTERIOR AJUIZAMENTO DE WRIT INDIVIDUAL. POSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DOS EFEITOS DA LITISPENDÊNCIA. O

ajuizamento de mandado de segurança coletivo por entidade de classe não inibe o exercício do direito subjetivo de postular, por via de *writ* individual, o resguardo de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade, não ocorrendo, na hipótese, os efeitos da litispendência. Recurso especial não conhecido”. (REsp 45987-7/SP, Relator Ministro Vicente Leal, 6ª Turma do STJ, unânime, DJU 14.08.95, p. 24.046).

O Ministro Vicente Leal, no bojo do seu voto, acrescentou que “O constituinte de 1988, ao instituir o mandado de segurança coletivo e conferir legitimidade ativa às entidades de classe ou associações em defesa de seus membros ou associados, quis dar à mencionada garantia um maior alcance e uma maior abrangência. É que o espírito da nova Carta Magna incorporou ao seu texto a moderna orientação dominante, no sentido de permitir às coletividades acesso à Justiça, afastando-se do individualismo que serviu de moldura à nossa legislação processual.

Ora, se o mandado de segurança coletivo é uma conquista democrática que veio abrir espaço para o acesso ao Judiciário, na busca da garantia dos bens da vida, como admitir que garantia constitucional seja obstáculo para sagrado exercício do direito subjetivo de impetrar mandado de segurança individual para resguardo de direito líquido e certo contra postura ilegal e abusiva de autoridade?

Assim, a circunstância de haver sido ajuizado antes mandado de segurança coletivo por associação de classe, postulando direitos da categoria, não afasta em absoluto, a faculdade de o associado requerer individualmente que lhe seja assegurado o seu direito líquido e certo por via de *writ of mandamus*. Cite-se, a propósito, a seguinte ementa, verbis: ‘PREVIDENCIÁRIO. PERCENTUAL DE 147%. LITISPENDÊNCIA. I – O fato de um partido político ter impetrado um mandado de segurança coletivo, pleiteando o percentual de 147% incidente sobre os benefícios previdenciários de setembro de 1991, não impede que o titular do direito subjetivo lesado venha postulá-lo individualmente, nem gera litispendência. (Ac n. 21.152/RJ, TRF 2ª Região, Rel. Juíza Tânia Heine, in DJ de 23.11.1993. Recurso provido)’.

Nesse sentido também se manifesta a doutrina processual mais autorizada. Segundo J. J. Calmon de Passos, com remissão ao magistério de Barbosa Moreira, no mandado de segurança coletivo a legitimação extraordinária das entidades referidas no art. 5º, inciso LXX, alíneas, ‘a’ e ‘b’ da Constituição de 1988 é ‘autônoma e concorrente’: autônoma, porque o substituto pode atuar em juízo ‘com total independência em relação à pessoa que ordinariamente seria legitimada e em posição análoga à que a esta caberia, se o ordinário fosse o critério adotado pela lei para definir a situação legitimamente’. E concorrente, de vez que a atuação do substituto, ou a possibilidade de atuação não impede ‘a presença, no processo, do substituído, nem a propositura, por ele, de seu mandado de segurança individual’ (Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data, Forense, 1989, p. 32/33).

No caso, sem adentrar no mérito da alegação de que os pleitos dos dois mandados de segurança não são idênticos, tenho que não procede a tese de violação do art.

301, V, §§ 1º e 2º, do CPC. Não há que se falar, na hipótese, de litispendência, pelo menos no tocante aos seus efeitos.

Pode o titular do direito lesado por ato de autoridade impetrar mandado de segurança, independentemente da circunstância de antes haver sido ajuizado mandado de segurança coletivo por sua entidade de classe, com fundamento na mesma causa de pedir e postulando o mesmo pedido.

A prevalecer a tese do recurso, haveria obstáculo para o uso do mandado de segurança coletivo se alguns dos sócios da entidade já tivessem postulado individualmente o mesmo direito.

Dentro dessa linha de pensamento, tenho que o acórdão requerido não colide com o art. 301 do CPC, não merecendo ser conhecido o apelo nobre”.

“LITISPENDÊNCIA. INOCORRÊNCIA. AÇÕES COLETIVAS E AÇÕES INDIVIDUAIS. JURISDIÇÃO CIVIL COLETIVA QUE RESGUARDA AOS AUTORES O DIREITO DE RECORREREM AO JUDICIÁRIO, INDIVIDUALMENTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 104 DA LEI 8.078/90. À luz do disposto no art. 104 da Lei 8.078/90, não há que se falar em litispendência entre ações coletivas e individuais. A jurisdição civil coletiva resguarda aos autores o direito de recorrerem ao Judiciário individualmente”. (TRF da 2ª, Região, AP 97.02.31011-RJ, 2ª Turma, j. 12.8.1998, Relator Juiz Cruz Neto, DJU 01.10.1998, RT 762/431).

O Relator fundamentou seu voto no seguinte sentido: “A existência de uma ação coletiva, cujo objeto é idêntico ao pretendido pelo autor de uma ação individual não gera impedimento legal para o prosseguimento da ação individual, pois, assim agindo, estar-se-ia ferindo o direito de ação do autor, pelo que, se o mesmo não se sente seguro da defesa de seus interesses no bojo da ação coletiva, é dado a ele utilizar-se deste seu direito constitucional. Assim, ao receber a inicial de ação individual cujo objeto é idêntico ao de ação civil pública previamente ajuizada, como no presente caso, poderá o Juiz dar ciência ao autor da existência daquela ação coletiva, conferindo-lhe o prazo de 30 (trinta) dias para que se manifeste acerca do interesse na suspensão do processo até o julgamento final da ação coletiva, conforme dispõe o art. 104 do CDC.”

“PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO INDIVIDUAL. LITISPENDÊNCIA. 1. A suspensão de ações individuais em razão de ação coletiva é uma faculdade conferida aos autores, não podendo ser-lhes imposta pelo Magistrado (art. 104, da Lei 8.078/90).

2. Há que ser dada oportunidade aos autores das ações individuais de se manifestarem nos autos, no prazo de 30 dias, quanto ao seu interesse pelo prosseguimento ou não das ações.

3. Apelação provida para anular a sentença”. (TRF da 4ª Região, AC 94.04.46597-6, 4ª Turma, Relatora Juíza Hellen Gracie Northfleet, j. 28.3.1995, DJU 19.4.1995).

DOUTRINA

“PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. IMPETRAÇÃO INDIVIDUAL SOBREVINDA. LITISPENDÊNCIA NÃO CONFIGURADA. Salvo anuência expressa a impetração coletiva, não padece litispendência a sobrevinda suplicação individual do associado” (STJ, REsp 63593/SP, 5ª Turma, Relator Ministro José Dantas, DJ 11.12.1995, p. 43.237).

Assim, deve o Juiz, ao deparar-se com situação idêntica, conceder ao autor da ação individual o prazo de trinta dias, para, se preferir, requerer a suspensão do mandado de segurança individual, a contar da ciência, nos autos, do ajuizamento da ação coletiva. Neste caso, será ele beneficiado pela coisa julgada favorável que se formar na ação coletiva.

Notas e Comentários

MINISTRO CARLOS ALBERTO TOMA POSSE NA ACADEMIA NACIONAL DE DIREITO DO TRABALHO

O ministro do TST, Carlos Alberto Reis de Paula, tomou posse, em 10 de outubro, na cadeira 35 da Academia Nacional de Direito do Trabalho, em cerimônia realizada no Salão Nobre do Tribunal Superior do Trabalho.

Num discurso emocionado, o novo acadêmico destacou o papel do magistrado e as novas tarefas e desafios como acadêmico, entre as quais a reflexão permanente sobre o Direito do Trabalho.

O ministro Carlos Alberto foi saudado pelo acadêmico Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena.

A solenidade de posse, presidida pela presidente da Academia, ministra Maria Cristina Peduzzi, contou com as presenças do presidente do TST, ministro Francisco Fausto Paula de Medeiros, do vice-presidente do TST, ministro Vantuil Abdala, dos demais ministro e juizes convocados e de presidentes dos Tribunais Regionais do Trabalho.

Também prestigiaram a posse do ministro Carlos Alberto o presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Marco Aurélio Melo, o presidente do Tribunal Superior Eleitoral, ministro Nelson Jobim, o Procurador Geral do Trabalho, Guilherme Mastrichi Basso, entre outras autoridades.

DISCURSO DO PROFESSOR PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA EM HOMENAGEM À POSSE DO MINISTRO CARLOS ALBERTO NA ACADEMIA NACIONAL DE DIREITO DO TRABALHO

O ministro Carlos Alberto Reis de Paula, do Tribunal Superior Trabalho (TST), foi saudado pelo professor Paulo Emílio Ribeiro Vilhena na cerimônia de posse na cadeira 35 da Academia Nacional de Direito do Trabalho. O juiz aposentado Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena faz parte da Academia Nacional do Direito do Trabalho e é professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e da Faculdade de Direito da Universidade Católica.

A seguir a íntegra do discurso do acadêmico:

Meu prezadíssimo Confrade e Ministro Carlos Alberto Reis de Paula,

NOTAS E COMENTÁRIOS

O espírito que presidiu o ideário da Academia Nacional de Direito do Trabalho, preservado desde sua fundação em 1978, tem sido o de congregar em seus quadros aqueles cultores e operadores do Direito que mais se destacaram na atividade jus-laboralista, seja como magistrados, seja como advogados, seja como professores e doutrinadores, à busca do aperfeiçoamento das instituições trabalhistas e da constante abertura de novas perspectivas que as tornassem e as tornem instrumento adequado de soluções justas e práticas no intrincado e borbulhante tráfego das relações de trabalho no Brasil.

Crítérios impessoais e apolíticos de recrutamento sintonizam-se pela força seletiva dos que se dispõem a ingressar na Academia e para que a tornem um alto instrumento e uma real expressão de qualidade dos que se entregam à ciência e à pesquisa jurídicas, em especial de nossa disciplina.

Para nós, os acadêmicos, é da mais grata significação acolhermos em nossas fileiras o indomável espírito indagativo e a singular inteligência do Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, figura das mais ilustres da magistratura e do magistério jurídico de nossa terra, galgando não gratuita nem fatuamente patamares cada vez mais expressivos na carreira jurídica a que serve com fidelidade.

Deram-lhe berço os benfazejos ares de Pedro Leopoldo, cidade mineira que sempre conciliou sua tradição cultural com a geração de filhos os mais destacados nas áreas das ciências, da arte e da espiritualidade universal, centro modernamente urbanizado, que alia a um pujante incremento de focos industriais uma sua tradicional vocação agrícola e pastoril, no entremeio dos morros, das matas e dos prados que a circundam.

Ao mesmo tempo em que Carlos Alberto Reis de Paula, em 1970, bacharelava-se pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, licenciava-se em Filosofia pela mesma Universidade, logo vindo a ingressar no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, em sua área de Direito Constitucional, disciplina de que se tornou Mestre em outubro de 1985 e, após exemplar defesa de tese, em setembro de 2000, recebeu o título de Doutor em Direito Constitucional, nota 10 *cum laurea*.

A irrefreável vocação para o magistério, alimentada por uma extraordinária capacidade de exposição e de clareza de idéias, já se revelava alvissareira na vida cultural de Carlos Alberto Reis de Paula, desde os idos de 1966 a 1973 como professor da Escola Estadual de Pedro Leopoldo, nos 1º e 2º Graus, vertente didática que ganhou outros e maiores desdobramentos na esfera acadêmica universitária, com sua dedicação em especial ao Direito Público.

Nessa área específica do conhecimento jurídico, entretanto, não se enclausurou o seu espírito, pois Carlos Alberto, já em 1979, por concurso público, iniciou-se no magistério universitário como Professor Assistente em 1985 e Professor Adjunto, em 2000, da cadeira de Direito do Trabalho e de Direito Processual do Trabalho, à mesma época em que ingressava na magistratura do Trabalho, por concurso, como Juiz Substituto e logo em seguida Juiz Presidente de Junta de Conciliação e Julgamento, a partir de 1980, que perlustrou as jurisdições de Coronel Fabriciano, de Betim, da 8ª, da 16ª e da 32ª de Belo Horizonte, quando veio a ser promovido, por merecimento, ao cargo de

NOTAS E COMENTÁRIOS

Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, em 1993, Presidente de sua 4ª Turma de 1993 a 1995.

Convocado para substituir no Tribunal Superior do Trabalho, em fevereiro de 1998, teve seu trabalho e seus méritos reconhecidos por essa alta Corte, quando, integrante de lista triplíce, foi nomeado um de seus Ministros em 25 de junho de 1998.

A edição de sua obra “O Aviso Prévio”, ainda em 1998, fez-se acompanhar da publicação de inúmeros artigos ou em revistas especializadas ou integrantes de alentadas obras em colaboração, centrados sempre em temas de Direito do Trabalho e de Direito Processual do Trabalho, fontes enriquecedoras da literatura jurídica nacional, publicações que primam pela tônica da investigação científica e pela abertura de rumos novos na solução dos árduos conflitos de trabalho, preservados sempre os princípios especiais e tutelares desse estuante ramo do Direito.

Se as disciplinas jurídicas em geral, em sua vocação evolutiva, são peças inconclusas, que clamam sempre pela paridade e pela solução que se deve propor à regra de direito no caso emergente, tal característica, entretanto, mais se pontuou no Direito do Trabalho, que, sob pena de se sucumbir, deve caminhar rente com a realidade social e alimentá-la, em seu irrefreável ineditismo, provendo-a de soluções imediatas, obviando-se a abertura de fossos irreparáveis, entre uma linear cobertura formalista kelseniana e o tumulto realista-concreto, na insistente equação juscriadora de Carl Schmitt, tarefa a mais compatível com a realização da sempre almejada justiça distributiva.

Como anteviu com grande acuidade o mesmo e extraordinário Schmitt, o princípio da igualdade inatingido no rolar dos tempos somente poderá vislumbrar-se como realidade se reabsorvido em patamares objetivos de padrões de homogeneidade e é este que devem ter em vista as técnicas jurídicas que trabalham in concreto o princípio da igual participação nas oportunidades e nos bens da vida.

Em toda a obra de Carlos Alberto Reis de Paula, como professor, como juiz, como doutrinador, podemos apreender a *qualitas iuris* da coerência, da sistematização principiológica, o que faz do homem-história uma personagem indiscrepante nos entrecoches e nos benfazejos momentos da vida.

Se meteórico é o nosso trânsito pelos fios da historicidade, se na subsequente relembração de um ser-indivíduo-homem como um ponto quase anônimo no evolver dos tempos, somente a sua inserção no contexto amalgamado de uma geração o manterá como um traço de luz, por mais tênue que tenha sido, que perdura no incomensurável universo da história, como insulado talvez, talvez minúsculo, mas um eterno foco dessa mesma luz que por gerações não se apagará.

Por sua interior projeção esse jato que não se esvaneceu traz-nos à lembrança uma não enigmática passagem de Goethe, em *Nach einer Geschichte von Kurt Marti*, quando lapidarmente condensou:

“O que nos pertence, não o temos por perdido mesmo se o deixamos ao léu” - *Was einem angehört, wird man nicht los, und wenn man es wegfürfe.*

As porções de patrimônio de vida que entregamos todos os dias, todas as horas, em todos os momentos de nossa faina laboriosa e irrenunciável não se perdem nunca porque passam a compor, como ondas que se desdobram, formas reais e irreversíveis de calor no regaço espiritual daqueles que conosco perseguem o mesmo insondável sentido da vida.

É o que mais enobrece a sua participação no curso de sua laboriosa existência, caro Ministro e Confrade Carlos Alberto Reis de Paula, que agora, de coração, recebemos em nossa Academia.

DISCURSO DE POSSE DO MINISTRO CARLOS ALBERTO REIS DE PAULA NA ACADEMIA NACIONAL DE DIREITO DO TRABALHO

A cadeira 35 da Academia Nacional de Direito do Trabalho é, a partir deste momento, o ponto comum entre Bahia, Rio de Janeiro e Minas Gerais.

ELSON GOTTSCHALK, baiano de Minas do Rio de Contas, é seu patrono. Após colar grau na hoje Universidade Federal da Bahia em 1940, integrou o Ministério Público estadual e, tornando-se Juiz Presidente da 1ª Junta de Conciliação e Julgamento de Salvador, foi promovido para o TRT da 5ª Região e aposentou-se em 1978. Professor universitário, tornou-se Doutor em 1970 e tem inúmeras obras jurídicas, entre as quais “Curso de Direito do Trabalho”, em colaboração com Orlando Gomes, já na 13ª edição corrigida e ampliada.

O único ocupante da cátedra foi GERALDO MONTEDÔNIO BEZERRA DE MENEZES, a quem tenho a honra de suceder. Nascido em Niterói em 1915, BEZERRA DE MENEZES foi Juiz Presidente da Junta de Conciliação e Julgamento do Rio de Janeiro, em 1938, cujas funções continuou a exercer em 1941, ao instituir-se a Justiça do Trabalho, e até 1945. Como presidente do antigo Conselho Nacional do Trabalho, ao se desincumbir de missão que lhe fora atribuída pelo Presidente da República, General Eurico Gaspar Dutra, exerceu influência notável para a elaboração do Decreto-Lei nº 9.797, de 9 de setembro de 1946, diploma que, antes da Constituição de 1946, integrou a Justiça do Trabalho ao Poder Judiciário, com a criação do TST e dos Tribunais Regionais do Trabalho e a conseqüente extinção dos Conselhos Nacional e Regionais, então vinculados ao Poder Executivo.

Por nomeação, foi o primeiro presidente do Tribunal Superior do Trabalho, depois eleito e reeleito à unanimidade, pelo que, ao ser saudado pelo ministro Coqueijo Costa, presidente da Corte na sessão comemorativa de seus 40 anos, foi proclamado como “o nosso fundador”.

Catedrático de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, de que foi diretor em dois períodos, foi também Secretário de Educação e Cultura do Estado do Rio de Janeiro.

NOTAS E COMENTÁRIOS

Mineiro de Pedro Leopoldo, vivo a partir deste momento o desafio de tentar manter a dignidade desta cadeira, ao suceder aquele que, para o acadêmico e professor Evaristo de Moraes Filho, foi “o retrato vivo da atuação da Justiça do Trabalho, figura emblemática inigualável”. É a história em suas retas e curvas, para a qual tenho olhos voltados à frente com os limites do vaso de barro que sou, na linguagem do Apóstolo das Gentes. Que não me faltem disposição e graça.

Tudo porque a generosidade de Vossas Excelências, senhores acadêmicos, realçaram minhas poucas virtudes e desvalorizaram minhas muitas lacunas, em atitude de grandeza própria de quem lê com o coração. Sou-lhes eternamente agradecido.

Permitam-me uma saudação especial à nossa presidente, Ministra e Acadêmica Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, elegância e talento à luz do dia, a mulher forte das Escrituras que vem conduzindo a nossa Casa com arte e firmeza para que, dia a dia, se firme como uma instituição que tem papel decisivo na história do Direito do Trabalho no Brasil.

Acadêmico Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, suas palavras muito me gratificam. Temos momentos acadêmicos vividos em comum na vetusta Casa de Afonso Pena em que aprendi a admirar o seu saber, o seu pensar, o seu falar, o seu ser, a ponto de me tornar eterno discípulo. Vivemos o momento em que o mestre saúda o aluno, a vivenciar o pensamento de Aristóteles de ser próprio do efeito voltar-se à sua causa.

A cadeira 35 passa a ser de Minas Gerais, e no sodalício procurar-me-ei mirar nas pegadas exemplares dos acadêmicos Luiz Phelippe Vieira de Mello, magistrado paradigmático, Osires Rocha, meu ex-professor, Vantuil Abdala, líder incontestado, Antônio Álvares da Silva, voz sempre desafiadora, Alice Monteiro de Barros, colega desde os bancos escolares, Manoel Mendes de Freitas, mineiridade em grau superlativo, e Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, professor definitivo. Sempre atento às palavras de GUIMARÃES ROSA:

“O mineiro não crê demasiado na ação objetiva; mas, com isso, não se anula. Só que mineiro não se move de graça. Ele permanece e conserva. Ele espia, escuta, indaga, protela ou palia, se sopita, tolera, remancheia, perregueia, sorri, escapole, se retarda, faz véspera, tempera, cala a boca, matuta, destorce, engambela, pauteia, se prepara. Mas, sendo a vez, sendo a hora, Minas entende, atende, toma tento, avança, pejeja e faz. Sempre assim foi. Ares e modos. Assim seja.”

A sina desta cadeira tem sido a vinculação com o Tribunal Superior do Trabalho. De BEZERRA DE MENEZES a mim, a interrogar aqueles que não cultivam o acaso mas interpretam os fatos. A efetivação da cerimônia no salão nobre da Corte é um gesto de delicadeza de seu Presidente, Ministro Francisco Fausto Paula de Medeiros, com a Academia e especialmente comigo. Mas, nada mais apropriado para o momento que vivenciamos.

O Direito do Trabalho está sendo questionado e, conseqüentemente, a Justiça do Trabalho. Aponta-se para a CLT e se diz tratar-se de uma legislação para tempos idos. Para os dias vividos propõem-se soluções, quer de natureza substancial quer de natureza instrumental.

NOTAS E COMENTÁRIOS

Existe apenas o presente, síntese do passado e germe do futuro. As discussões sobre a adequação indispensável da Lei aos tempos hodiernos se processam, às vezes, em velocidade impeditiva de maior reflexão e com ausência no foro de debates destas duas instituições fundamentais que são a Academia Nacional de Direito do Trabalho e o Tribunal Superior do Trabalho, enquanto órgão máximo da Justiça do Trabalho.

Não podemos cometer o pecado da omissão. Ser acadêmico é refletir não por devaneio mas para cumprir a função de influenciar na história, enquanto vida dos homens. Ser magistrado é ter a convicção de que as decisões não se limitam a falar a lei, pois que sua atuação dos fatos procede e para os fatos se dirige, com evidente influência na vida da sociedade. Pelo que, como cantaria o mineiro por adoção Milton Nascimento, o juiz, como o artista, tem de estar onde o povo está.

A Lei consagra valores, e ao ser repensada, não os pode olvidar. Os valores consagrados pela Lei antiga e a nova hão de ser explicitados, e discutidos amplamente, e não escamoteados. Se assim não o for, estaremos por atos singulares, às vezes cosméticos, trocando de valores e por certo desfigurando Instituições, institutos e violando princípios.

Senhores Acadêmicos. Dou-lhes as mãos com este propósito. Como mineiro, sei que de absoluto só existe o viver e o morrer. O mais é relativo, pelo que muito tenho a escutar e aprender. Mas, sendo a vez, sendo a hora, Minas entende, atende, toma tento, avança, peleja e faz. Sempre assim foi. Ares e modos. Assim será.

Permitam-me, senhores acadêmicos, um pedido de bênção a José e Dolores e um beijo múltiplo e uno em minhas filhas, minha neta, minha esposa e meus irmãos.

Muito obrigado.

FALECIMENTO DO MINISTRO JOSÉ LUIZ VASCONCELLOS

Faleceu em 2 de outubro o Exm^o Sr. Ministro aposentado do TST José Luiz Vasconcellos.

Paulista de Orlândia, José Luiz ingressou na Justiça do Trabalho em 1950 como auxiliar judiciário, tendo passado, em 1961, por concurso público, para a carreira da magistratura trabalhista. Processualista e professor emérito, o Ministro José Luiz, ao longo de sua carreira, ocupou com maestria a presidência de Juntas de Conciliação em São Paulo.

Em 30 de novembro de 1989, por nomeação do Presidente da República José Sarney, José Luiz Vasconcellos tomou posse como ministro do Tribunal Superior do Trabalho, exercendo, nessa egrégia Corte trabalhista, onde atuou por treze anos, presidência de Turma, a Corregedoria-Geral e a Vice-Presidência do Tribunal.

Jurisprudência

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA

AÇÃO RESCISÓRIA. BANCO DO BRASIL. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. AGRAVO DE PETIÇÃO. COISA JULGADA. TETO-LIMITE. ADICIONAIS ADI E AFR

Decisão executanda em que não se especificou se os referidos adicionais deveriam ou não ser computados no cálculo do teto-limite a ser observado na complementação de aposentadoria devida ao empregado. Ausência de afronta à coisa julgada.

Recurso ordinário a que se nega provimento.

(Processo nº TST-ROAR-670.244/00 – Ac. SBDI 2)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário em Ação Rescisória nº TST-ROAR-670.244/00.0, em que é Recorrente BANCO DO BRASIL S.A. e Recorrido JAIME MARQUES DE OLIVEIRA.

Banco do Brasil S.A. ajuizou ação rescisória, com fulcro no art. 485, IV e V, do CPC, pretendendo a desconstituição do Acórdão nº 19.566, proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região, em sede de agravo de petição, no qual se entendeu que, no tocante ao cálculo da complementação de aposentadoria devida ao Reclamante, o laudo pericial havia obedecido ao comando contido na decisão executanda.

O Tribunal Regional julgou improcedente a ação rescisória, por considerar que não ficara configurada na decisão rescindenda ofensa à coisa julgada (fls. 332/335).

O Autor interpôs recurso ordinário (fls. 339/346), insistindo na tese de demonstrada a violação dos arts. 5º, XXXVI, da Constituição Federal e 879, § 1º, da CLT. No seu entender, “a conclusão a que chegou o Regional certamente derivou de um respeitável entendimento pessoal e isolado do Colegiado ‘a quo’, que não reflete a jurisprudência predominante, e que, por isso, merece ser integralmente reformado” (fls. 345).

Recebido o recurso a fls. 348, o Recorrido ofereceu contra-razões a fls. 350/355.

O representante do Ministério Público do Trabalho opinou pelo não provimento do recurso (fls. 358/359).

É o relatório.

VOTO

1 CONHECIMENTO

Atendidos os pressupostos de admissibilidade do recurso ordinário, dele conhecido.

2 MÉRITO

O Tribunal Superior do Trabalho deu provimento ao recurso de revista interposto pelo Banco do Brasil S.A. a fim de que, do cálculo da complementação de aposentadoria do Reclamante, fosse excluída a gratificação de produtividade e respeitada a média dos últimos 36 meses trabalhados e o limite do cargo efetivo imediatamente superior.

O Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região, julgando o agravo de petição do Banco do Brasil S.A., negou-lhe provimento com base na seguinte fundamentação:

“Não merece acolhida o agravo.

A complementação da aposentadoria tem como teto-limite os proventos totais do cargo efetivo imediatamente superior. Vejamos o que são proventos totais do cargo efetivo. A Circular FUNCI 646, de 04.07.77 (doc. fls. 33), que dispõe sobre classificação e remuneração de cargos efetivos, juntada com a defesa, nos dá a solução do que sejam vencimentos totais do cargo efetivo, quando estipula, *‘in verbis’*, que entende por: a) ‘Vencimento-padrão – o salário constante da Tabela de vencimentos; b) Proventos – a soma do vencimento-padrão com os quinquênios; c) Proventos Gerais – o total da remuneração mensal de qualquer natureza, exclusive os ‘abonos diversos’ (documento nº 5 deste capítulo) e os auxílios pelo Fundo de Assistência Social; d) Proventos Totais – os proventos gerais acrescidos de 1/12 das gratificações extraordinárias e de Natal.’ Em que pese não conste dos autos o documento nº 5, citado na definição de proventos gerais, a contestação, às fls. 16, ao definir Proventos Gerais esclarece que os ‘abonos diversos’ correspondem a ‘quebras e riscos de caixa’ e ‘salário família’. Portanto, incensurável a r. decisão agravada, quando considerou correto o teto calculado pelo Sr. Perito (Cr\$ 42.523,50), estando aí incluídos o adicional de função e representação e adicional de dedicação exclusiva, visto que, consoante a Circular FUNCI 646, de 04.07.77, os proventos totais são constituídos pelos proventos gerais, acrescidos de 1/12 das gratificações extraordinárias e de Natal, e os proventos gerais correspondem ao total de remuneração mensal de qualquer natureza, exclusive os ‘abonos diversos’ que, nos termos da defesa, correspondem a quebras e riscos de caixa e salário família. Assim, correto o cálculo do teto, constituído pela soma do vencimento-padrão, 5 quinquênios, adicional de função e representação, abono de dedicação integral e a gratificação de 25%. Não bastante isso, como bem opinou a Douta Procuradoria e afirmou a r. decisão agravada, a não inclusão do adicional de função e

JURISPRUDÊNCIA

representação e do adicional de dedicação exclusiva, no cálculo dos proventos totais do cargo efetivo imediatamente superior (teto-limite) constituiria ofensa à coisa julgada, ante os termos do r. decisório exequendo” (fls. 217/218).

Pretendendo desconstituir essa decisão, o Banco do Brasil S.A. ajuizou ação rescisória, com fulcro nos incisos IV e V do art. 485 do CPC, alegando a existência de ofensa à coisa julgada.

O Tribunal Regional julgou improcedente a ação desconstitutiva, por considerar que não se vislumbrava nenhuma das hipóteses alegadas pelo Autor para a rescisão pretendida (fls. 332/335).

Nas razões do presente recurso ordinário (fls. 339/346), o Recorrente insiste em que houve vulneração da coisa julgada e afronta aos arts. 879, § 1º, da CLT e 5º, XXXVI, da Constituição Federal, uma vez que o perito, ao calcular o teto da remuneração do Exequente, incluiu as verbas em comissão denominadas adicional de função e representação e abono de dedicação integral (ADI e AFR), apurando, desse modo, um teto bastante superior ao real (fls. 343).

Na petição da reclamação trabalhista, o Reclamante pleiteou fosse “o Banco Reclamado condenado a complementar a sua aposentadoria até atingir o montante dos salários percebidos por empregados da categoria de caixa da letra ‘G’, com cinco quinquênios, que estejam em serviço no Banco Reclamado, computados não só o vencimento-padrão, com as cinco quotas quinquenais, por inteiro, *adicional de função e representação, abono de dedicação integral ...*” (fls. 33).

A parte dispositiva da decisão exequenda está assim redigida:

“ACORDAM os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, conhecer da revista, vencido o Exmo. Sr. Ministro Marco Aurélio e, no mérito, por maioria, *dar-lhe provimento, em parte, para excluir a gratificação de produtividade e mandar respeitar a média dos últimos 36 meses trabalhados e o limite do cargo efetivo imediatamente superior*” (fls. 75/76).

Portanto, o fato de o contador haver incluído em seus cálculos as parcelas adicional de função e representação (AFR) e abono de dedicação integral (ADI) não configurou afronta à coisa julgada e tampouco ao art. 879, § 1º, da CLT, pois no comando exequendo não se especificou a integração ou não das referidas parcelas no teto da complementação de aposentadoria, o que ficou delegado à fase de liquidação.

O debate acerca da mencionada matéria nesta oportunidade é impróprio, pois não se pode, em sede de ação desconstitutiva de julgado, sob o pretexto da invocação de ofensa ao instituto da coisa julgada, pretender rever a correção dos cálculos do contador, quando na decisão exequenda não se discriminaram as parcelas a serem computadas para fins de aferição do teto-limite da remuneração do empregado.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

Isto posto,

JURISPRUDÊNCIA

Acordam os Ministros da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário.

Brasília, 13 de novembro de 2001. *Gelson de Azevedo*, ministro relator.

AÇÃO RESCISÓRIA. DECADÊNCIA

RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. DECADÊNCIA AFASTADA. INTELIGÊNCIA DO ITEM III DO ENUNCIADO Nº 100 DO TST. É imprescindível lembrar que a Instrução Normativa nº 16/99 do TST foi editada em consonância com a Lei nº 9.756, de dezembro de 1998, que introduziu alterações no art. 897, da CLT, com a adição dos parágrafos 5º, 6º e 7º, pelos quais passou a ser ônus das partes promover a formação do instrumento, com o traslado de peças essenciais e obrigatórias, sob pena de não-conhecimento do recurso. Desse modo, não tendo o despacho denegatório do agravo de instrumento emitido juízo conclusivo sobre a extemporaneidade ou não do recurso de revista, e não é possível extrair-se do não-conhecimento do agravo, pela ausência de traslado da certidão de publicação do acórdão recorrido, a ilação de que o fosse extemporaneamente, e tendo em conta o cabimento do agravo então interposto mais o fato incontroverso da sua tempestividade, depara-se com a postergação do termo inicial do prazo decadencial à data do trânsito em julgado da decisão monocrática, em função da qual agiganta-se o aprazamento da ação rescisória.

Recurso provido.

(Processo nº TST-ROAR-49925-2002-900-06-00 – Ac. SBDI 2)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário em Ação Rescisória nº TST-ROAR-49925/2002-900-06-00.0, em que é Recorrente JÂNIO JOSÉ CARRAZONE DE ANDRADE e Recorrido MUNICÍPIO DE ESCADA.

Trata-se de recurso ordinário interposto pelo autor ao acórdão do TRT da 6ª Região (fls. 67/69) que, constatando a decadência, julgou extinto o processo, com julgamento de mérito, nos moldes do art. 269, inc. VI, do CPC.

Sem contra-razões.

Parecer da Procuradoria Geral do Trabalho, às fls. 93/94, opinando pelo não-provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Entendeu o Tribunal de origem de decretar a decadência da ação rescisória ao argumento de que fora considerado inadmissível o agravo de instrumento, interposto contra despacho que denegara o processamento do recurso de revista do recorrente.

Realmente, colhe-se do despacho, reproduzido à fls. 59, que o Eminentíssimo Ministro Relator denegara monocraticamente seguimento ao agravo de instrumento, por considerá-lo inadmissível, em razão de o então agravante não ter trasladado para o instrumento a certidão de publicação do acórdão recorrido, em contravenção ao preconizado na Instrução Normativa nº 16/99 do TST.

Significa dizer não o ter considerado inadmissível, no sentido de não ser o recurso cabível contra o despacho que não admitira o recurso de revista interposto, até porque é incontrastável a sua admissibilidade à luz do art. 897, alínea *b*, da CLT. O que o eminentíssimo Ministro Relator pretendeu salientar foi que o agravo de instrumento era inadmissível, por deficiência de traslado de peça essencial, deixando subentendido o ter reputado cabível, insuscetível no entanto de conhecimento pelo TST, por conta do não-traslado da certidão de publicação do acórdão recorrido.

Com isso, depara-se com a errônea da decisão de origem ao proclamar a decadência da ação rescisória, ao fundamento de não ter havido a postergação do termo inicial, na esteira do que preconiza o item III do Enunciado 100 desta Corte, uma vez que não se acham presentes as hipóteses ali contempladas de recurso intempestivo ou incabível.

De outro lado, apesar de o Tribunal de origem não ter se manifestado sobre a possibilidade de se reputar extemporâneo o agravo de instrumento, porque a sua denegação decorrerá da ausência de peça indispensável à verificação da tempestividade do recurso de revista, nada impede que o faça o TST, escorado na ampla devolutividade do recurso ordinário.

Para bem se posicionar sobre a questão, é imprescindível lembrar que a Instrução Normativa nº 16/99 do TST foi editada em consonância com a Lei nº 9.756, de dezembro de 1998, que introduziu alterações no art. 897, da CLT, com a adição dos parágrafos 5º, 6º e 7º, pelos quais passou a ser ônus das partes promover a formação do instrumento, com o traslado de peças essenciais e obrigatórias, sob pena de não-conhecimento do recurso.

Desse modo, ao registrar o Ministro Relator que denegava seguimento ao agravo de instrumento, por deficiência de traslado, pretendia, na realidade, ressaltar o seu não-conhecimento, pelo que é fácil inferir não ter sido conclusivo sobre a tempestividade ou não do recurso de revista, afastando assim a pertinência do item III do Enunciado 100 do TST.

Como não se emitiu juízo conclusivo sobre a extemporaneidade ou não do recurso de revista, e não é possível extrair-se do não-conhecimento do agravo, pela ausência de traslado da certidão de publicação do acórdão recorrido, a ilação de que o fosse extemporaneamente, e tendo em conta o cabimento do agravo então interposto mais o fato incontroverso da sua tempestividade, depara-se com a postergação do termo inicial do prazo decadencial à data do trânsito em julgado da decisão monocrática, em função da qual agiganta-se o aprazamento da ação rescisória.

Do exposto, *dou provimento* ao recurso ordinário para, afastada a decadência, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que prossiga no julgamento da ação rescisória, como entender de direito.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário para, afastando a decadência decretada, determinar o retorno dos autos ao Tribunal Regional do Trabalho de origem, a fim de que prossiga no julgamento da ação rescisória, como de direito.

Brasília, 12 de novembro de 2002. *Antônio José de Barros Levenhagen*, relator.

AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. NÃO-CARACTERIZAÇÃO

AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. PENHORA DE LINHAS TELEFÔNICAS. EMBARGOS DE TERCEIRO.

Se não estava de qualquer modo provado nos autos da ação de embargos de terceiro, o agora alegado fato de que as linhas telefônicas penhoradas estivessem instaladas em local diverso daquele da sede da empresa, não havia mesmo como o Juiz da execução colher os elementos necessários para percepção diferente. Com efeito, não sendo à época possível verificar sequer o endereço exato onde figurava a sede da empresa, já que essa prova foi feita apenas no curso da ação rescisória, afasta-se, desde logo, a aventada hipótese de ocorrência de erro de fato na ação principal, visto que este, conforme a dicção do inciso IX do art. 485 do CPC, tem de ser resultante de atos ou de documentos da causa originária. Efetivamente, o erro de fato ensejador da rescisória deve, necessariamente, ser apurável do exame das provas já existentes no processado originário, no qual a decisão rescindenda decidiu a causa principal, e não do acervo probatório produzido no juízo rescisório.

Recurso ordinário a que se nega provimento.

(Processo nº TST-ROAR-661.736/00 – Ac. SBDI 2)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário em Ação Rescisória nº TST-ROAR-661.736/2000.9, em que são Recorrentes FLÁVIO BARBOSA GALVÃO E OUTRA e Recorrido ROBERTO HUCKE.

“Flávio Barbosa Galvão e Teresa Takano ajuizaram ação rescisória, com fulcro no inc. IX do art. 485 do CPC, pretendendo a rescisão da sentença proferida em embargos de terceiro, Processo nº 2.746/96 da Primeira Vara do Trabalho de São Paulo.

JURISPRUDÊNCIA

Procedeu-se a citação por edital, porquanto desconhecido o paradeiro do Réu (fls. 129 e 131/132), tendo sido nomeado o Ministério Público do Trabalho como curador à lide (fls. 133).

O Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região julgou improcedente a pretensão rescisória, ressaltando que a ação desconstitutiva de julgado não é sucedâneo de recurso nem serve de meio à correção da injustiça da sentença (fls. 162/165).

Os embargos de declaração foram rejeitados (fls. 177/178), uma vez que não configuradas as hipóteses elencadas no art. 535 do CPC.

Os autores interpuseram recurso ordinário (fls. 183/189), insistindo na procedência do pedido rescisório.

Admitido o recurso (fls. 190), a representante do Ministério Público do Trabalho opinou pelo não provimento do recurso (fls. 193/194).”

Este foi o relatório lido e aprovado em sessão.

VOTO

I – CONHECIMENTO

Atendidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade atinentes à tempestividade (fls. 178-v e 183) e à representação processual (fls. 15/16), *conheço* do recurso.

II – MÉRITO

Erro de fato. Não-configuração

Cuida-se de ação rescisória ajuizada às fls. 2/12 pelos terceiros embargantes (no processo principal), tendo como único fundamento a alegação de que a decisão de mérito rescindenda teria incorrido em erro de fato (arts. 485, IX, §§ 1º e 2º, do CPC).

A r. sentença apontada como rescindenda, proferida em sede de embargos de terceiro, encontra-se às fls. 39/40. Nela, a 1ª Vara do Trabalho de São Paulo houve por bem julgar improcedentes os embargos ajuizados por Flávio Barbosa Galvão e Tereza Takano, ora recorrentes, ao entendimento de que os embargantes não teriam se desincumbido de provar a que título lhe pertenciam as linhas telefônicas penhoradas, as quais estariam instaladas no endereço da sede da executada.

Afirmaram os autores que a conclusão externada pelo sentenciado rescindendo “decorreu de leitura equivocada daqueles autos, já que no ‘Termo de Penhora e Avaliação’ indicou-se expressamente o endereço residencial do embargante Flávio como local da instalação dos telefones, vale dizer, Alameda Jaú, nº 506” (fl. 7), enquanto que na decisão objeto de desconstituição se partiu da premissa de que as linhas telefônicas estavam instaladas no endereço da executada, com a qual insistem em não manter nenhum vínculo. Argumentaram os terceiros, dessa forma, que o erro de fato surgiria

pelo fato de as linhas telefônicas estarem instaladas em determinado endereço, notadamente o seu endereço residencial, e não em outro diverso, qual seja, na sede da empresa.

A douta maioria do egrégio 2º Regional, mediante o v. acórdão de fls. 161/165, complementado às fls. 177/178, resolveu julgar improcedente a ação rescisória, em síntese, por não considerar configurado o imaginado erro de fato decorrente dos atos e documentos da causa. Além de adentrar ao mérito do pedido rescisório, teceu ainda fundamentação acerca do não-cabimento da rescisória no caso *sub judice*, a qual somente se prestaria à desconstituição da coisa julgada, com a prolação de novo julgamento, quando presentes os pressupostos rígidos impostos pelo CPC. Asseverou aquela Corte, outrossim, que a rescisória não serviria para a correção de eventuais injustiças decorrentes da má-apreciação das provas existentes nos autos principais pela decisão rescindenda, já que não é sucedâneo de recurso, e sim verdadeira ação.

Irresignados, os autores recorrem ordinariamente, às fls. 183/189, reafirmando a necessidade de procedência da pretensão rescisória.

Data maxima venia das eminentes considerações registradas pela Exmª Srª Juíza Convocada Relatora, em seu voto vencido, na hipótese vertente, parece-me que, de fato, não há como se prover o apelo ordinário dos autores, pelos seguintes motivos:

Ora, determinou-se a penhora de duas linhas telefônicas de duas pessoas tidas como responsáveis na execução. Em sede de embargos de terceiro, discutiu-se justamente essa responsabilidade dos terceiros, tendo o exequente, ora recorrido e réu na ação rescisória, afirmado que se tratavam de prepostos ou mesmo sócios da empresa, enquanto que os terceiros embargantes, ora recorrentes e autores da rescisória, questionaram tais condições a eles imputadas. Ao decidir a matéria, a sentença rescindenda partiu de uma única premissa, a de que as linhas estavam instaladas na sede da empresa. Então, mesmo que fossem da titularidade de terceiros, por estarem instaladas na sede da empresa, deveriam sofrer a constrição.

Dessume-se, de plano – a despeito dos diversos aspectos levantados pelos recorrentes como supostamente capazes de configurar o pretendido erro de fato -, que, no caso em tela afigurava-se impossível ao órgão julgador da execução decidir de outra forma, diante dos escassos elementos de prova de que dispunha à época. Com efeito, note-se que a questão em torno do local de instalação dos bens constritos (no caso, as duas linhas telefônicas) é nova, ou seja, surgiu apenas nesta seara rescisória, uma vez que do contexto da r. sentença rescindenda pode-se extrair, tão-somente, que pouco importaria se as linhas telefônicas pertenciam ou não à empresa em cuja sede as mesmas estariam situadas. Ou por outra, embora as linhas pudessem não ser de propriedade da executada, sofreriam a constrição porque estariam ali instaladas, servindo a empresa. Logo, se não estava de qualquer modo provado nos autos da ação de embargos de terceiro, o agora alegado fato de que as linhas telefônicas penhoradas estivessem instaladas em local diverso daquele da sede da empresa, não havia mesmo como o Juiz da execução colher os elementos necessários para percepção diferente. Afasta-se, desde logo, a aventada hipótese de ocorrência de erro de fato na ação principal, visto que

JURISPRUDÊNCIA

este, conforme a dicção do inciso IX do art. 485 do CPC, tem de ser resultante de atos ou de documentos da causa originária.

Efetivamente, o erro de fato ensejador da rescisória deve, necessariamente, ser apurável do exame das provas já existentes no processado originário, no qual a decisão rescindenda decidiu a causa principal, e não do acervo probatório produzido no juízo rescisório.

Ademais, não tendo a decisão rescindenda, até porque bastante lacônica, admitido um fato inexistente, ou ainda, considerado inexistente um fato efetivamente ocorrido, forçoso concluir-se que não houve erro, a teor do § 1º do art. 485 do CPC. E quanto ao disposto no § 2º do mesmo permissivo processual, se os terceiros embargantes não lograram comprovar, naquela oportunidade, somente o fazendo no curso da rescisória, a própria titularidade das linhas telefônicas penhoradas e, por outro lado, a localidade exata onde figurava a sede do estabelecimento empresarial, como poderia haver então pronunciamento judicial sobre o fato de que as linhas telefônicas penhoradas estariam instaladas em endereço diverso do da sede da empresa executada? Defeito de percepção do julgador acerca da existência ou inexistência de referido fato não houve, pois a decisão rescindenda se baseou nos elementos constantes nos autos e, à época, não trataram os terceiros embargantes de colacionar aos autos principais, no momento processual próprio, as provas indicativas da composição societária da então embargada, de modo a afastar-se a existência de vínculo entre a empresa executada e os terceiros interessados, e, ainda, as provas a respeito do local residencial (distinto do comercial) onde as linhas telefônicas estariam, em verdade, segundo alegaram, instaladas, somente o fazendo em sede de rescisória, pelo que improcede o pleito rescisório calçado no inciso IX do art. 485 do CPC, como aliás bem colocado na decisão recorrida de fls. 162/165 e nas peças opinativas de fls. 154/155 e 193/194, todas seguindo essa mesma linha de raciocínio.

Saliente-se, por oportuno, que os documentos acostados a partir da fl. 60, atos constitutivos e todas as alterações posteriores a fim de demonstrar a composição societária da executada e a diversidade de endereços dos terceiros embargantes (onde estariam, na verdade, instaladas as linhas telefônicas) em relação à empresa executada, não se prestam ao exame dessa rescisória, pois tais documentos não foram apresentados na causa principal, de modo a influir na formação de convencimento do Juiz da execução e obter sentença favorável aos terceiros embargantes, tendo sido juntados apenas após a determinação do Juiz Relator da rescisória, com se vê à fl. 59. Os de fls. 55/57, também “novos” e estranhos aos autos originários, igualmente desservem à configuração do pretenso erro de fato.

Destarte, se a existência ou a inexistência do referido fato não estavam de qualquer maneira provadas nos autos da ação principal, não havia mesmo como o Juiz da execução formar convicção outra.

In casu, os autores da rescisória, pretextando suposta ocorrência de erro de fato, na verdade, pretendem mesmo que também este Órgão Julgador decline novo juízo de

JURISPRUDÊNCIA

valor acerca de questões fático-probatórias já exaustivamente demarcadas no processo originário, o que se revela impossível nesta seara rescisória.

Ainda que se pudesse inferir da afirmação contida na sentença rescindenda a ocorrência de mero erro de julgamento, isto não socorreria a parte, na medida em que, consoante o entendimento assente na jurisprudência desta alta Corte, revela-se inviável examinar, pela estreita via da ação impugnativa autônoma, questões que envolvam dilação probatória sobre situações fáticas analisadas pela decisão rescindenda, mormente porque a reavaliação das provas já apreciadas não autoriza o exercício da ação rescisória, cujas hipóteses de rescisão limitam-se à configuração daqueles vícios taxativamente arrolados no art. 485 do CPC, sob pena de patente desprestígio à eficácia da *res judicata*, desservindo igualmente a medida extrema à reparação de eventual erro de julgamento ou injustiça da decisão rescindenda.

Em vista de todo o exposto, *nego provimento* ao presente recurso ordinário.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, vencida a Excelentíssima Juíza Convocada Lília Leonor de Abreu, negar provimento ao recurso ordinário.

Brasília, 25 de junho de 2002. *Renato de Lacerda Paiva*, redator designado.

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CÁLCULO. SALÁRIO MÍNIMO

EMBARGOS DO RECLAMANTE. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – BASE DE CÁLCULO – SALÁRIO MÍNIMO.

A base de cálculo do adicional de insalubridade é o salário mínimo, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Inteligência da Orientação Jurisprudencial nº 2 da SBDI-1 do TST.

Embargos não conhecidos.

EMBARGOS DA RECLAMADA

INTERVALO INTRAJORNADA – CONCESSÃO PARCIAL – INVALIDA-DE

O intervalo intrajornada concedido a menor (40 minutos, em jornada de 8 horas) gera o direito, para o empregado, à remuneração, como extra, da hora integral. Trata-se de norma de natureza tutelar, objetivando preservar a saúde e a segurança do trabalhador.

Embargos não conhecidos.

(Processo nº TST-E-RR-628.779/00 – Ac. SBDI 1)

JURISPRUDÊNCIA

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-628.779/2000.3, em que são Embargantes AÇOS VILLARES S.A. e LUIZ RODRIGUES DOS SANTOS e Embargados OS MESMOS.

A C. 1ª Turma desta Corte, pelo acórdão de fls. 206/211, conheceu parcialmente e deu provimento ao Recurso de Revista interposto pela Reclamada. Reconheceu o direito ao adicional de insalubridade por falta de iluminamento e determinou sua incidência sobre o salário mínimo, nos termos do Enunciado nº 228 do TST. Negou conhecimento ao Recurso relativamente ao pedido de reforma do acórdão regional no tocante à condenação ao pagamento de intervalo intrajornada como hora extra.

Opostos Embargos de Declaração pela Reclamada (fls. 216/219), foram desprovidos às fls. 222/225.

O Reclamante apresenta Embargos à SBDI-1 (fls. 231/234), com fulcro no artigo 894 da CLT. Sustenta que o acórdão impugnado contrariou o disposto no artigo 7º, inciso IV, da Constituição da República, ante a vedação constitucional de vinculação ao salário mínimo para qualquer fim. Colaciona divergência jurisprudencial.

A Reclamada interpõe Embargos à SBDI-1 às fls. 237/241, com supedâneo nos artigos 702, II, c, e 894, b, da CLT. Alega que, tendo o Eg. Tribunal Regional reconhecido o intervalo intrajornada de 40 (quarenta) minutos, não poderia ser deferido o pagamento da totalidade do intervalo intrajornada. Indica violação aos artigos 71, § 2º, e 896 da CLT.

Impugnação do Reclamante às fls. 246/247 e da Reclamada às fls. 249/251.

Sem remessa dos autos ao D. Ministério Público do Trabalho, nos termos do artigo 113 do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

VOTO EMBARGOS DO RECLAMANTE

REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

Tempestivos (fl. 226) e subscritos por advogado regularmente habilitado (fl. 5), os Embargos preenchem os requisitos extrínsecos de admissibilidade.

I – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – BASE DE CÁLCULO – SALÁRIO MÍNIMO

a) Conhecimento

A C. 1ª Turma desta Corte, pelo acórdão de fls. 206/211, conheceu parcialmente e deu provimento ao Recurso de Revista interposto pela Reclamada. Reconheceu o direito ao adicional de insalubridade por falta de iluminamento e determinou sua incidência sobre o salário mínimo, nos termos do Enunciado nº 228 do TST. Eis a ementa:

“ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO

JURISPRUDÊNCIA

A base de cálculo para pagamento do adicional de insalubridade é o salário mínimo legal, aplicável o Piso Nacional de Salários e não o salário mínimo de referência na vigência do Decreto-Lei nº 2.351/87. Diretriz da Súmula nº 288 do TST. Recurso conhecido e provido.” (fl. 206)

O Reclamante apresenta Embargos à SBDI-1 (fls. 231/234), com fulcro no artigo 894 da CLT. Sustenta que o acórdão impugnado contrariou o disposto no artigo 7º, inciso IV, da Constituição da República, ante a vedação constitucional de vinculação ao salário mínimo para qualquer fim. Colaciona divergência jurisprudencial.

Razão não lhe assiste.

A eficácia do Enunciado nº 228/TST não foi afetada pela superveniência do inciso XXIII do art. 7º da Constituição da República. Primeiro, porque o dispositivo fundamental prevê adicional de remuneração, e não adicional sobre remuneração. Segundo, porque se trata de norma constitucional de eficácia limitada, ou, como entende Maria Helena Diniz (*in Norma Constitucional e seus Efeitos*, 2ª edição, Editora Saraiva, 1992), de eficácia relativa complementável por lei, sem a qual não gera efeitos. A lei referida pelo constituinte originário é a CLT, por ele recepcionada, notadamente o artigo 192, que estabelece como base de cálculo do adicional de insalubridade o salário mínimo regional, nacionalmente unificado pelo inciso IV do mesmo preceito constitucional.

A C. SBDI-1, pela Orientação Jurisprudencial nº 2, já pacificou o seu entendimento no sentido de que, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a base de cálculo do adicional de insalubridade é o salário mínimo:

“02. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. MESMO NA VIGÊNCIA DA CF/88: SALÁRIO MÍNIMO.” (INSERIDO EM 29.3.1996.). Precedentes: RO-AR 245.457/1996, Ac. 3.349/1997, Min. Ângelo Mário, DJ 14.11.1997; E-RR-29.071/1991, Ac. 0402/1996, Min. Cnéa Moreira, DJ 22.3.1996; E-RR-123.805/1994, Ac. 0361/1996, Min. Indalécio G. Neto, DJ 15.03.1996; E-RR-55.187/1992, Ac. 0268/1996, Min. Cnéa Moreira, DJ 15.3.1996; AGAI-177.959-4-MG, 2ª T-STF, Min. Marco Aurélio, DJ 23.5.1997.

Transcreve-se ementa do acórdão da C. SBDI-1, Relator Min. Rider Nogueira de Brito, nos autos do Processo nº E-RR-367.034/97, publicada no DJ de 24.8.2001, *in verbis*:

“ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. ART. 7º, IV, DA CARTA POLÍTICA. SALÁRIO MÍNIMO. A vedação constante do art. 7º, IV, da Constituição da República visa a evitar a indexação da economia e, dessa forma, impedir que a variação do salário mínimo, em virtude de sua vinculação, constitua um fator inflacionante. Não pretendeu a Carta Política dissociar o salário mínimo de sua real finalidade, qual seja, servir como padrão de equivalência mínima a ser observada entre trabalho e contraprestação pecuniária. Nesse sentido o item 2 da Orientação Jurisprudencial da SDI desta Corte. Embargos não conhecidos.”

JURISPRUDÊNCIA

Os arestos colacionados provêm de Tribunais Regionais, inaptos à configuração da divergência exigida pelo artigo 894 da CLT.

Diante do exposto, *não conheço* dos Embargos.

EMBARGOS DA RECLAMADA

Requisitos extrínsecos de admissibilidade

os Embargos preenchem os requisitos extrínsecos de admissibilidade, passo ao exame.

I – INTERVALO INTRAJORNADA – VIOLAÇÃO AO ARTIGO 71, § 2º, E 896 DA CLT

a) Conhecimento

O Eg. Tribunal Regional, ao apreciar o Recurso Ordinário da Reclamada no tocante às horas extras devidas em função da não-fruição do intervalo intrajornada, consignou:

“Ficou comprovado nos autos que o obreiro usufruía de 40 (quarenta) minutos e cumpria jornada de trabalho das 22:00 às 06:00 horas de segunda a sábado, ou seja, ativava-se extraordinariamente, pois cumpria 9 (nove) horas de jornada.

Destarte, mantenho a condenação ao pagamento de uma hora extra diária, tendo em vista a incorreta usufruição de intervalo para repouso e refeição. Também é de destacar a inaplicabilidade do já cancelado Enunciado 88 do C. TST, visto haver excesso da jornada de trabalho legal.” (fl. 170)

A C. 1ª Turma desta Corte negou conhecimento à Revista, mantendo o entendimento do Eg. Tribunal Regional. Decidiu:

“Não se verifica, de igual modo, violação ao artigo 71, § 2º, da CLT.

Com efeito, se por um lado o entendimento adotado na v. decisão recorrida mostra-se consentânea com o aludido dispositivo consolidado, visto que a concessão de intervalo para descanso de apenas quarenta minutos desatende ao preceito estabelecido no *caput* desse dispositivo, que prevê intervalo mínimo de uma hora, por outro lado, a jornada extraordinária, segundo se infere do v. acórdão recorrido, restou comprovada. Sendo assim, cumpre afastar a alegação de que a Eg. Turma teria incorrido em ofensa ao artigo 71, § 2º, da CLT.” (fls. 209/210)

Nos Embargos, a Reclamada alega que, tendo o Reclamante usufruído 40 (quarenta) minutos de intervalo intrajornada, tal período não poderia ser considerado como tempo à disposição. Indica violação ao artigo 71, § 2º, da CLT.

Razão não lhe assiste.

JURISPRUDÊNCIA

As normas sobre duração da jornada de trabalho são de cunho tutelar. Por meio delas, pretendeu o legislador assegurar melhores condições ao trabalhador, no exercício das atividades.

Não há dúvidas de que a extensa e contínua execução de tarefas, muitas vezes repetitivas, gera a diminuição da atenção, aumentando o risco de acidentes. O descanso integra o estudo da higiene do trabalhador. Por ser meio de contenção da fadiga e estresse, tem natural função preventiva de disfunções.

Tem o intervalo intrajornada, portanto, dupla função: se por um lado destina-se à alimentação do empregado, por outro preza pela preservação de sua saúde, física e mental, por meio do descanso.

Não por acaso, a duração do trabalho é Capítulo constante do Título II, da CLT, ao lado de matérias como salário mínimo e férias anuais. O artigo 71, § 2º, da CLT, assim, deve ser interpretado sistematicamente, considerando as demais disposições do artigo, além das regras de proteção à saúde do trabalhador.

O art. 71, § 4º, da CLT, chancela o entendimento de que é devida a remuneração, como extra, do período correspondente ao intervalo intrajornada concedido a menor:

“§ 4º Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo cinquenta por cento sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.”

O *caput* do mesmo artigo dispõe que será obrigatória a concessão de um intervalo mínimo de uma hora, quando a jornada for superior a seis.

Dessa forma, apenas quando assegurado o período mínimo destinado ao descanso e alimentação do empregado, desincumbe-se o empregador da obrigação legal.

No presente caso, o intervalo intrajornada concedido era de apenas 40 (quarenta) minutos, insuficiente, estando correto o acórdão regional ao impor condenação em pagamento do intervalo intrajornada de forma integral, acrescido do adicional extraordinário.

Não ocorre violação ao disposto no artigo 71, § 2º, da CLT.

Não conheço.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer de ambos os Embargos.

Brasília, 11 de novembro de 2002. *Maria Cristina Irigoyen Peduzzi*, ministra relatora.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPOSIÇÃO POR E-MAIL

Ausentes os originais do recurso enviado por e-mail, impossível seu conhecimento.

Recurso de Embargos de que não se conhece.

(Processo nº TST-E-AIRR-786.423/01 – Ac. SBDI 1)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Embargos em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-E-AIRR-786.423/2001.9, em que é Embargante TEKSID DO BRASIL LTDA. e Embargado JOSÉ MARIA MACHADO.

A Terceira Turma, por meio do acórdão de fls. 29/30, não conheceu do Agravo de Instrumento da reclamada, sob os seguintes fundamentos:

“A reclamada apresentou a minuta do agravo de instrumento por e-mail em 16 de março de 2001. Entretanto, não diligenciou no sentido apresentar (*sic*) o original do agravo de instrumento até o quinto dia após a data do término do prazo, conforme dispõe o art. 2º da Lei nº 9.800/99.

Registre-se que a petição juntada às fls. 07/13, refere-se ao agravo de petição nº 1866/00, cujo agravado é FRANCISCO PASCOAL DE GODOY, portanto, processo diverso do que ora está sob exame” (fls. 29/30).

Inconformada, a reclamada interpõe Recurso de Embargos a fls. 32/35. Sustenta que protocolizou os originais do Agravo de Instrumento em 22/03/01, em observância ao disposto no art. 2º da Lei nº 9.800/99, mas que a Secretaria do TRT da Terceira Região se equivocou, juntando aos autos petição de processo diverso. A embargante colaciona cópia autenticada da petição mediante a qual requereu a juntada dos originais do Agravo (fls. 38) e aponta violação aos arts. 897, alínea *b*, 711, alínea *a* e 719 da CLT e 2º da Lei nº 9.800/99.

Não foi oferecida impugnação, consoante a certidão de fls. 41.

É desnecessária a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, de acordo com o artigo 113 do Regimento Interno do TST.

É o relatório.

VOTO

Cumpriram-se os pressupostos de admissibilidade relativos a tempestividade (fls. 31/32) e representação processual (fls. 27).

1 CONHECIMENTO

1.1 Agravo de instrumento interposto por e-mail

A Turma não conheceu do Agravo de Instrumento da reclamada, porquanto, tendo sido apresentados por *e-mail*, não constam dos autos os respectivos originais.

Consignou que a petição, bem como as razões juntadas aos autos referem-se a processo diverso daquele em exame (fls. 29/30).

A embargante, em seu arrazoado, sustenta que protocolizou os originais do Agravo de Instrumento em 22/03/01, em observância ao disposto no art. 2º da Lei 9.800/99, mas que a Secretaria do TRT da Terceira Região se equivocou, juntando aos autos petição de processo diverso. A embargante colaciona cópia autenticada da petição mediante a qual requereu a juntada dos originais do Agravo (fls. 38) e aponta violação aos arts. 897, alínea *b*, 711, alínea *a* e 719 da CLT e 2º da Lei nº 9.800/99.

Não obstante a embargante tenha comprovado a apresentação da petição mediante a qual requereu a juntada dos originais do Agravo de Instrumento (fls. 38), conforme alegado, não colacionou os respectivos originais, sem os quais é impossível o conhecimento do recurso.

Por outro lado, há que se considerar, ainda, que a petição do Agravo de Instrumento enviada por *e-mail* (fls. 03/06), não contém a assinatura do seu subscritor. Conseqüentemente, o Recurso é inexistente, em termos jurídicos.

Nesse sentido, também em processo cujo recurso foi apresentado por *e-mail*, entendeu a Primeira Turma do TST ser necessária a assinatura e essencial “para comprovar a autenticidade e validade do recurso” (TST-AIRR-663.758/2000, rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ 10/11/2000).

Cabe salientar que, nos dias atuais, é perfeitamente possível digitalizar, por meio de *scanner*, a assinatura. Por isso, mesmo por *e-mail*, é possível enviar ao destinatário cópia exatamente igual ao original, inclusive com a assinatura do subscritor do arrazoado.

Pelos motivos expostos, não se vislumbra, pois, ofensa aos arts. 897, alínea *b*, 711, alínea *a* e 719 da CLT e 2º da Lei nº 9.800/99.

NÃO CONHEÇO.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do Recurso de Embargos.

Brasília, 11 de novembro de 2002. *João Batista Brito Pereira*, ministro relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO EM FACE DE DESPACHO DENEGATÓRIO DO SEGUIMENTO DO RECURSO DE REVISTA. IMPOSSIBILIDADE DE INTERRUPTÃO DO PRAZO RECURSAL.

O pedido de reconsideração não protraí o termo ad quem do prazo recursal. Isto porque, a interposição de recurso incabível não tem o condão de afastar o

JURISPRUDÊNCIA

trânsito em julgado da decisão. Em consequência, torna-se impossível a interposição a posteriori de qualquer outro recurso contra a decisão transitada em julgado.

Agravo não conhecido.

(Processo nº TST-AIRR-742.758/01 – Ac. 2ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-742.758/2001.2, em que é Agravante MINEIRAÇÕES BRASILEIRAS REUNIDAS S/A e Agravado ANTÔNIO COSME DE OLIVEIRA.

Agrava do r. despacho de fls. 260, originário do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, que denegou seguimento ao recurso de revista interposto, alegando, em suas razões de agravo de fls. 263/264, que merecia seguimento o recurso de revista. Agravo processado nos autos principais. Sem contraminuta. Dispensado o parecer da d. Procuradoria-Geral, nos termos do artigo 113, § 1º, II, do RITST. Relatados.

VOTO

Conheço do agravo de instrumento, posto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Insurge-se a agravante, em suas razões recursais, contra o despacho que denegou seguimento ao recurso de revista, alegando que não se trata da hipótese de aplicação do Enunciado 333 do TST, pois, *in casu*, não se discute acerca do pagamento integral do adicional de insalubridade, e sim se as atividades do agravado eram ou não perigosas. Diz, ainda, que restaram configuradas a violação legal e a divergência jurisprudencial invocadas nas razões do recurso de revista.

Da análise dos autos, verifico às fls. 257, que a publicação do despacho denegatório é de 06 de abril de 2000, expirando o prazo para interposição do recurso no dia 14 do mesmo mês, sendo que o agravo de instrumento foi interposto no dia 14 de julho de 2000, portanto, a destempo.

E nem se alegue que o pedido de reconsideração de fls. 258/259 teve o condão de interromper o prazo para a interposição do presente agravo de instrumento.

Vale ressaltar que “... o recurso precisa estar previsto na lei processual contra determinada decisão judicial, e, ainda, que seja o adequado para aquela espécie. Estes dois fatores, a *recorribilidade*, de um lado, e a *adequação*, de outro, compõem o requisito *cabimento* para a admissibilidade do recurso” (Nelson Nery Júnior *in Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*, Ed. Revista dos Tribunais, 2. ed., p. 93).

Por outro lado, tendo em vista o princípio da singularidade, “... não se pode interpor mais de um tipo de recurso contra a mesma decisão” (*ibidem*, p. 97).

Destarte, resta evidente o incabimento de mero pedido de reconsideração contra despacho que denega seguimento a recurso de revista, pois o art. 897, alínea *b*, da CLT é expresso ao dispor que “Cabe Agravo, no prazo de 8 (oito) dias:

(...)

b) de instrumento, dos despachos que denegarem a interposição de recurso.”

Nesse passo, a questão que exsurge diz respeito aos efeitos que a interposição de recurso incabível acarreta na fruição do prazo recursal.

Ora, resta evidente que a interposição de recurso incabível não protraí o termo *ad quem* do prazo recursal. Isto porque, a interposição de recurso incabível não tem o condão de afastar o trânsito em julgado da decisão. Em conseqüência, torna-se impossível a interposição *a posteriori* de qualquer outro recurso contra a decisão transitada em julgado. Até porque, nem mesmo a interposição do recurso porventura cabível teria o condão de desconstituir a coisa julgada.

Nesse sentido, aliás, já se manifestou o Tribunal Pleno desta Corte, ao apreciar o Incidente de Uniformização de Jurisprudência em Ação Rescisória, número IUJ-AR-445053/1998, que alterou a redação do Enunciado/TST n. 100, em voto de lavra do Exmo. Ministro Gelson de Azevedo, a saber:

“No item III, registra-se uma terceira exceção à regra referenciada no item I, a qual diz respeito àquelas situações em que tenha havido interposição de recurso manifestamente incabível ou intempestivo, isto é, quando não há no processo ou na jurisprudência, controvérsia razoável no que tange à extemporaneidade ou ao cabimento do recurso, circunstâncias que levam ao trânsito em julgado da decisão recorrida *ipso jure*, não dilatando o termo inicial do prazo decadencial. Ora, com a interposição de recurso após o prazo legal ou de recurso incabível, a parte recorrente permite que ocorra a formação da coisa julgada material (art. 467 do CPC). Ademais, se se admitisse a aplicação da orientação contida no item I na hipótese de interposição de recurso manifestamente incabível ou extemporâneo, estar-se-ia reconhecendo à parte o direito potestativo de dilatar, a seu bel-prazer, o prazo para o ajuizamento da ação rescisória.”

Do exposto, não conheço do agravo de instrumento.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do agravo.

Brasília, 04 de setembro de 2002. *Renato de Lacerda Paiva*, ministro relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRASLADO. MANDATO TÁCITO

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRASLADO. PROCURAÇÃO DO AGRAVADO. MANDATO TÁCITO. CONFIGURAÇÃO.

A ata de audiência em que se consigna a presença do advogado do agravado é suficiente à configuração do mandato tácito. Inexistindo mandato escrito e constando do traslado cópia autenticada da referida ata, tem-se por atendida a

JURISPRUDÊNCIA

exigência de apresentação da cópia da procuração do agravado, de que cogita o art. 897, § 5º, inc. I, da CLT.

Recurso de Embargos a que se dá provimento.

(Processo nº TST-E-AIRR-746.474/01 – Ac. SBDI 1)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-E-AIRR-746.474/2001.6, em que é Embargante VAN LEER EMBALAGENS INDUSTRIAIS DO BRASIL LTDA. e Embargada MARIA HELENA RIBEIRO.

A Terceira Turma não conheceu do Agravo de Instrumento da reclamada, sintetizando os fundamentos da decisão na ementa a seguir transcrita:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. TRASLADO DEFICIENTE. AUSÊNCIA DE PEÇA OBRIGATÓRIA. Não se conhece do agravo quando ausente no traslado a cópia da procuração outorgada ao advogado da Agravada, peça considerada obrigatória. Além do que, nem todas as peças apresentadas na formação do Instrumento encontram-se autenticadas. Inteligência do art. 897, § 5º, I, da CLT, Enunciado 272 deste TST, e Instrução Normativa nº 16/99, item IX. Agravo não conhecido” (fls. 138)

Inconformada, a reclamada interpõe Recurso de Embargos (fls. 142/144). Sustenta haver-se caracterizado violação ao art. 897 da CLT e contrariedade ao Enunciado 272 do TST, porque equivocadamente aplicado. Aduz que as atas de fls. 26 e 43 registram o comparecimento da reclamante e advogados de modo a caracterizar o mandato tácito, que é válido nos termos do Enunciado 164 do TST. Afirma, ainda, que todas as peças essenciais à formação do instrumento estão autenticadas. Colaciona arestos.

Não foi oferecida impugnação consoante a certidão de fls. 147.

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho, por desnecessário.

É o relatório.

VOTO

Cumpriram-se os pressupostos de admissibilidade relativos a tempestividade (fls. 141 e 142) e à representação processual (fls. 145 e 129).

1 CONHECIMENTO

1.1 Configuração de mandato tácito – Ausência de traslado da procuração outorgada pelo agravado

A Turma não conheceu do Agravo de Instrumento da reclamada, por verificar estar ausente a cópia da procuração outorgada ao advogado da agravada. Consignou, ainda, a falta de autenticação de algumas peças trasladadas.

A embargante, por sua vez, sustenta estar configurada a hipótese de mandato tácito, segundo a orientação do Enunciado 164 do TST, de sorte que a deficiência estaria suprida. Refere-se à ata de audiência trasladada aos autos, na qual consta o nome e o número de inscrição na OAB do advogado da reclamada, demonstrando, assim, o mandato tácito.

Com efeito, o termo de audiência trasladado a fls. 26 comprova que a reclamante compareceu à audiência acompanhada do Dr. Walsfor de Souza, OAB/SP 93.138, que assinou a petição inicial (fls. 25). Tal fato caracteriza a existência de mandato tácito, que, a teor do Enunciado 164 do TST, é suficiente para demonstrar a representação da parte, em conseqüência, tem-se como atendida a exigência legal referente ao traslado da procuração da agravada.

A ata de audiência em que se consigna a presença do advogado do agravado é suficiente à configuração do mandato tácito. Inexistindo mandato escrito e constando do traslado cópia autenticada da referida ata, tem-se por atendida a exigência de apresentação da cópia da procuração do agravado, de que cogita o art. 897, § 5º, inc. I, da CLT.

A propósito, a SDI tem, reiteradamente, entendido que o traslado da ata de audiência na qual se registre a presença do advogado do agravado é suficiente para demonstrar a existência de mandato tácito, não havendo falar em irregularidade de traslado pela ausência da procuração. Ilustram esse entendimento os seguintes precedentes:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – FALTA DE TRASLADO DA PROCURAÇÃO DO ADVOGADO DO AGRAVADO – EXISTÊNCIA DE MANDATO TÁCITO. Nos termos do artigo 897, § 5º, inciso I, da CLT, a procuração outorgada ao advogado do agravado constitui peça essencial à formação do agravo de instrumento. A sua ausência, entretanto, não inviabiliza o conhecimento do recurso, se este vier instruído com ata de audiência, na qual esteja consignada a presença do advogado do agravado, na medida em que, nessa hipótese, estará efetivamente demonstrada a existência de mandato tácito. Recurso de embargos provido.” (EAIRR-652.451/00, DJ de 21/09/2001, Relator: Ministro Milton de Moura França);

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRASLADO. PROCURAÇÃO DO AGRAVADO. MANDATO TÁCITO. A partir da vigência da Lei nº 9756/98, tornou-se obrigatório, na Justiça do Trabalho, o traslado da procuração outorgada ao advogado do agravado. Não obstante, comprovado o mandato tácito, dispensável se torna a apresentação da referida peça. Assim, não se poderia deixar de conhecer do agravo de instrumento, *in casu*, por deficiência de traslado. Recurso de embargos conhecido e provido.” (EAIRR-618.584/99 – DJ de 09/02/2001, Relator: Ministro Vantuil Abdala);

“FORMAÇÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 897 DA CLT COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9756/98. PEÇAS OBRIGATORIAS. PROCURAÇÃO OUTORGADA PELO AGRAVADO. Existindo nos autos ata de audiência de conciliação, na qual resta consignado que o Recla-

mante compareceu acompanhado do seu advogado, petição da Reclamação Trabalhista e petição por meio da qual o Reclamante manifesta-se sobre despacho proferido pelo Juiz Presidente da JCJ de origem assinadas pelo mesmo advogado, tem-se como atendida a exigência legal referente ao traslado da procuração do Agravado, considerando-se existente o mandato tácito. A presença dessas peças nos autos é suficiente para que a finalidade da lei seja alcançada, qual seja, notificar o Recorrido da inclusão do processo em pauta e do resultado do seu julgamento. Ofensa ao art. 897 da CLT caracterizada. Embargos conhecidos e providos.” (EAIRR-597.391/99 – DJ DATA: 30/06/2000 Relator: Ministro Rider Nogueira de Brito).

Equívocou-se, também, a Turma ao impor como óbice ao conhecimento do Agravo de Instrumento a falta de autenticação de algumas peças do traslado. Verifica-se que todas as peças essenciais à formação do instrumento encontram-se autenticadas. Apenas as cópias das alterações dos contratos sociais da empresa reclamada, bem como do próprio contrato social (fls. 83/120) não estão autenticadas.

CONHEÇO, pois, do Recurso por violação ao artigo 897 da CLT.

2 MÉRITO

2.1 Configuração de mandato tácito – Ausência de traslado da procuração outorgada pelo agravado

Tendo merecido conhecimento o Recurso de Embargos por violação ao artigo 897 da CLT, a consequência é seu provimento para determinar o retorno dos autos à Turma de origem, a fim de que prossiga no julgamento do Agravo de Instrumento, afastados os óbices da ausência da procuração outorgada ao advogado da agravada e da inautenticidade de peças.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, conhecer do Recurso de Embargos por violação ao art. 897 da CLT, vencidos os Exmos. Ministros Carlos Alberto Reis de Paula, José Luciano de Castilho Pereira e Milton de Moura França, e, no mérito, por unanimidade, dar-lhe provimento para determinar o retorno dos autos à Turma de origem, a fim de que prossiga no julgamento do Agravo de Instrumento, afastados os óbices da ausência da procuração outorgada ao advogado da agravada e da inautenticidade das peças.

Brasília, 18 de novembro de 2002. *João Batista Brito Pereira*, ministro relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRT EM SEDE DE MANDADO

JURISPRUDÊNCIA

DE SEGURANÇA NO EXERCÍCIO DE SUA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. PERTINÊNCIA DA VIA ORDINÁRIA, AO INVÉS DA REGIMENTAL. FUNGIBILIDADE RECURSAL. INAPLICÁVEL.

Nega-se provimento a agravo de instrumento interposto em sede de agravo regimental aviado contra acórdão regional proferido em sede de mandado de segurança, porquanto, em verdade, revelava-se de fato inadequada a interposição de agravo regimental, ante à ausência de previsão legal e regimental nesse sentido, ou por outra, devido à impossibilidade jurídica de utilização da via regimental para impugnar decisão colegiada proferida em segundo grau de jurisdição no exercício de competência originária, já que, neste caso, a parte deveria ter se valido do cabível recurso ordinário, na forma do art. 895, "b", da CLT. Por outro lado, em face do injustificável erro cometido pela parte ora agravante e ante à inegável natureza terminativa e colegiada da decisão impugnada, que, por isso mesmo, não rende ensejo a dúvida razoável quanto ao instrumento processual idôneo a desafiá-la, deve ser afastada a possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade.

(Processo nº TST-AI-355-2001-000-17-00-5 – Ac. SBDI 2)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº TST-AI-355/2001-000-17-00.5, em que é Agravante o SINDICATO DOS EMPREGADOS EM ENTIDADES CULTURAIS, RECREATIVAS, DE ASSISTÊNCIA SOCIAL, DE ORIENTAÇÃO E FORMAÇÃO PROFISSIONAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – SENALBA/ES e Agravados o MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO e o JUIZ PRESIDENTE DO TRT DA 17ª REGIÃO.

O i. Juiz Presidente do eg. Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, à fl. 171, houve por bem indeferir o processamento do agravo regimental em mandado de segurança então interposto pela entidade sindical contra o v. acórdão de fls. 160/162, por entendê-lo inadequado para a espécie, em que se buscava a impugnação de decisão proferida pelo Colegiado de origem às fls. 160/162.

Iresignado, o SENALBA interpõe o presente agravo de instrumento, às fls. 175/177 dos autos principais, defendendo a aplicação dos princípios da instrumentalidade das formas, simplicidade e fungibilidade recursal, a fim de se receber o agravo regimental como recurso ordinário, com base no art. 895, b, da CLT, tendo em vista que não teria havido erro grosseiro na denominação equivocada do recurso cabível. Alega tratar-se de erro escusável, pois a decisão que se limita a não admitir o mandado de segurança, julgando extinto o feito sem apreciação do mérito, poderia ser proferida tanto pelo Relator quanto pelo órgão colegiado e, ademais, os próprios termos utilizados pelo acórdão recorrido induziriam à conclusão de que se tratava de decisão monocrática, impugnável mediante agravo regimental. Cita julgado oriundo deste Tribunal Superior com o fito de ilustrar e ver acolhida sua tese.

Contraminuta às fls. 183/185.

JURISPRUDÊNCIA

Dispensada a remessa dos autos à douda Procuradoria-Geral do Trabalho, ante os princípios da unidade funcional (art. 127, § 1º, da CF/88) e celeridade processual e em face do que dispõe o art. 113, § 1º, incisos I e II, do Regimento Interno do TST, pois o próprio MPT, atuando como recorrido, já manifestou o interesse público nos autos, que se afigura necessário à sua intervenção, e há urgência no julgamento.

É o relatório.

VOTO

I – CONHECIMENTO

Conheço do agravo de instrumento, pois, quando da sua interposição, foram observados os pressupostos comuns de recorribilidade que lhe são inerentes, como a tempestividade (fls. 172 e 175) e a representação processual (fls. 16 e 170), ressalvado o traslado das peças essenciais à compreensão da controvérsia, com a devida autenticação, visto que o agravo foi interposto nos próprios autos principais. Examinado, então, a controversão recursal:

II – MÉRITO DO AGRAVO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face da denegação do seguimento de agravo regimental em mandado de segurança. A ação mandamental foi impetrada às fls. 2/15, tendo sido julgada extinta sem exame meritório pelo eg. 17º Colegiado Regional (vide o v. acórdão de fls. 160/162), em decisão assim ementada, *in verbis*:

“EMENTA: DA ADMISSIBILIDADE – A teor do que dispõe a súmula nº 121 do TRF, não cabe Mandado de segurança contra ato ou decisão, de natureza jurisdicional proferida pelo relator do processo, motivo pelo qual extingue-se o processo sem apreciação do mérito” (fl. 160).

Contra essa decisão, foi aviado o agravo regimental em questão (fls. 166/169), o qual obteve juízo de admissibilidade prévia negativo, visto que, estando em desconformidade com o que dispõe o artigo 121 do Regimento Interno daquele Colegiado Regional, foi reputado incabível à hipótese (fl. 171). Daí o presente agravo de instrumento (fls. 175/177).

Revela-se, a toda evidência, juridicamente impossível, a utilização da via regimental para impugnar acórdão regional proferido em sede de mandado de segurança de competência originária de Tribunal. Ora, a decisão definitiva hostilizada foi proferida em segundo grau de jurisdição no exercício de competência originária do Colegiado Regional, desafiando, desse modo, recurso ordinário, na forma do artigo 895, alínea *b*, da CLT, apelo do qual a parte deveria, este sim, ter se valido para buscar a pretendida reforma.

Nesse passo, entendo incabível o agravo regimental interposto, ante à ausência de qualquer previsão legal ou regimental nesse sentido. É que, nestes casos, nos termos da alínea *b* do art. 895 consolidado, cabível será sempre o recurso ordinário para exame desta Corte Superior Trabalhista, já que neles as partes inconformadas investem contra

decisões definitivas dos Tribunais Regionais, em processos de sua competência originária. Exegese do disposto nos artigos 895, alínea *b*, da CLT e 328 do Regimento Interno desta Casa.

Por outro lado, como bem observou o r. despacho agravado, à fl. 171, “o agravo regimental é recurso utilizado para submeter decisão monocrática ao julgamento do Colegiado”, sendo nitidamente impertinente sua interposição contra acórdão prolatado pelo Colegiado. Inteligência do artigo 121 do Regimento Interno da Corte Regional originária.

Nem se alegue a aplicabilidade do princípio da fungibilidade recursal, mediante o qual o agravo regimental incorretamente interposto deveria ser recebido como recurso ordinário. Isto porque, consoante ensinamento de Nelson Nery Júnior, nada obstante o Código de Processo Civil vigente não tenha repetido a regra existente no sistema anterior, onde o texto expresso do CPC/39 previa a fungibilidade dos recursos, desde que não houvesse erro grosseiro ou má-fé, “... há hipóteses em que se torna difícil aferir qual o recurso cabível, tendo em conta a natureza do pronunciamento judicial que se pretende atacar. Não só por impropriedades constantes do próprio código, como também pela dúvida doutrinária e jurisprudencial que envolva determinado caso. Para estas, e tão somente estas hipóteses, é que se pode lançar mão do princípio da fungibilidade, a fim de que a parte não fique responsabilizada e prejudicada por algo a que não deu causa: a dúvida na interposição do recurso correto” (*Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*, Ed. Revista dos Tribunais, 2. ed., p. 316).

Por isso, o supracitado autor estabelece, como requisitos para a incidência do princípio da fungibilidade no direito vigente, a existência de dúvida objetiva sobre qual o recurso cabível e a inexistência de erro grosseiro. Ocorre que nenhuma dessas duas hipóteses está configurada no presente caso, devendo, *ipso facto*, ser repudiada a possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade.

Note-se que os recursos que a ora agravante poderia pretender ver substituídos um pelo outro são incompatíveis entre si. Conforme aqui já declinado, enquanto o agravo regimental há de ser utilizado tão-somente no âmbito de determinado Tribunal, voltando-se contra decisão monocrática proferida pelo Juiz Relator, na tentativa de se levar a discussão ao Órgão Julgador do qual referido Magistrado é parte integrante e obter uma decisão colegiada sobre a matéria para, só então, se apelar ordinariamente para a Instância Superior, tem-se que o recurso ordinário é sempre dirigido contra decisão terminativa do feito, após ter a parte recorrente se valido de todas as medidas processuais possíveis na Instância inferior.

Portanto, mostra-se injustificável o erro da parte ora agravante na interposição de um recurso pelo outro, também não se havendo falar na imaginada incerteza concernente ao instrumento processual idôneo a ser utilizado ou à natureza do provimento atacado, pois, muito embora a providência jurisdicional extintiva do feito então adotada pelo v. acórdão de fls. 160/162 pudesse tê-lo efetivamente sido por decisão monocrática do Juiz Relator, a estrutura na qual encartada a decisão colegiada – subscrita por Juíza no exercício eventual da Presidência do Tribunal *a quo*, pelo Juiz Relator e,

ainda, pelo d. representante do Ministério Público do Trabalho, contendo, inclusive, certidão de julgamento, ementa, relatório, fundamentação, conclusão – afasta qualquer dúvida razoável sobre sua natureza de decisão colegiada proferida em sede de competência originária, a comportar, como é cediço, recurso ordinário.

Destarte, sendo a tese desenvolvida pelo agravante infrutífera à reforma da decisão agravada, impõe-se a sua plena manutenção, razão pela qual *nego provimento* ao presente agravo de instrumento.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer e negar provimento ao agravo de instrumento.

Brasília, 22 de outubro de 2002. *Renato de Lacerda Paiva*, ministro relator.

APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. SERVIDOR PÚBLICO

CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO LABORAL APÓS A APOSENTADORIA ESPONTÂNEA DO SERVIDOR. NOVO CONTRATO DE TRABALHO CELEBRADO SEM PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. EFEITOS.

O art. 37, inciso II, da CF/88 não contempla a hipótese de continuidade da prestação laboral à empresa integrante da Administração Pública Indireta, após a aposentadoria espontânea do empregado, como verificado no caso em tela. Tal circunstância, aliada à suspensão da execução e aplicabilidade dos §§ 1º e 2º do art. 453 da CLT, determinada em liminar de ADIn pelo Excelso STF, leva à conclusão de que a situação descrita implica nova e peculiar relação contratual, que emerge no mundo jurídico, mas certamente às margens dos requisitos exigidos pelo artigo 37, incisos II e XVI, da Constituição Federal, posto que, enquanto vigente a liminar concedida, inexistente comando legal expresso a obstar a readmissão do empregado público que espontaneamente se aposenta, não se havendo falar na nulidade da segunda contratação, nem em limitação das verbas rescisórias devidas.

Recurso conhecido, e não provido.

(Processo nº TST-RR-564.427/99 – Ac. 2ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso de Revista nº TST-RR-564.427/99.5, em que é Recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO e são Recorridos JOSÉ MARIA DOS SANTOS e MUNICÍPIO DE PARAGUAÇU PAULISTA.

O egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, por meio do v. Acórdão de fls. 59/61, deu provimento parcial à remessa oficial para excluir da condenação a multa prevista no artigo 22 da Lei nº 8.036/90.

JURISPRUDÊNCIA

Embargos Declaratórios do Ministério Público do Trabalho às fls. 64/65, aos quais se deu provimento às fls. 67/69.

Irresignado, o *Parquet* recorre de Revista às fls. 71/81, com fulcro nas alíneas *a* e *c* do artigo 896 da CLT. Alega que o tempo de trabalho após a aposentadoria configura um novo contrato de trabalho. Dessa forma, extinto o contrato de trabalho, não poderia o Reclamado ter admitido o Reclamante sem prévio concurso público. Assevera, portanto, nulo o vínculo de emprego, bem como as verbas trabalhistas pleiteadas. Aponta, para tanto, violação do art. 453 da CLT e do art. 37, II, da CF/88, bem como divergência jurisprudencial.

Despacho de admissibilidade à fl. 83.

Contra-razões foram apresentadas às fls. 86/90.

Os autos não foram encaminhados ao douto Ministério Público do Trabalho, em conformidade com a orientação emanada da Resolução Administrativa nº 322/96, combinada com o art. 113 do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

VOTO

1 APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EFEITOS. NULIDADE DO NOVO CONTRATO DE TRABALHO. ENTE PÚBLICO

a) Conhecimento

O Tribunal Regional concluiu que a aposentadoria não extinguiu o contrato de trabalho e a continuidade da prestação de serviços não gerou novo contrato, mas a existência de contrato de trabalho único e ininterrupto, sendo, portanto, devido o recolhimento das contribuições do FGTS sobre todo o período contratual.

O Ministério Público, em razões recursais, sustenta que, tendo sido extinto o primeiro contrato de trabalho mediante a aposentadoria espontânea, e não observada a exigência do concurso público quando da nova contratação, não tem direito o Reclamante às verbas trabalhistas daí decorrentes, ante a nulidade do segundo contrato de trabalho. Indica ofensa aos artigos 37, inciso II, da Constituição da República e 453 da CLT, além de apontar divergência com o aresto que transcreve para confronto.

O Reclamado obtém êxito em demonstrar a existência de dissenso pretoriano em torno da matéria, configurado pelo julgado de fl. 75.

Conheço, por divergência jurisprudencial.

b) Mérito

A jurisprudência desta Corte, consolidada na Orientação jurisprudencial nº 177 da egrégia SBDI-1 é no sentido de que “*a aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho, mesmo quando o empregado continua a trabalhar na empresa após*

JURISPRUDÊNCIA

a concessão do benefício previdenciário. Assim sendo, indevida a multa de 40% do FGTS em relação ao período anterior à aposentadoria”. A seu turno, o Enunciado 363 do TST prescreve que “*a contratação de servidor público, após a Constituição de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no seu art. 37, II, e § 2º, somente conferindo-lhe direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o salário mínimo/hora*”.

Não obstante referidos entendimentos jurisprudenciais, a situação descrita no caso em tela difere daquela espelhada nos verbetes citados. É que a base do entendimento contido no Enunciado 363 do TST é a exigência de concurso público, prevista no art. 37, inciso II, da CF/88. Este dispositivo, contudo, não contempla a hipótese de continuidade de prestação de serviços públicos como verificado no caso em tela.

Tal conclusão remete ao entendimento contido na OJ 177 da SBDI-1 do TST, cuja incidência no caso em tela, para fins de declarar a nulidade da segunda contratação por ausência de concurso público, merece algumas considerações.

Na esteira do entendimento do Exmo. Ministro do TST Milton Moura França, no julgamento do processo TST-RR-620.415/00.4, vale ressaltar que a *expressa proibição legal* à readmissão de empregado que se aposenta espontaneamente somente foi criada com a inserção dos §§ 1º e 2º do art. 453 da CLT, acrescentados pela Medida Provisória nº 1.596-14, de 10.11.97, convertida na Lei nº 9.528, de 10.12.97.

Contudo, referidos parágrafos foram objeto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 1.770-4 e 1.721-3, respectivamente, nas quais foi concedida liminar suspendendo a execução e aplicabilidade daqueles dispositivos, até julgamento final das referidas Ações.

Enquanto permanecer esta suspensão de eficácia, não há, como já referido, expressa proibição legal à readmissão do empregado que espontaneamente se aposentou. É indiscutível que o texto do *caput* do art. 453 da CLT já deixava claro o entendimento de que a aposentadoria extingue o contrato de trabalho, contudo, nenhuma alusão faz à hipótese em que o empregado continua trabalhando após a jubilação, situação em que “*nova e peculiar relação contratual emerge no mundo jurídico, mas certamente às margens dos requisitos exigidos pelo artigo 37, incisos II e XVI, da Constituição Federal*”, como exemplarmente conceituou o Exmo. Ministro Moura França no acórdão citado.

Nesse diapasão, não se há falar em nulidade do segundo contrato de trabalho, originado com a continuidade da prestação de serviços públicos ou a readmissão subsequente do empregado público aposentado. Conseqüentemente, não incide à hipótese a limitação da condenação referida no Enunciado 363 do TST, sendo devidas as verbas rescisórias referentes ao segundo período contratual.

Pelo exposto, *nego provimento* ao Recurso de Revista.

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, negar-lhe provimento, vencido o Exmo. Ministro José Luciano de Castilho Pereira.

Brasília, 26 de junho de 2002. *José Simpliciano Fontes de F. Fernandes*, ministro relator.

CERCEAMENTO DE DEFESA. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ESCUTA TELEFÔNICA

PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVA FONOGRAFODOCUMENTOS-CÓPICA DENEGADO – FALTA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA INSTALAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA – INEXISTÊNCIA DE CERCEIO DE DEFESA.

Estando as decisões das instâncias ordinárias alicerçadas no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, que exige a autorização judicial para a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, não há que se falar em cerceio de defesa, quando negado o pedido de prova pericial (exame fonografodocumentoscópico) visando a confirmar a procedência da voz gravada, se a escuta telefônica procedida pela Reclamada fez-se sem a referida autorização. Acresça-se a isso o magistério do STF, que, intérprete máximo da Constituição, aponta para a impossibilidade de admissão da escuta telefônica, sem autorização judicial prévia, como meio de prova lícito. De fato, a ilicitude da forma como produzida a prova, sem atenção à designação da lei, culminaria na contaminação de todos os atos processuais nela lastreados, entre os quais a perícia fonografodocumentoscópica, figurando, aí, a indesejada consequência preconizada pela “Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada” (Fruits of the Poisonous Tree).

Recurso de revista não conhecido.

(Processo nº TST-RR-373.356/97 – Ac. 4ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-373.356/97.0, em que é Recorrente ADIS INDÚSTRIA E COMÉRCIO S.A. e Recorrido CELSO RAMOS DA SILVEIRA.

O 2º Regional negou provimento ao recurso ordinário da Reclamada, afastando a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa. Com efeito, a Corte Regional entendeu estar correta a decisão do juiz de primeiro grau que indeferiu a perícia (prova fonografodocumentoscópica), porque ausente a autorização judicial para a interceptação telefônica procedida pela Empresa, nas ligações realizadas pelo Autor, a fim de confirmar seu comportamento fraudulento. Pontuou que a prova relativa à escuta telefônica, trazida a juízo pelo Empregador, foi obtida de forma ilícita, já que ausente a autorização judicial, preconizada pelo art. 5º, XII, da Carta Magna. Ponderou, ainda, que a Reclamada não estabeleceu qualquer procedimento interno (sindicância) para confirmação da prática ilegal imputada ao Autor, firmando-se apenas no pedido

JURISPRUDÊNCIA

de produção de prova pericial, pelo que, ante o meio eleito, respondia sozinha pelos riscos dessa escolha (fls. 399-403).

A *Reclamada* interpõe *recurso de revista*, arrimado em divergência jurisprudencial e em violação do art. 5º, LV, da Constituição Federal, sustentando a *nulidade das decisões, por cerceio de defesa*, e requerendo o retorno dos autos à origem, a fim de que o exame fonografodocumentoscópico seja autorizado e realizado (fls. 404-422).

Admitido o recurso (fl. 425), mereceu *razões de contrariedade* (fls. 427-431), não tendo os autos sido *remetidos* ao *Ministério Público do Trabalho*, em razão dos termos da Resolução Administrativa nº 322/96 do TST.

É o relatório.

VOTO

CONHECIMENTO

1 Pressupostos genéricos

O recurso de revista é *tempestivo* e tem *representação regular* (fl. 312), encontrando-se devidamente *preparado*, com custas recolhidas (fl. 380) e depósito recursal efetuado no limite legal (fl. 423). Reúne, assim, todos os pressupostos de admissibilidade comuns a qualquer recurso.

2 Pressupostos específicos

Nulidade das decisões das instâncias ordinárias por cerceamento de defesa

A tese sufragada pela *Reclamada* é a de que a gravação das conversas telefônicas mantidas pelo *Reclamante* com terceiro comprovava sua conduta fraudulenta e de prejuízos à *Empresa*, sendo apenas o caso de, por meio do exame fonografodocumentoscópico, negado pela instância de primeiro grau, dar-se a confirmação da voz do *Obreiro*.

Ocorre, todavia, que os *arestos* trazidos a lume, à guisa de dissenso interpretativo de teses, às fls. 413-414, emanam da *Justiça Comum*, hipótese não contemplada pelo art. 896, *a*, da CLT, não impulsionando, assim, o apelo revisional.

Quanto à indicada afronta ao art. 5º, LV, da Constituição Federal, a revista não tem melhor sorte, visto que *as decisões anteriores estão alicerçadas no inciso XII do aludido comando constitucional*, que exige a autorização judicial para a quebra do sigilo das comunicações telefônicas.

A esteira em que seguiram as decisões das instâncias ordinárias, a par de assentadas na previsão constitucional pátria, é a mesma em que se inspirou a jurisprudência norte-americana, no que tange à inadmissibilidade das provas ilícitas.

Distanciando-se, em parte, da tendência tradicional da *common law*, o sistema jurídico norte-americano, pela voz da Suprema Corte dos Estados Unidos, passou a

JURISPRUDÊNCIA

pronunciar-se pela *exclusão das provas obtidas inconstitucionalmente*, ante a constatação da violação da esfera da liberdade individual, direito fundamental do indivíduo reconhecido no *Bill of Rights* (Terceira e Quarta Emendas, cfr. “The Supreme Court, A to Z”, 2. ed., Congressional Quarterly Inc., 1998, Washington D.C., EUA).

A renomada jurista ADA PELLEGRINI GRINOVER aborda a questão e aponta para a aplicação do princípio jurisprudencial dos *fruits of the poisonous tree*, a fim de fundamentar a negativa da prova pelo sistema jurídico-processual:

“No que diz respeito aos limites objetivos da *exclusionary rule*, a mais singular característica é fornecida pelo princípio dos *fruits of the poisonous tree*: assim como não se pode utilizar qualquer fruto de uma planta venenosa, assim também se impõe o repúdio do ato inconstitucional, em todos os seus resultados, ainda que indiretos; e, portanto, inadmissível, para a jurisprudência mais recente, não apenas a prova direta apreendida pela via principal, durante a busca e apreensão, mas também qualquer outra prova (ainda que *circunstancial*), cuja obtenção constitua um efeito incidental ou leve à descoberta de crimes diversos e à incriminação de outros indiciados, desde que atentatória também aos direitos destes”. (“Liberdades Públicas e Processo Penal”, 2ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo-SP, 1982, pg. 126).

Acresça-se a isso o magistério do STF, que, guardião da interpretação constitucional, acena com a *impossibilidade de admissão da escuta telefônica, sem autorização judicial prévia*, como meio de prova lícito. De fato, a ilicitude da forma como produzida a prova, sem atenção à designação da lei, culminaria na *contaminação de todos os atos processuais* nela lastreados, figurando, aí, a indesejada consequência preconizada pela já mencionada “Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada” (*Fruits of the Poiseous Tree*). Eis os precedentes da Suprema Corte nesse sentido: STF-HC-72588/PB, Rel. Min. Mauricio Corrêa, TP, in DJU de 04/08/00; STF-AGRRE-212171/RJ, Rel. Min. Mauricio Corrêa, 2ª Turma, in DJU de 27/02/98; STF-HC-74116/SP, Rel. Min. Mauricio Corrêa, 2ª Turma, in DJU de 14/03/97; e STF-HC-74530/AP, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, in DJU de 13/12/96.

Com efeito, descartando-se a possibilidade da utilização da prova ilicitamente obtida, não há que se falar em cerceamento de defesa no indeferimento da perícia fonografodocumentoscópica para obter a certeza sobre a procedência da voz gravada na escuta telefônica. Portanto, o indeferimento da perícia é apenas decorrência da impossibilidade de utilização, em juízo, de prova ilícita, tal como enquadrada pelo STF.

Nesse diapasão, à míngua de demonstração de enquadramento da revista nos permissivos do art. 896 da CLT, não há como ser admitida.

Ante o exposto, **NÃO CONHEÇO** do recurso de revista.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Egrégia 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso de revista.

Brasília, 12 de dezembro 2001. *Ives Gandra da Silva Martins Filho*, ministro relator.

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. SEGURANÇA BANCÁRIA

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO EM RAZÃO DA MATÉRIA. SEGURANÇA BANCÁRIA.

Havendo a Ação Civil Pública sido ajuizada na defesa dos interesses coletivos dos bancários, visando à instalação de portas giratórias nas agências da Reclamada no Estado do Espírito Santo, tem-se como competente esta Justiça Especializada. De acordo com o art. 6º, da Lei nº 7.102/83, compete ao Banco Central apenas verificar a existência da mínima segurança necessária ao funcionamento das instituições bancárias. In casu, o Sindicato está postulando mais que a segurança mínima, está pedindo a instalação de equipamentos que forneçam uma maior segurança aos bancários, ou seja, está pretendendo garantir maior proteção aos empregados do banco, em face dos freqüentes assaltos no país e do risco a que estão sujeitos os trabalhadores que exercem as suas atividades nas agências. O fato de a norma de segurança destinada aos trabalhadores gerar efeitos benéficos também para terceiros, isto é, para os clientes do banco e para os que dele se utilizam, não exclui a competência da Justiça do Trabalho, como é o caso das normas que visam assegurar higiene, iluminação e refrigeração no local de trabalho.

Embargos conhecidos e providos.

(Processo nº TST-E-RR-405.137/97 – Ac. SBDI 1)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de embargos em recurso de revista nº TST-E-RR-405.137/97.3, em que é embargante SINDICATO DOS EMPREGADOS EM ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO e é embargada CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF.

Havendo sido designado redator deste acórdão, adoto o relatório do Relator originário, *verbis*:

“A colenda Terceira Turma, por meio do v. acórdão de fls. 379-82, complementado pela decisão de fls. 399-401, deu provimento ao recurso de revista da ré a fim de, declarando a incompetência da Justiça do Trabalho para dirimir a controvérsia alusiva a pedido de instalação nas agências bancárias de portas com detectores de metais, vidros blindados e outros equipamentos concernentes à segurança nos bancos, extinguir o processo sem julgamento do mérito à luz do artigo 267, inciso IV, do CPC, determinando a remessa dos autos à Justiça Comum do Estado do Espírito Santo, na forma do artigo 113, § 2º, do CPC, ficando prejudicada a análise dos demais temas veiculados no recurso.

O autor interpõe recurso de embargos. Argumenta que a matéria tratada na ação civil pública ajuizada refere-se à segurança do trabalho, matéria dirimida no artigo 154 e seguintes da CLT, motivo por que se revela competente a

JURISPRUDÊNCIA

Justiça do Trabalho para apreciá-la. Indica violado o artigo 114 da Constituição Federal (fls. 403-5).

Impugnação apresentada a fls. 410-2.

Processo não submetido a parecer do douto Ministério Público do Trabalho, na forma do artigo 113, inciso II, do RITST.”

É o relatório, na forma regimental.

VOTO

Presentes os pressupostos genéricos de admissibilidade dos embargos, passo ao exame dos seus pressupostos específicos de admissibilidade.

INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO EM RAZÃO DA MATÉRIA. SEGURANÇA BANCÁRIA

1 Conhecimento

A Terceira Turma desta Corte deu provimento ao Recurso de Revista da Reclamada para, declarando a incompetência da Justiça do Trabalho para dirimir a controvérsia alusiva a pedido de instalação nas agências bancárias de portas com detectores de metais, vidros blindados e outros equipamentos concernentes à segurança nos bancos, extinguir o processo sem julgamento do mérito, à luz do artigo 267, inciso IV, do CPC. Determinou a remessa dos autos à Justiça Comum do Estado do Espírito Santo, na forma do artigo 113, § 2º, do CPC, ficando prejudicada a análise dos demais temas veiculados no Recurso. Consignou na ementa, *verbis*:

“A Justiça do Trabalho é incompetente para dirimir questões relativas à segurança bancária, quando o Sindicato, por meio de Ação Civil Pública, requer que esta Especializada determine a instalação de mecanismos de proteção em agências bancárias, tais como portas de segurança, com detectores de metais, vidros blindados e equipamentos fotográficos de precisão. Esta matéria foge à competência definida pelo artigo 114 da Constituição da República. As Leis nºs 7.102/83 e 9.017/95 delegam esse poder de polícia ao Banco Central do Brasil e ao Ministério da Justiça, respectivamente. Recurso conhecido e provido” (fl. 379).

O sindicato reclamante, em suas razões de Embargos, sustenta que a matéria tratada na Ação Civil Pública ajuizada refere-se à segurança do trabalho, questão prevista no artigo 154 e seguintes da CLT, motivo por que é competente a Justiça do Trabalho para apreciá-la. Alega que, *in casu*, a Ação Civil Pública tem por objeto obrigar o empregador a fornecer a segurança devida, em primeiro lugar, aos seus próprios funcionários e, somente como consequência indireta, aos seus clientes. Indica violado o artigo 114 da Constituição Federal.

Razão assiste ao Embargante. Com efeito, na hipótese, a Ação Civil Pública visa a tutelar o interesse daqueles que laboram em instituições bancárias do país, oferecendo-lhes um maior grau de segurança no exercício de suas funções. Assim, tem-se que o interesse coletivo é mais que evidente, pois se está a resguardar e a ampliar a segurança dos bancários. Interesse coletivo, na acepção doutrinária, é aquele “caracterizado pela existência de vínculo jurídico entre os membros da coletividade afetada pela lesão e a parte contrária, origem do procedimento genérico continuativo, que afeta potencialmente todos os membros dessa coletividade, presentes e futuros, passíveis de determinação”.

O Excelso Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar, em sede de Recurso Extraordinário, sobre a competência da Justiça do Trabalho para o exame de Ação Civil Pública que objetivava a redução da jornada de trabalho para a categoria dos trabalhadores em atividades subaquáticas e afins, tendo decidido pela legitimidade do *parquet* trabalhista para o ajuizamento da demanda e pela indubitosa competência desta Especializada. Naquele julgamento, a Corte Suprema teceu considerações acerca da educação como direito garantido constitucionalmente, de forma que também a segurança no trabalho encontra-se no mesmo patamar constitucional. Pela precisão dos conceitos e das ponderações constantes no acórdão prolatado pelo STF, peço vênha para transcrever trechos da referida decisão, *verbis*:

“Se é certo que os integrantes da coletividade tutelada nesta ação podem exigir, isoladamente, em ação própria, “que em relação à sua pessoa sejam adotadas as providências requeridas neste feito” (fls. 565), não menos exato é que não se poderá deixar de considerar presentes interesses coletivos que o MPT quer tutelar, à vista de sua competência do art. 129, III, da Constituição. No referido despacho de admissibilidade do apelo extremo do MPT, acentuou, ainda, o Presidente do TST, à época (fls. 564): ‘Isso simplesmente seria confundir um conceito específico, que se refere a *grupo ou categoria* (Lei nº 8078/90, art. 81, II), com o conceito de *interesse público*, que afeta toda a coletividade (cfr. Voto vencido, fl. 524, onde se atacou tal postura de alguns dos membros da Corte). Há clara *ofensa à Carta Política* no que diz respeito às prerrogativas do Ministério Público do Trabalho. Convém frisar, para evitar equívocos, que a demanda do Ministério Público do Trabalho foi fulcrada no *art. 129, III, da Constituição Federal*, que é a base na qual se nutriu o art. 83, III, da Lei Complementar nº 75/93. Também a Lei nº 8.078/91, que deu o conceito legal do que seja interesse coletivo, nutriu-se do referido dispositivo constitucional. Ora, se nem a lei complementar, nem a lei ordinária restringiram o comando constitucional, afastando do Ministério Público do Trabalho a possibilidade de postular em defesa do interesse coletivo, como pode o TST fazê-lo, *colocando condições à ação civil pública que a Constituição e a lei não colocaram*, a par de *dar conceituação e enquadramento aos interesses coletivos que destoam do contido na Constituição Federal*. Para se ver como toda a controvérsia é *de índole constitucional*, a decisão embargada louvou-se em artigo da lavra do Prof. IVES GANDRA MARTINS (com o qual concordamos em gênero, número e grau), intitulado

‘Ação Civil Pública – Limites Constitucionais’ (in Revista do Ministério Público do Trabalho nº 9, Ltr – 1995 – São Paulo), onde o mestre paulista considera não defensáveis através de ação civil pública os *interesses individuais homogêneos*, uma vez que o art. 129, III, da Carta Magna fala apenas em interesses difusos e coletivos como veiculáveis através dessa ação. Para a defesa coletiva daqueles interesses individualizáveis foi criada a *ação civil coletiva* (Lei 8.078/90, art. 91), com caráter *reparatório*. Ora, para se perceber como na ação civil pública em apreço se defendiam interesses coletivos, basta verificar que *não se postulou reparação do dano* com relação ao passado, mas *imposição de obrigação de fazer* em relação ao futuro, dando-se à demanda *caráter cominatório* e não indenizatório individual! Assim, o *enquadramento da hipótese concreta* – ação pública postulando a imposição de obrigação de não fazer em relação a toda a categoria – como de *interesse individual* é distorcer a realidade de forma a não ter de enfrentar a questão concreta. Desde que os fatos estejam postos, por mais sibilina que seja a controvérsia, não pode o Poder Judiciário furtar-se a enfrentá-lo. Independentemente da própria lei fixar o conceito de *interesse coletivo* (fazendo-o, no caso, como expressamente o diz ‘para efeitos deste Código’ – Lei nº 8.078/90, art. 81), ele é conceito de Direito Constitucional, na medida em que a Carta Política dele faz uso para especificar as espécies de interesse que compete ao Ministério Público defender (CF, art. 129, III). *Distorcer o conceito de interesse coletivo ou dar-lhe conceito distinto* do que pretendeu a Constituição é *violar a Carta Magna de forma direta*’ (fls. 531/533)”. (RE Nº 213.015-0, Relator Ministro Néri da Silveira, julgado em 08.04.2002.

Acresça-se, outrossim, que o STF também já concluiu pela reforma de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, onde esta Corte uniformizadora de jurisprudência havia entendido pela ilegitimidade do Ministério Público do Trabalho e pela incompetência da Justiça do Trabalho para propor e julgar respectivamente Ação Civil Pública que visasse ao cumprimento, pelo empregador, de normas de segurança e saúde do trabalho. Entendeu o guardião da Carta Constitucional, quando do exame do processo nº RE-206.220-1-MG, em 16.03.99, em que foi Relator o Ministro Marco Aurélio, que a Ação Civil Pública proposta em defesa dos interesses coletivos dos bancários, ligados à segurança e medicina do trabalho, deve ser apreciada pela Justiça do Trabalho, uma vez que a controvérsia é de natureza trabalhista, visando o respeito às normas legais atinentes ao meio ambiente de trabalho. Assim ficou consignado na ementa do mencionado acórdão, *verbis*:

“COMPETÊNCIA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONDIÇÕES DE TRABALHO

Tendo a ação civil pública como causas de pedir disposições trabalhistas e pedidos voltados à preservação do meio ambiente do trabalho e, portanto, aos interesses dos empregados, a competência para julgá-la é da Justiça do Trabalho.”

JURISPRUDÊNCIA

Ademais, o artigo 114 da Carta Magna é claro ao definir a competência da Justiça do Trabalho:

“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”.

No caso, como já dito, trata-se de interesses coletivos de natureza trabalhista que dizem respeito à segurança do trabalhador. A Ação Civil Pública foi ajuizada na defesa dos interesses coletivos dos bancários, visando à instalação de portas giratórias nas agências do Reclamado no Estado do Espírito Santo. A Lei nº 7.102/83, em seu art. 6º, estabelece que compete ao Banco Central do Brasil autorizar o funcionamento dos estabelecimentos financeiros, após verificar os *requisitos mínimos de segurança* indispensáveis. Ao Banco Central, portanto, compete apenas verificar a existência da mínima segurança necessária ao funcionamento da instituição bancária. *In casu*, o Sindicato está postulando mais que a segurança mínima, está pedindo a instalação de equipamentos que forneçam uma *maior segurança aos bancários*, ou seja, está pretendendo garantir *maior proteção aos empregados do banco*, em face dos freqüentes assaltos no país e do risco a que estão sujeitos os trabalhadores que exercem as suas atividades nas agências. O próprio Banco não funciona sem autorização do Banco Central, e nem por isso as relações entre empregado e empregador deixam de ser de ser da competência da Justiça do Trabalho. O fato de a norma de segurança destinada aos trabalhadores gerar efeitos benéficos também para terceiros, isto é, para os clientes do banco e para os que dele se utilizam, não exclui a competência da Justiça do Trabalho, como é o caso das normas que visam assegurar higiene, iluminação e refrigeração no local de trabalho. Nessa Ação Civil Pública pretende o Sindicato impor ao Empregador uma obrigação de fazer relativa à segurança do trabalho, ou seja, a instalação de equipamentos de segurança nas agências bancárias. O objetivo dessa Ação é primeiramente resguardar o empregado, que permanece no banco muito mais tempo que qualquer cliente. Logo, ninguém deve ter mais interesse na instalação de equipamentos de segurança que os empregados. É óbvio que os empregados têm todo o interesse em que haja iluminação, refrigeração e segurança adequadas no ambiente de trabalho. Tal pretensão deve ser apresentada ao empregador, podendo, então, surgir um conflito entre empregado e empregador, tipicamente trabalhista. Com apoio, pois, no dispositivo constitucional supratranscrito, conclui-se que a competência para dirimir esse litígio é da Justiça do Trabalho.

Declarando a Turma incompetente a Justiça do Trabalho, tem-se como caracterizada a apontada ofensa ao art. 114 da Carta Magna, razão por que *CONHEÇO* dos Embargos.

2 Mérito

Havendo conhecido dos Embargos por violação do artigo 114 da Constituição Federal, *DOU-LHES PROVIMENTO* para, declarando a competência da Justiça do Trabalho para apreciar o feito, determinar o retorno dos autos à Turma de origem, a fim de que prossiga no exame do Recurso de Revista como entender de direito.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, conhecer do recurso de embargos e dar-lhes provimento para determinar o retorno dos autos à Turma de origem a fim de que prossiga no exame do Recurso de Revista, como entender de direito, vencidos os Exmos. Ministros Wagner Pimenta, relator, Milton de Moura França, Vantuil Abdala, João Batista Brito Pereira e Maria Cristina Irigoyen Peduzzi.

Brasília, 28 de maio de 2002. *Rider Nogueira de Brito*, redator designado.

DEVOLUTIVIDADE DE MATÉRIA IMPUGNADA

ART. 515 DO CPC – DEVOLUTIBILIDADE DA MATÉRIA IMPUGNADA.

De acordo com o § 1º do art. 515 do CPC, o conhecimento do Tribunal é sempre pleno, integral, não se limitando às questões realmente decididas perante o Juízo “a quo”, mas “também às que poderiam tê-lo sido”, não se afastando da matéria impugnada.

Assim, tendo a Reclamada requerido, em Contestação, a determinação dos descontos previdenciários e fiscais, deveria o Regional, ao reformar a Sentença que julgara improcedente a Ação, examinar a matéria como colocada na defesa.

Recurso conhecido em parte e provido.

(Processo nº TST-RR-467.045/98 – Ac. 2ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-467045/98.9, em que é Recorrente UNIVERSIDADE DO OESTE DE SANTA CATARINA – UNOESC e Recorrido DIMAS SÔNEGO.

RELATÓRIO

O E. 12º Regional, por meio do v. Acórdão de fls. 213/217, complementado às fls. 226/228, deu parcial provimento ao Recurso Ordinário do Reclamante para deferir-lhe o pagamento de 30 minutos diários de adicional noturno, bem como diferenças salariais.

Recorre de revista a Universidade, pelas razões de fls. 230/240.

Admitido às fls. 244/245, o Apelo não foi contra-arrazoado.

JURISPRUDÊNCIA

Os autos não foram remetidos ao D. Ministério Público do Trabalho.

VOTO

Recurso próprio, tempestivo, subscrito por advogado habilitado nos autos, fl. 159, e depósito recursal efetuado no valor total da condenação, fls. 217 e 242.

1 DEVOLUTIBILIDADE DO RECURSO

1.1 Conhecimento

A Reclamada suscita a prefacial de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, alegando que o Regional não se manifestou sobre os descontos previdenciários e fiscais.

Relatou que a Vara do Trabalho não poderia ter se manifestado sobre o tema, pois julgada improcedente a Reclamatória.

Diante da reforma parcial da Sentença, pelo Regional, a Reclamada opôs Embargos de Declaração a fim de que fossem determinados os descontos previdenciários e fiscais.

Os Declaratórios foram rejeitados, ao argumento de que a matéria relativa aos descontos previdenciários e fiscais, não obstante trazida na peça contestatória da Reclamada, nem sequer foi mencionada em contra-razões.

Sustenta a Reclamada que a questão deveria ter sido examinada, independente de recurso, uma vez que não era sucumbente. Invoca ofensa ao art. 515, § 1º, do CPC e 895 da CLT.

Salienta que os descontos previdenciários e fiscais têm previsão legal, a teor do disposto nos arts. 46 da Lei nº 8.541/92 e nos arts. 43 e 44 da Lei nº 8.620/93.

Com razão a Reclamada.

A Universidade, em Contestação, fl. 71, requereu que, em caso de reconhecimento de qualquer verba salarial, fossem determinados os descontos previdenciários e fiscais.

A Vara do Trabalho julgou improcedente a Ação, fl. 178, não se manifestando, por óbvio, quanto aos descontos.

Recurso Ordinário do Reclamante, fls. 180/190.

Em contra-razões, fls. 192/200, a Reclamada, de fato, não renovou o pedido de determinação dos descontos previdenciários e fiscais.

O Regional deu parcial provimento ao Apelo do Reclamante para, reformando a Sentença, condenar a Reclamada ao pagamento de adicional noturno e diferenças salariais. Não houve qualquer manifestação quanto aos descontos, fls. 213/217.

A Universidade opôs Embargos de Declaração requerendo a manifestação expressa sobre a matéria, o que não ocorreu, tendo sido rejeitados os Declaratórios, fls. 226/228.

O Regional, em face do disposto no art. 515 do CPC, deveria ter se manifestado sobre a questão, independentemente de ter sido renovada, ou não, em contra-razões.

De acordo com o § 1º do respectivo dispositivo legal, o conhecimento do Tribunal é sempre pleno, integral, não se limitando às questões realmente decididas perante o Juízo *a quo*, mas “também às que poderiam tê-lo sido”, não se afastando da matéria impugnada.

Conheço, assim, do Recurso, por violação do art. 515 do CPC.

1.2 Mérito

Conhecido o Apelo por violação legal, o seu provimento é medida que se impõe.

A matéria que deixou de ser tratada pelo Regional é de direito e já está devidamente pacificada nesta Corte, não havendo necessidade de se devolver os autos ao Regional, uma vez que este já se pronunciou sobre todos os outros temas apresentados na Reclamatória.

No que diz respeito à matéria de fundo, descontos previdenciários e fiscais, este Tribunal já pacificou o entendimento de serem devidos os respectivos descontos.

O Provimento nº 1/96 da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho (DJ de 10/12/96) cuidou de especificar o procedimento para o recolhimento das contribuições devidas pelo empregado à Previdência Social, bem como à Receita Federal (Imposto de Renda), como se infere do contido nos seus arts. 1º a 3º, que possuem a seguinte dicação:

“Art. 1º – Cabe, unicamente, ao empregador calcular, deduzir e recolher ao Tesouro Nacional o Imposto de Renda relativo às importâncias pagas aos reclamantes por força de liquidação de sentenças trabalhistas.

Art. 2º – Na forma do disposto pelo art. 46, § 1º, incisos I, II e III, da Lei nº 8.541, de 1992, o imposto incidente sobre os rendimentos pagos (Imposto de Renda), em execução de decisão judicial, será retido na fonte pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento, no momento em que, por qualquer forma, esses rendimentos se tornarem disponíveis para o reclamante.

Art. 3º – Compete ao juiz da execução determinar as medidas necessárias ao cálculo, dedução e recolhimento das contribuições devidas pelo empregado ao Instituto Nacional de Seguro Social, em razão de parcelas que lhe vierem a ser pagas por força de decisão proferida em reclamação trabalhista (art. 43 da Lei nº 8.212/1991, com a redação dada pela Lei nº 8.620/1993).”

O Tribunal Superior do Trabalho, em seu Orientador Jurisprudencial, nomeadamente em seu item nº 141, já teve a oportunidade de fixar, como norte, o

JURISPRUDÊNCIA

entendimento de que compete à Justiça do Trabalho determinar os descontos relativamente às contribuições previdenciárias e fiscais.

Nesse passo, dou provimento ao Recurso de Revista para determinar, nos precisos termos do Provimento da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, que se proceda aos descontos previdenciários e fiscais, devidos por força de lei, incidentes sobre as parcelas que vierem a ser pagas ao Reclamante em face de decisão judicial, por ocasião da liquidação do título executivo judicial.

2 DIFERENÇAS SALARIAIS

2.1 Conhecimento

Insurge-se a Reclamada contra as diferenças salariais deferidas ao Reclamante, asseverando que os recibos de salários juntados aos autos são provas irrefutáveis de que não existem diferenças salariais.

O Recurso, no particular, encontra-se desfundamentado à luz do art. 896 da CLT, uma vez que a Recorrente não indicou qualquer dispositivo de lei como violado ou colacionou arestos.

Não conheço.

3 ADICIONAL NOTURNO

3.1 Conhecimento

Também quanto a este tema, o Recurso está desfundamentado, uma vez que a Reclamada se insurge contra a condenação apenas invocando doutrina, o que não enseja o conhecimento do Apelo, em face do disposto art. 896 da CLT.

Não conheço.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do Apelo quanto à devolutibilidade do Recurso e dar-lhe provimento para determinar, nos precisos termos do Provimento da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, que se proceda aos descontos previdenciários e fiscais, devidos por força de lei, incidentes sobre as parcelas que vierem a ser pagas ao Reclamante em face de decisão judicial, por ocasião da liquidação do título executivo judicial. Por unanimidade, não conhecer do Recurso quanto às diferenças salariais e quanto ao adicional noturno.

Brasília, 06 de novembro de 2002. *José Luciano de Castilho Pereira*, presidente e relator.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. BANCO DO BRASIL. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. TETO-LIMITE. Explicitação da exata extensão do comando exequendo. Possibilidade de cognição supletiva no processo de liquidação.

Embargos de declaração que se acolhem a fim de ser sanada omissão.

(Processo nº TST-ED-ROAR-670.244/00 – Ac. SBDI 2)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração em Recurso Ordinário em Ação Rescisória nº TST-ED-ROAR-670.244/2000.0, em que é Embargante BANCO DO BRASIL S.A. e Embargado JAIME MARQUES DE OLIVEIRA.

O Banco do Brasil S.A. opôs embargos de declaração, apontando omissão no acórdão de fls. 369/372, pelo qual se negou provimento ao seu recurso ordinário, mantendo-se a conclusão do Tribunal Regional pela improcedência da ação rescisória. Pugnou a entrega da completa prestação jurisdicional, sob pena de afronta aos arts. 832 da CLT, 5º, XXXVI, LIV e LV, e 93, IX, da Constituição Federal.

O Embargado manifestou-se a fls. 382/385, defendendo a manutenção do entendimento adotado na decisão impugnada.

É o relatório.

VOTO

1 CONHECIMENTO

Atendidos os pressupostos legais de admissibilidade dos embargos de declaração, deles conheço.

2 MÉRITO

Esta Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, entendendo não configurada vulneração da coisa julgada e afronta aos arts. 879, § 1º, da CLT e 5º, XXXVI, da Constituição Federal, negou provimento ao recurso ordinário interposto pelo Banco do Brasil. Registrou-se naquela oportunidade que o fato de o contador haver incluído em seus cálculos as parcelas denominadas adicional de função e representação (AFR) e abono de dedicação integral (ADI) não havia configurado afronta à coisa julgada e tampouco ao art. 879, § 1º, da CLT, pois no comando exequendo não se especificou a integração ou não das referidas parcelas no teto da complementação de aposentadoria, o que ficara delegado ao processo de liquidação.

JURISPRUDÊNCIA

Nos presentes embargos de declaração (fls. 374/378), o Banco do Brasil indica a existência de omissão, contradição e obscuridade na decisão embargada. No seu entender, na decisão exequenda ficou estabelecido o limite da condenação a ser respeitado, “correspondente ao cargo efetivo imediatamente superior, nos termos de regulamentação do Banco e de iterativa jurisprudência dessa Corte” (fls. 376).

Tem razão o Embargante, na medida em que, na decisão embargada não há referência à questão do respeito ao limite do cargo efetivo imediatamente superior, no que tange à forma de cálculo da complementação de aposentadoria do ora Embargado, razão por que, a fim de entregar ao Embargante a mais completa prestação jurisdicional, passo a sanar a omissão verificada.

A parte dispositiva da decisão exequenda está assim redigida:

“ACORDAM os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, conhecer da revista, vencido o Exmo. Sr. Ministro Marco Aurélio e, no mérito, por maioria, *dar-lhe provimento, em parte, para excluir a gratificação de produtividade e mandar respeitar a média dos últimos 36 meses trabalhados e o limite do cargo efetivo imediatamente superior*” (fls. 75/76).

A determinação, nessa decisão, de que fosse observado como limite da complementação de aposentadoria a remuneração do cargo efetivo imediatamente superior – sem explicitar quais as parcelas que deveriam ser incluídas no respectivo cálculo -, importou na autorização ao Juízo da Execução de realização de uma atividade de cognição supletiva, interpretativa da extensão do comando exequendo.

Diante disso, não há cogitar de violação direta à coisa julgada em decorrência da inclusão pelo contador das parcelas denominadas adicional de função e representação (AFR) e abono de dedicação integral (ADI), visto que a conclusão esposada na decisão rescindenda decorreu de processo interpretativo das normas do Banco do Brasil S.A., em relação ao qual não havia nenhum impedimento, dada a ausência de taxatividade da decisão proferida no processo de conhecimento.

Portanto, consoante consignado no acórdão embargado, não se pode, em sede de ação desconstitutiva de julgado, sob o pretexto de invocação de ofensa ao instituto da coisa julgada, pretender rever a correção dos cálculos do contador, quando na decisão exequenda não se discriminaram as parcelas a serem computadas com o objetivo de aferição do teto-limite da remuneração do empregado.

Ante o exposto, acolho os embargos de declaração, para, sanando a omissão verificada, explicitar os motivos pelos quais entendo não ter-se configurado, na hipótese, afronta à coisa julgada por parte da decisão rescindenda.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, acolher os Embargos de Declaração a fim de, sanando a omissão verificada, explicitar os motivos pelos quais se

entendeu pela não configuração de afronta à coisa julgada por parte da decisão rescindenda, nos termos da fundamentação do Ministro Relator.

Brasília, 16 de abril de 2002. *Gelson de Azevedo*, ministro relator.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. Constatado que o acórdão embargado não se ressentia da omissão e da obscuridade que lhe foram atribuídas, na realidade, com o único intuito de o atacar à sombra dos incisos XXXVI e LXVIII do artigo 5º, da Constituição, seria de rigor apenas o embargante na forma do artigo 538, § único do CPC, deliberação que se releva pela boa-fé que se presume orienta a atividade funcional dos seus procuradores.

Embargos rejeitados.

(Processo nº TST-ED-ROHC-709.140/00 – Ac. SBDI 2)

Vistos, relatados e discutidos estes autos Embargos Declaratórios em Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº TST-ED-ROHC-709.140/2000.4, em que é Embargante MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 21ª REGIÃO e Embargado JOÃO MARIA RODRIGUES.

Ministério Público do Trabalho da 21ª Região interpõe embargos de declaração contra o acórdão de fls. 136/140, nos quais o inquina de omissis e obscuro pelas razões expendidas a fls. 143/145.

É o relatório.

VOTO

Além de o acórdão embargado não padecer de nenhuma omissão ou obscuridade, pois o embargante não indica em que ponto ele teria sido omissis ou em que aspecto teria sido obscuro, rápida leitura das razões dos embargos indica terem sido interpostos para censurar a tese lá acolhida de não serem oponíveis ao *habeas corpus* as implicações do trânsito em julgado da ação de depósito.

Ocorre que os embargos de declaração não se prestam como instrumento de ir-resignação da parte contra a decisão que lhe foi desfavorável, uma vez que, à luz do artigo 535 do CPC ou do artigo 897-A da CLT, destinam-se unicamente a aperfeiçoar a prestação da tutela jurisdicional que eventualmente tenha se mostrado omissa, contraditória ou obscura.

De qualquer modo, reafirma-se a tese de que, estando em jogo o direito à liberdade de locomoção, revela-se imperioso conhecer e julgar o *habeas corpus* a partir da singularidade que o identifica como garantia constitucional ativa, frente à qual são inoponíveis as implicações do trânsito em julgado da ação de depósito, tal como já o

decidira o Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo acórdão fora citado na decisão embargada.

Se a tese então adotada, como diz o embargante, não encontra respaldo quer no inciso XXXVI, quer no inciso LXVIII, do artigo 5º, da Constituição, isso é absolutamente irrelevante em sede de embargos de declaração, devendo a denúncia, ali subentendida de ofensa a tais dispositivos constitucionais, ser veiculada através de recurso próprio e adequado.

Constatado que o acórdão embargado não se ressentia da omissão e da obscuridade que lhe foram atribuídas, na realidade, com o único intuito de o atacar à sombra dos incisos XXXVI e LXVIII do artigo 5º, da Constituição, seria de rigor apenar o embargante na forma do artigo 538, § único do CPC, deliberação que se releva pela boa-fé que se presume orienta a atividade funcional dos seus procuradores.

Do exposto, *rejeito* os embargos de declaração.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração.

Brasília, 29 de outubro de 2002. *Antônio José de Barros Levenhagen*, relator.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO LEGAL

EMBARGOS DECLARATÓRIOS – ACOLHIMENTO – ESCLARECIMENTO SOBRE NÃO-VIOLAÇÃO DIRETA DO ART. 5º, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Não se tem como violado diretamente o art. 5º, II, da Constituição Federal se a imposição de obrigação em ação civil pública, consistente na colocação de portas de segurança em agências bancárias, encontra respaldo nos arts. 2º da Lei nº 7.102/83 e 19, § 1º, da Lei nº 8.213/91.

Embargos acolhidos para prestar esclarecimentos.

(Processo nº TST-ED-RR-337.490/97 – Ac. 4ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Declaratórios em Recurso de Revista nº TST-ED-RR-337490/97.8, em que é Embargante BANCO REAL S.A. e Embargado SINDICATO DOS EMPREGADOS EM ESTABELECEMENTOS BANCÁRIOS NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO.

Contra o acórdão que não conheceu de seu recurso de revista (fls. 454-462), opõe o *Reclamado embargos declaratórios*, sustentando a ocorrência de *omissão* em relação à possibilidade de conhecimento da revista por violação do inciso II do art. 5º da Constituição Federal, como vêm se posicionando o STF e o TST em determinados casos (fls. 470-476).

É o relatório.

VOTO

I – CONHECIMENTO

Tempestivo o apelo (cfr. fls. 469 e 470) e *regular a representação* (fls. 477-479), dele *CONHEÇO*.

II – MÉRITO

Argumenta o Embargante que o acórdão teria se *omitido* no exame da possibilidade de conhecimento do recurso de revista por *violação do art. 5º, II, da Constituição Federal*, além de não se poder invocar a *Súmula nº 221 do TST* para afastar a violação constitucional.

O acórdão turmário não padece da indigitada omissão, na medida em que enfrentou a matéria de fundo – *instalação das portas de segurança* –, pelo prisma da apontada violação do art. 5º, II, da Constituição Federal e, afastando-a, salientou que somente ocorre a aludida violação pela via reflexa, ou seja, para que fique demonstrada a violação constitucional, seria necessária antes a vulneração de norma infraconstitucional.

Este Relator não desconhece que esta Corte, assim como o Supremo Tribunal Federal, tem mitigado a tese da violação reflexa do princípio da legalidade ou da reserva legal. Isso levando em consideração a hipótese em que a parte consegue demonstrar inequívoca violação direta de dispositivo infraconstitucional. Mas essa mitigação da jurisprudência tradicional somente tem se dado nos casos de revista *em execução de sentença*, porque só pode ser conhecida por violação constitucional e, nos casos teratológicos, verifica-se que a única forma de se corrigir a ilegalidade é a aceitação de violação do princípio da legalidade.

Por isso, em circunstâncias excepcionais, tem o TST admitido a violação do art. 5º, II, da Constituição Federal.

No caso em exame, contudo, *não ficou demonstrada a violação do art. 5º, II, da Constituição Federal*, mormente porque, como aludido no acórdão embargado, os arts. 2º da Lei nº 7.102/83 e 19, § 1º, da Lei nº 8.213/91 respaldam a pretensão do *sindicato reclamante*, quando postulou a instalação de *portas de segurança* nas agências bancárias, em vista da *prevenção de assaltos*.

Nesse passo, assentou-se, no acórdão, que a suposta violação do mencionado dispositivo constitucional esbarraria no óbice da *Súmula nº 221 do TST*, eis que não se demonstrou violação de norma infraconstitucional em sua literalidade para que se chegasse, por via reflexa, ao malferimento do art. 5º, II, da Constituição Federal.

Pelo exposto, embora não reconhecendo a omissão apontada, mas considerando que as partes em litígio têm direito à entrega da prestação jurisdicional de forma

JURISPRUDÊNCIA

ampla e aperfeiçoada, *ACOLHO* os embargos declaratórios, tão-somente para prestar esclarecimentos.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Egrégia 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, acolher os embargos declaratórios para prestar esclarecimentos.

Brasília, 7 de novembro de 2001. *Ives Gandra da Silva Martins Filho*, ministro relator.

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. CARGO DE CONFIANÇA

O fato de reclamante e paradigma exercerem função de confiança não é impeditivo do direito à equiparação. A igualdade, no caso, mensura-se objetivamente, e a desigualdade, também, isto é, sendo previstas em lei as circunstâncias que ensejam a equiparação, também em lei devem estar as que a impedem. O § 2º do art. 461 da Consolidação das Leis do Trabalho positiva uma dessas circunstâncias: a existência de quadro de carreira na empresa. Não há, porém, preceito legal que diga ser o exercício de cargo de confiança fato obstativo do direito à isonomia salarial.

Recurso de Revista conhecido, e desprovido.

(Processo nº TST-RR-664.852/00 – Ac. 3ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso de Revista nº TST-RR-664.852/2000.8, em que é Recorrente BANCO BEMGE S/A e Recorrida ROSÂNGELA APARECIDA LOPES COSTA.

O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, em acórdão de fls. 325/329, no que interessa, negou provimento ao Recurso Ordinário do Reclamado, mantendo a sentença, que reconhecera o direito da Reclamante à equiparação salarial.

Inconformado, o Reclamado interpõe Recurso de Revista às fls. 331/336. Sustenta que tanto a Reclamante como o indicado paradigma exerciam cargo de confiança, sendo inviável a equiparação salarial. Colaciona arestos à divergência.

Despacho de admissibilidade à fl. 338.

Contra-razões apresentadas às fls. 339/341.

Dispensada a remessa dos autos ao D. Ministério Público do Trabalho, ante os termos do art. 113 do Regimento Interno do TST.

É o relatório.

VOTO
REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

Atendidos os requisitos extrínsecos de admissibilidade, passo ao exame do Recurso.

I – EQUIPARAÇÃO SALARIAL – CARGO DE CONFIANÇA

a) *Conhecimento*

O Eg. Tribunal Regional ratificou a sentença, que deferira o pedido de diferenças salariais e reflexos oriundos de equiparação salarial, ao fundamento de que, não obstante o exercício de cargo de confiança, foi demonstrado que a Reclamante e o paradigma exerciam funções idênticas. Consignou:

“O fato de a reclamante exercer cargo de confiança bancária (art. 224, parágrafo 2º, da CLT) não impede que ela receba as diferenças salariais deferidas, uma vez que foi possível aquilatar a identidade de atribuições entre o reclamante e paradigma.

Ademais, o art. 41 da CLT não exclui a possibilidade de ocorrer equiparação salarial em decorrência do exercício de cargo de confiança.” (fl. 328)

Em Recurso de Revista, sustenta o Reclamado ser inviável a equiparação de salários quando reclamante e paradigma exerçam cargos de confiança. Colaciona arestos para comprovar dissenso.

Os arestos indicados à fl. 333 são especificamente divergentes, corroborando a tese recursal.

Conheço por divergência jurisprudencial.

b) *Mérito*

Os fatos que constituem o direito à equiparação salarial são enumerados no artigo 461 da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo o qual o salário de dois empregados não pode ser diferente quando, idêntica a função, prestem trabalho de igual valor ao mesmo empregador e na mesma localidade.

Nos termos do § 1º do referido artigo, trabalho de igual valor é aquele feito com igual produtividade e perfeição técnica, por pessoas cuja diferença de tempo de serviço não exceda de dois anos.

O preceito é corolário do princípio da isonomia, incrustado na Constituição, em seu artigo 5º, *caput*. A isonomia salarial, segundo Valentin Carrion (*in Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000), “(...) inspira-se na filosofia da institucionalização da empresa; ao empresário, por não ser senhor absoluto e pelos fins sociais da propriedade, não assistiria o direito de preterir um empregador, pagando-lhe menos que a outro; esta igualdade é objetiva; em face do trabalho executado presume-se que o empregador, em seu próprio interesse, incumbe este ou

aquele serviço ao colaborador mais apto; essa opção é um direito empresarial, mas a serviço igual deve corresponder remuneração igual, sem caprichos patronais.”

O fato de reclamante e paradigma exercerem função de confiança não é impeditivo do direito à equiparação. A igualdade, no caso, mensura-se objetivamente, e a desigualdade, também, isto é, sendo previstas em lei as circunstâncias que ensejam a equiparação, também em lei devem estar as que a impedem. O § 2º do art. 461 da Consolidação das Leis do Trabalho positiva uma dessas circunstâncias: a existência de quadro de carreira na empresa. Não há, porém, preceito legal que diga ser o exercício de cargo de confiança fato obstante do direito à isonomia salarial, nem seria razoável que houvesse. Se, por um lado, o empregador tem a potestade de atribuir a um empregado atividades especiais, de maior produtividade e responsabilidade, e, em razão disso, cometer-lhe cargo de confiança, por outro, este poder não exime o empregador de pagar o mesmo valor para idêntico trabalho, pois o contrário importaria tratamento desigual aos juridicamente iguais.

Nesse sentido já se manifestou a C. SDI, a quem cabe uniformizar a jurisprudência desta Corte, *verbis*:

“EQUIPARAÇÃO SALARIAL – EXERCÍCIO DE FUNÇÃO COMMISSIONADA. Quando as instâncias que analisam as provas concluem pela identidade de função, mesma produtividade e perfeição técnica em tempo de serviço não superior a dois anos e mesma localidade, há de entender-se que não pode ser admitido como óbice ao direito do empregado receber salário igual para trabalho igual, ainda que se trate de função comissionada, sob pena de se ferir princípio consagrado na constituição e integrado na consolidação.” (TST-SBDI1-ERR-81592/93, Rel. Min. Cnéa Moreira, DJ 12.4.96.)

“EQUIPARAÇÃO SALARIAL – FUNÇÃO DE CONFIANÇA – ISONOMIA SALARIAL DEVIDA. As instâncias ordinárias, responsáveis pela análise do conjunto fático-probatório, concluíram pela identidade de função, mesma produtividade e perfeição técnica, tempo de serviço não superior a dois anos e mesma localidade. o fato de equiparando e paradigma exercerem cargos comissionados e, portanto, sujeitos à reversão (parágrafo único do artigo quatrocentos e sessenta e oito da CLT) não constitui óbice à equiparação, porque a lei não contempla referido requisito como causa excludente do direito à isonomia salarial. recurso de embargos conhecido mas não provido.”(TST-SBDI1-ERR-187992/95, Rel. Min. Milton Moura França, DJ 3.10.97.)

Do exposto, nego provimento.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do Recurso de Revista, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 6 de novembro de 2002. *Maria Cristina Irigoyen Peduzzi*, ministra relatora.

ESTABILIDADE. PRÉ-APOSENTADORIA. EXTINÇÃO DO ESTABELECIMENTO

ESTABILIDADE ACIDENTÁRIA E PRÉ-APOSENTADORIA – EXTINÇÃO DO ESTABELECIMENTO

Tratando-se de estabilidade acidentária ou de pré-aposentadoria, a garantia de emprego decorre de circunstância específica, individual. No caso, encontra-se o empregado em fase de recuperação de acidente de trabalho, e em período que antecedia a aposentadoria, com previsão normativa de garantia de emprego contra despedida imotivada. Nestas hipóteses, o que deve ser considerado é a finalidade das estabilidades legal e normativa. Ainda que extinto o estabelecimento bancário na localidade, a indenização correspondente ao período de estabilidade é devida, sobretudo no que diz respeito ao período de recuperação do acidente, a fim de assegurar a subsistência do empregado e de sua família.

Embargos não conhecidos integralmente.

(Processo nº TST-E-RR-607.066/99 – Ac. SBDI 1)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-607.066/99.1, em que é Embargante BANCO BANERJ S.A. e Embargada ASTRID BRACKE BEDUSCHI.

A 1ª Turma não conheceu do Recurso de Revista do Reclamado quanto ao tema estabilidade, porque os arestos eram inespecíficos, pois não partiam dos mesmos aspectos fáticos dos autos. Concluiu também que os arts. 477, 497, 498 da CLT, e 5º, inciso II, da Constituição Federal, não foram violados, porque as indenizações deferidas pelas instâncias ordinárias diziam respeito aos salários do período estável.

Os Embargos de Declaração opostos, às fls. 456/458, foram rejeitados pelo acórdão de fls. 461/464.

O Reclamado interpõe Embargos, arguindo a preliminar de nulidade do acórdão da Turma por negativa de prestação jurisdicional. Alega que, não obstante a oposição de Embargos de Declaração, não houve pronunciamento quanto à estabilidade ser indevida, havendo ou não hipótese de sucessão, porque extinto o estabelecimento empresarial na localidade. Aponta violação do art. 832 da CLT.

Indica, ainda, violação do art. 896 da CLT. Alega que o Tribunal Regional reconheceu o direito à estabilidade no período de 22.09.97 a 21.09.98 e 22.09.98 a 29.08.99, garantindo o emprego relativamente a período posterior à extinção do estabelecimento. Afirma que tal decisão ofendeu os arts. 477, 497 e 498 da CLT, além de divergir dos arestos transcritos no Recurso de Revista. Entende ser irrelevante que tenha ou não havido sucessão empresarial pois, uma vez constatada a extinção do estabelecimento na localidade, persistia a impossibilidade de garantia de emprego. Alega, por fim, que não subsiste o direito à estabilidade se o contrato de trabalho permaneceu até 23.12.96, em razão unicamente de liminar em Mandado de Segurança, que foi

JURISPRUDÊNCIA

posteriormente revogada. Conclui que, uma vez descaracterizada a sucessão, restaram ofendidos os arts. 10 e 448 da CLT (fls. 466/469).

A Reclamante não ofereceu contra-razões, conforme certificado à fl. 473.

Os autos não foram remetidos à douta Procuradoria Geral do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

Satisfeitos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade, relativos ao prazo (fls. 465 e 466), à representação processual (fls. 441 e 441/441v) e ao preparo (fl. 471), passo ao exame dos Embargos.

1 CONHECIMENTO

1.1 Preliminar de nulidade do acórdão da turma por negativa de prestação jurisdicional

Alega o Reclamado que, não obstante a oposição de Embargos de Declaração, não houve pronunciamento quanto à estabilidade ser indevida, havendo ou não hipótese de sucessão, porque extinto o estabelecimento empresarial na localidade. Aponta violação do art. 832 da CLT (fls. 466/469).

A Turma, examinando os Embargos de Declaração opostos pelo Reclamado, esclareceu o seguinte:

“...deve ser ressaltado que o argumento levantado pelo embargante, de que ‘seja qual for o fundamento para a estabilidade, tenha ou não havido sucessão empresarial, não subsiste o direito à estabilidade se o estabelecimento empresarial foi extinto’, não foi abordado nos paradigmas ditos divergentes.

Se a parte entende incorreta a aplicação desse entendimento, o remédio processual adequado para suscitar essa alteração não são os embargos declaratórios, mas recurso próprio, uma vez que o defeito que a embargante aponta no acórdão seria *error in iudicando*, e não omissão, obscuridade ou contradição” (fls. 461/464)

Verifica-se, da transcrição, que pronunciamento acerca do aspecto entendido omissis houve, embora contrário aos interesses do Embargante.

De todo modo, a matéria objeto de arguição de nulidade será examinada em seguida, concedendo à parte uma nova oportunidade de pronunciamento acerca do tema.

A hipótese não é de omissão e tampouco de negativa de prestação jurisdicional, restando ileso o art. 832 da CLT.

NÃO CONHEÇO.

1.2 Violação do art. 896 da CLT – Estabilidade acidentária e pré-aposentadoria – extinção do estabelecimento

O Tribunal Regional manteve a decisão de Primeiro Grau, que deferiu à Reclamante a indenização correspondente ao período de estabilidade acidentária e de estabilidade pré-aposentadoria, pelos seguintes fundamentos, *verbis*:

“O contexto probatório evidencia que em 22.11.96, data em que teoricamente poderia ser efetivada a dispensa da reclamante, em decorrência da cassação da medida liminar que assegurou a manutenção do emprego, o contrato de trabalho estava suspenso em razão da fruição do benefício previdenciário de auxílio-doença acidentário. Essa situação perdurou de 1º.6.96 a 21.9.97, conforme demonstram os documentos de fls. 55/65 expedidos pelo INSS.

Dessarte, estando a reclamante no gozo de auxílio-doença acidentário, seu contrato de trabalho ficou suspenso, não operando efeito jurídico válido à rescisão efetivada no respectivo período.

Ademais, o artigo 118 da Lei nº 8.213/91 prevê o direito à garantia de emprego ao segurado que sofreu acidente de trabalho pelo prazo mínimo de doze meses após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente da percepção de auxílio-acidente.

Assim, em tese, a reclamante possuía garantia de emprego até 21.9.98.

Entretanto, as convenções coletivas aplicáveis aos bancários asseguram o direito à estabilidade provisória por 12 meses imediatamente anteriores à complementação de tempo para aposentadoria pela Previdência Social, desde que o empregado tenha o mínimo de 5 anos de vinculação empregatícia com o Banco, ou seja, a partir de 29.8.98, a reclamante passou a usufruir da aludida estabilidade, já que, conforme o documento de fl. 67, expedido pela Previdência Social, em 29.8.99 a reclamante completará 25 anos de serviço.

Dessarte, a extinção do contrato de trabalho da reclamante somente poderia ser efetivada em 29.8.99.

Contudo, não há como deixar de considerar a extinção do estabelecimento bancário em Blumenau.

O art. 498 da CLT dispõe que, ‘em caso de fechamento do estabelecimento, filial ou agência, ou supressão necessária de atividade, sem ocorrência de motivo de força maior, é assegurado aos empregados estáveis, que ali exerçam suas funções, o direito à indenização’.

Com efeito, reputo incensurável a sentença hostilizada que deferiu à reclamante a indenização da estabilidade acidentária no período de 22.9.97 a 21.9.98 e da estabilidade pré-aposentadoria no período de 22.9.98 a 29.8.99” (fls. 346/347).

A Turma não conheceu do Recurso de Revista do Reclamado porque os arestos eram inespecíficos, pois não partiam dos mesmos aspectos fáticos dos autos. Concluiu também que os arts. 477, 497, 498 da CLT e 5º, inciso II, da Constituição Federal, não

foram violados, porque as indenizações deferidas pelas instâncias ordinárias nada mais representavam que os salários do período estável (fls. 452/453).

Alega o Reclamado que o Tribunal Regional deferiu estabilidade provisória à Reclamante, garantindo o emprego relativamente a período posterior à extinção do estabelecimento bancário. Entende que tal decisão ofendeu os arts. 477, 497 e 498 da CLT, além de divergir dos arestos transcritos no Recurso de Revista. Afirma ser irrelevante que tenha ou não havido sucessão empresarial pois, uma vez constatada a extinção do estabelecimento na localidade, persistia a impossibilidade de garantia de emprego. Alega, por fim, que não subsiste o direito à estabilidade se o contrato de trabalho permaneceu até 23.12.96, em razão unicamente de liminar em Mandado de Segurança, que foi posteriormente revogada. Conclui que, uma vez descaracterizada a sucessão, restaram ofendidos os arts. 10 e 448 da CLT (fls. 466/469).

A decisão do Tribunal Regional não merecia reforma, tendo a Turma concluído corretamente pelo não conhecimento da Revista.

Os arts. 477, 497 e 498 da CLT não foram violados.

O fato de o estabelecimento bancário que a Reclamante trabalhava em Blumenuau ter sido extinto, não importava em rompimento do contrato de trabalho. É que a contratação estava suspensa em função do gozo de estabilidade acidentária e, posteriormente, em função de estabilidade normativa de 12 meses, decorrente da pré-aposentadoria.

O Tribunal Regional, na verdade, observou os dispositivos legais invocados, especialmente o art. 498 da CLT ao deferir a indenização correspondente ao período de estabilidade, pois dispõe o artigo que:

“em caso de fechamento do estabelecimento, filial ou agência, ou supressão necessária de atividade, sem ocorrência de motivo de força maior, é assegurado aos empregados estáveis, que ali exerçam suas funções, o direito à indenização.”

Tratando-se de estabilidade acidentária ou de pré-aposentadoria, a garantia de emprego decorre de circunstância específica, pessoal, em que se encontra o empregado. No caso, encontrava-se em fase de recuperação de acidente de trabalho, e em período que antecedia a aposentadoria, com previsão normativa de garantia de emprego contra despedida imotivada. Nestas hipóteses, o que deve ser considerado é a finalidade das estabilidades legal e normativa. Ainda que extinto o estabelecimento, a indenização correspondente aos períodos de estabilidade é devida, sobretudo no que diz respeito ao período de recuperação do acidente, a fim de assegurar a subsistência do empregado e de sua família.

Caso diverso é a estabilidade do dirigente sindical ou do representante da CIPA. Nestes casos, o benefício é coletivo, da categoria, e não individual, como a estabilidade acidentária e a pré-aposentadoria. A extinção do estabelecimento, nestas hipóteses, implica o encerramento da atividade sindical e do membro da CIPA na empresa, sendo indevida a garantia de emprego ou a indenização respectiva.

JURISPRUDÊNCIA

Por outro lado o fato de a Reclamante permanecer no emprego até 23.12.96, em razão de liminar em Mandado de Segurança, posteriormente revogada, não altera em nada a decisão do Tribunal Regional. É que no momento da cassação da medida liminar que assegurava a manutenção do emprego, o contrato de trabalho já estava suspenso em razão da percepção do benefício previdenciário de auxílio-doença acidentário.

Ilesos, por conseguinte, os arts. 10, 447, 448, 497 e 498 da CLT.

Frise-se por fim que, de acordo com a jurisprudência atual, não é possível, em sede de Embargos, aferir a especificidade ou inespecificidade dos arestos transcritos no Recurso de Revista, porque soberanas são as Turmas no exame destes julgados.

Ileso o art. 896 da CLT, 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 integralmente dos Embargos.

Brasília, 18 de março de 2002. *Rider Nogueira de Brito*, ministro relator.

ESTABILIDADE DA GESTANTE. RENÚNCIA

ESTABILIDADE GESTANTE. RENÚNCIA AO DIREITO.

Se o empregador, ao tomar conhecimento da gravidez da empregada, torna sem efeito a despedida e coloca o emprego à sua disposição, está a empregada obrigada a retornar, sob risco de perder o salário do tempo restante, em face da renúncia tácita do direito.

Recurso conhecido em parte e desprovido.

(Processo nº TST-RR-490.024/98 – Ac. 2ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-490024/98.3, em que é Recorrente ELIZABETH DA PIEDADE MAGATON DZINDZIK e Recorrida GERMER PORCELANAS FINAS S/A.

RELATÓRIO

O E. 9º Regional, por meio do v. Acórdão de fls. 77/92, complementado às fls. 99/100, deu provimento ao Recurso Ordinário patronal para excluir da condenação a indenização relativa à estabilidade gestante. Por outro lado, julgando o Apelo da Reclamante, manteve a Sentença que determinara a aplicação de correção monetária na forma da lei, sem especificar a corrente jurisprudencial a que se filiou.

Recorre de revista a Reclamante, pelas razões de fls. 103/116.

Admitido à fl. 118, o Apelo foi contra-arrazoado às fls. 121/127.

Os autos não foram remetidos ao D. Ministério Público do Trabalho.

JURISPRUDÊNCIA

VOTO

Recurso próprio, tempestivo e subscrito por advogado habilitado os autos.

1 – ESTABILIDADE GESTANTE

1.1 Conhecimento

O Regional deu provimento ao Recurso Ordinário patronal para excluir da condenação a indenização, com reflexos decorrentes, porque renunciado pela Autora seu direito à estabilidade, inscrito no art. 10, inciso II, letra *b*, do ADCT.

Registrou que, de acordo com a prova oral, a Reclamada se dispôs a reintegrar a Reclamante e que esta, alegando indisposição com funcionário da Empresa, não aceitou a oferta de reintegração.

Revelou que a animosidade apontada não restou provada, presumindo-se a renúncia quanto à estabilidade constitucional.

A Reclamante, em seu Apelo, diz violados os arts. 7º, XVIII, da Constituição Federal; 10, II, *b*, do ADCT e 489 da CLT, além de contrariados os Enunciados nºs 142 e 244 desta Corte. Colaciona arestos.

Sustenta ser incontestável que na época da dispensa encontrava-se grávida, com conhecimento da Empresa. Aduz não ser obrigada a retornar ao emprego na medida em que fora despedida sumariamente.

A discussão a respeito da necessidade, ou não, de conhecimento do empregador do estado gravídico da empregada não é pertinente, pois o Regional não se fundamentou neste fato, restando inespecíficos os paradigmas relativos a esse tema.

A decisão regional teve como base a renúncia do direito da Empregada, em face da não-aceitação de reintegrar no serviço.

Neste diapasão, não vislumbro qualquer ofensa literal aos dispositivos legais e constitucionais invocados, pois a questão é interpretativa.

Os Enunciados nºs 142 e 244 deste Tribunal invocados no Apelo não se referem, especificamente, à renúncia da estabilidade em face da recusa do retorno ao emprego. Logo, são inespecíficos.

O Recurso de Revista merece conhecimento, entretanto, por divergência jurisprudencial, na medida em que o aresto de fl. 107 apresenta tese contrária à do Regional, consignando que, em caso de estabilidade provisória de gestante, a garantia devida é relativa à indenização compensatória, e não à reintegração.

Conheço.

1.2 – Mérito

A Reclamante entende que sua recusa pela reintegração no emprego disponibilizado pela Empregadora não resulta em renúncia à estabilidade provisória. Busca a aplicação do Enunciado nº 244 do TST.

Referido Enunciado estabelece o direito à indenização, porque a estabilidade é provisória. Isto significa apenas que o empregador não está obrigado a reintegrar a empregada no trabalho, mesmo porque, normalmente, quando do trânsito em julgado da decisão judicial, já se esgotara o prazo daquela.

Entretanto, o direito à indenização pelo período do tempo restante da estabilidade decorre exatamente da existência da garantia de emprego no período previsto em lei.

Assim, se o empregador, ao tomar conhecimento da gravidez da empregada, torna sem efeito a despedida e coloca o emprego à sua disposição, está a empregada obrigada a retornar, sob risco de perder o salário do tempo restante.

É que o direito à indenização é substitutivo ao direito ao emprego. Em outras palavras, não há o direito à reintegração, porque não se trata de estabilidade definitiva, mas há a obrigação de retornar ao emprego, quando é colocado à disposição, se a despedida se deu equivocadamente, porque o objetivo original da norma é a garantia de emprego no período estável.

É esta a hipótese dos autos. Conforme consignou o Tribunal Regional, houve recusa da Reclamante em dar continuidade à relação de emprego quando não aceitou a proposta de reintegração feita pela Reclamada.

Pelo exposto, nego provimento ao Recurso de Revista para manter a decisão regional.

2 SALÁRIO MATERNIDADE

2.1 Conhecimento

Pretende a Recorrente o pagamento do salário maternidade, conforme disposto no Enunciado nº 142 desta Corte. Colaciona arestos.

Assevera que o direito ao auxílio-maternidade dos 120 (cento e vinte) dias é necessário e obrigatório independentemente de qualquer situação, bastando a confirmação, o que está provado nos autos sobejamente e sequer é fato controverso entre as partes, não importando conhecimento, ou não, motivos pelos quais requer o restabelecimento da decisão de 1ª Instância.

Como já disposto anteriormente, a indenização está diretamente relacionada à estabilidade. E, tendo sido reconhecida a renúncia a este benefício, não há falar também em pagamento do salário maternidade.

O Enunciado nº 142/TST não se refere à hipótese dos autos, em que houve renúncia do direito. Tampouco os paradigmas colacionados, que retratam tese em que o

pagamento do salário maternidade não depende do conhecimento do empregador do estado gravídico da empregada. São, portanto, inespecíficos à luz do disposto no Enunciado nº 296/TST.

Não conheço.

3 AVISO PRÉVIO APÓS A ESTABILIDADE

3.1 *Conhecimento*

Pretende a Reclamante o deferimento do aviso prévio, sob o fundamento de ser inválida a concessão no curso da estabilidade provisória. Colaciona arestos e diz contrariado o Enunciado nº 348 desta Corte.

Não há como ser conhecido o Apelo.

O Regional, fl. 88, registrou que a Reclamante inovou em recurso com relação às razões do pedido inicial. Destacou que o pedido fora fundamentado em pagamento indenizado do aviso prévio na falta de redução da carga horária, aduzindo nulo o pré-aviso concedido e que, no Recurso Ordinário, alegou a invalidade do aviso prévio concedido no curso do período de estabilidade provisória.

Quanto a este aspecto – a inovação -, a Recorrente não se insurgiu, o que torna desfundamentado o Apelo.

O fato de o Regional ter se manifestado sobre o tema, não considerando a inovação recursal, não afasta o primeiro vício apontado, revelando, apenas, uma ilação processual.

Assim, os paradigmas transcritos são todos inservíveis para o pretendido conflito de teses, pois inespecíficos, não atacando o fundamento da decisão recorrida. Incide o Enunciado nº 296/TST.

Destaco, ainda, que o Regional, após se manifestar sobre a questão que se pretende debater neste Recurso de Revista, asseverou que a decisão de 1º Grau fora omissão em relação ao pedido de aviso prévio ao término da estabilidade provisória, entendendo que somente seria sanável o defeito mediante embargos de declaração, dos quais não se socorreu a Reclamante.

Logo, a questão, como colocada no Apelo, não pode mesmo ser examinada.

Não conheço.

4 13º SALÁRIO, FÉRIAS E FGTS

4.1 *Conhecimento*

A pretensão da Reclamante de deferimento das parcelas relativas ao 13º salário, férias e FGTS com 40% (quarenta por cento) de multa do período estável resta prejudicada em face da renúncia à garantia de emprego, conforme entendimento apresentado no item 1.

5 MULTA DO ART. 477, § 8º, DA CLT

5.1 – Conhecimento

O Regional manteve a Sentença de 1º Grau que indeferira a multa do art. 477 da CLT.

Ressaltou, na oportunidade, que cabia à Reclamante comprovar o atraso no pagamento das verbas rescisórias, o que não fez. Registrou que do termo de rescisão contratual, em que aposta assinatura da Autora, não constou qualquer ressalva.

A Recorrente, em seu Apelo, sustenta que até então as verbas rescisórias não foram satisfeitas, havendo que ser aplicada a mora prevista no art. 477 da CLT, o qual diz violado. Colaciona aresto.

Diante da assertiva regional de que não houve prova quanto ao não-pagamento das verbas devidas, não há como se entender ofendido o dispositivo legal invocado, tampouco configurado o conflito de teses.

Não conheço.

6 SEGURO-DESEMPREGO

6.1 Conhecimento

Pretende a Reclamante a reforma da decisão quanto ao deferimento e pagamento do seguro-desemprego, uma vez que também somente é autorizado ao final da estabilidade provisória, e nunca antecipado, porque nulo e sem efeito. Diz violado o art. 3º da Lei nº 7.998/90.

Diante do decidido no item 1 – renúncia da estabilidade -, não há como se ter como vulnerado o indicado dispositivo legal.

Não conheço.

7 CORREÇÃO MONETÁRIA – APLICAÇÃO DE ÍNDICES

7.1 Conhecimento

O Regional entendeu que a correção monetária das parcelas deferidas deve ser calculada a partir do vencimento da obrigação (data-limite para pagamento), com base na tabela elaborada pela Assessoria Econômica do 9º Regional.

A Recorrente alega contrariedade ao Decreto nº 75/66 e à Lei nº 8.177/91, afirmando que o empregador deve satisfazer sua obrigação de pagar os salários dos empregados até o 5º dia útil dos meses subsequentes.

Ressalta que os índices da correção devem ser os dos meses em que as prestações dos serviços ocorreram. Colaciona arestos.

Não há como ser conhecido o Apelo.

JURISPRUDÊNCIA

A decisão recorrida, ao determinar a correção monetária a partir do 5º dia útil do mês subsequente, julgou em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte, consubstanciada na Orientação Jurisprudencial nº 124, a saber:

“O pagamento dos salários até o 5º dia útil do mês subsequente ao vencido não está sujeito à correção monetária. Se essa data limite for ultrapassada, incidirá o índice da correção monetária do mês subsequente ao da prestação dos serviços.”

À vista do exposto, com base no Enunciado nº 333 desta Corte, não conheço do Recurso.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do Recurso quanto à estabilidade gestante, mas negar-lhe provimento. Por unanimidade, não conhecer do Recurso quanto ao salário maternidade e aviso prévio após estabilidade. Por unanimidade, julgar prejudicado o tópico 13º salário, férias e FGTS. Por unanimidade, não conhecer do Apelo quanto à multa do art. 477, § 8º, da CLT, seguro-desemprego e quanto à correção monetária – aplicação de índices.

Brasília, 06 de novembro de 2002. *José Luciano de Castilho Pereira*, presidente e relator.

EXECUÇÃO. ADMISSIBILIDADE

EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – EXECUÇÃO – POSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ADMISSIBILIDADE DO RECURSO DE REVISTA.

Diante da decisão do Pleno excelso STF, proclamada nos autos do processo do RE-220.906-DF, da lavra do Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 16.11.2000, no sentido de que a execução de bens da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – EBCT sujeita-se ao regime do precatório estabelecido no artigo 100 da Constituição Federal, merece admissibilidade o recurso de revista para melhor exame da violação literal desse preceito constitucional. Agravo de instrumento provido.

EXECUÇÃO POR PRECATÓRIO – ECT – DECRETO-LEI Nº 509/69.

Tendo o Supremo Tribunal Federal firmado o entendimento de que o artigo 12 do Decreto-Lei nº 509/69 foi recepcionado pela Constituição Federal e que a EBCT tem direito à execução de seus débitos trabalhistas pelo regime de precatórios, por se tratar de entidade que presta serviço público, deve ser observada a referida forma de execução. Precedentes do STF: RREE nºs 220.906, 225.011, 229.696, 230.072 e 229.315. Recurso de revista provido.

(Processo nº TST-RR-725.874/01 – Ac. 4ª Turma)

JURISPRUDÊNCIA

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-725.874/01.7, em que é recorrente EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT e recorrido ALDO VALÉRIO CARDOSO DA SILVA.

Contra o r. despacho de fls. 165/167, que negou seguimento ao seu recurso de revista, mediante aplicação do Enunciado nº 266 do TST e do § 2º do artigo 896 da CLT, a reclamada interpõe agravo de instrumento, pelas razões de fls. 2/11.

Sustenta a viabilidade da revista interposta com fundamento no § 4º do artigo 896 da CLT, com a redação que lhe conferiu a Lei nº 9.756/98. Aponta violação do artigo 100 da Constituição Federal, que define que a execução contra a Fazenda Pública deve ser feita por precatório. Alega que a Emenda Constitucional nº 19/98, ao introduzir nova redação ao artigo 173 da Constituição, alterou o cenário jurídico da controvérsia, até então pacificada na Orientação Jurisprudencial nº 87 da e. SDI. Afirma que o artigo 12 do Decreto nº 509/69, que criou a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, foi amplamente recepcionada pela emenda constitucional em exame. Nesse contexto, alega que lhe é inaplicável o artigo 730 e seguintes do CPC, quanto às execuções por quantia certa. Reproduz precedentes com o fito de demonstrar a divergência de teses. Por fim, aponta violação do artigo 5º, II, da Constituição Federal.

Sem apresentação de contra-razões (fl. 170).

Dispensada a remessa dos autos à douta Procuradoria-Geral do Trabalho para emissão de parecer.

Relatados.

VOTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

O agravo é tempestivo (fls. 2/167) e está subscrito por procurador habilitado (fl. 16).

CONHEÇO.

Contra o r. despacho de fls. 165/167, que negou seguimento ao seu recurso de revista, mediante aplicação do Enunciado nº 266 do TST e do § 2º do artigo 896 da CLT, a reclamada interpõe agravo de instrumento, pelas razões de fls. 2/11.

Sustenta a viabilidade da revista interposta com fundamento no § 4º do artigo 896 da CLT, com a redação que lhe conferiu a Lei nº 9.756/98. Aponta violação do artigo 100 da Constituição Federal, que define que a execução contra a Fazenda Pública deve ser feita por precatório. Alega que a Emenda Constitucional nº 19/98, ao introduzir nova redação ao artigo 173 da Constituição, alterou o cenário jurídico da controvérsia, até então pacificada pela Orientação Jurisprudencial nº 87 da e. SDI. Afirma que o artigo 12 do Decreto nº 509/69, que criou a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, foi amplamente recepcionada pela emenda constitucional em exame. Nesse contexto, alega que lhe é inaplicável o artigo 730 e seguintes do CPC, quanto às execuções

por quantia certa. Reproduz precedentes com o fito de demonstrar a divergência de teses. Por fim, aponta violação do artigo 5º, II, da Constituição Federal.

Assiste razão ao agravante, pois a questão constitucional posta em discussão no recurso de revista enseja o provimento do agravo de instrumento para melhor exame.

O r. despacho agravado houve por bem não conhecer do recurso de embargos, sob o fundamento de que, à luz da pacífica jurisprudência desta Corte, empresa pública que exerce ampla atividade econômica, inclusive em área que não se identifica com o serviço público e muito menos é de interesse público, como acontece atualmente com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, sujeita-se ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas (art. 173, § 1º, da Constituição Federal), não havendo nenhuma razão para gozar do privilégio da execução por meio de precatório (fl. 165/167).

Tenho, entretanto, que a hipótese está a merecer exame mais acurado.

Com efeito, dispõe o art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69, que criou a reclamada/agravante, que:

“A ECT gozará de isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados aos seus serviços, dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, quer em relação à imunidade tributária direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais.”

O excelso Supremo Tribunal Federal, julgando o RE-220.906-DF, na *sessão plenária* realizada no dia 16.11.2000, em voto da lavra do Ministro Maurício Corrêa, proclamou o entendimento de que a ECT goza da impenhorabilidade de seus bens, devendo a execução ser realizada pelo sistema do precatório judicial, passando definitivamente a ser regida pelo artigo 100 da Constituição Federal e 730 e seguintes do CPC.

Esse entendimento foi posteriormente ratificado em outros julgados, todos submetidos ao *Plenário* da excelsa Corte, entre os quais citam-se os seguintes precedentes: 225.011-MG, Rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ Ac. Min. Maurício Corrêa; 229.696-PE, 230.051-SP, 230.072-RS, Rel. orig. Min. Ilmar Galvão, red. p/ Ac. Min. Maurício Corrêa, 16.11.2000.

E, ainda recentemente, o Ministro Marco Aurélio de Mello, no julgamento do RE nº 229.315-PR, versando sobre a controvérsia em exame, publicado no DJ de 18.5.2001, reafirmou o entendimento da Corte Suprema quanto à matéria, ao proclamar: “O tema versado neste processo foi submetido ao Plenário desta Corte no julgamento dos Recursos Extraordinários de nºs 220.906, 225.011, 229.696 e 230.072. Na ocasião, contra meu entendimento, assentou a maioria *que a Empresa de Correios e Telégrafos tem direito a execução dos débitos trabalhistas via precatório, por ser entidade que presta serviço público*. 4. Ante os precedentes do Plenário e ressaltando o entendimento pessoal, conheço do recurso e o provejo para, reformando o acórdão impugnado, determinar que se proceda a execução mediante precatório. 5. Publique-se” (destacou-se).

JURISPRUDÊNCIA

O caso concreto, portanto, enseja a aplicação da Súmula nº 401 do e. STF, segundo a qual: “Não se conhece de recurso de revista, nem dos embargos de divergência, do processo trabalhista, quando houver jurisprudência firme do Tribunal Superior do Trabalho no sentido da decisão impugnada, *salvo se houver colisão com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*”.

Logo, ante a possibilidade de violação do artigo 100 da Constituição Federal, em face da execução direta promovida contra a agravante, DOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento para melhor exame do recurso de revista.

Com estes fundamentos, DOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento.

RECURSO DE REVISTA

A revista é tempestiva (fls. 142/143) e está subscrita por procurador habilitado nos autos (fls. 16). Satisfeita a garantia do Juízo (fl. 107).

I – CONHECIMENTO

1.1 Execução – empresa brasileira de correios e telégrafos

O e. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, no acórdão de fls. 133/141, negou provimento ao agravo de petição da empresa executada, ECT.

Fixou aquele Colegiado a tese de que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT se enquadra entre “as entidades que exploram atividade econômica”, previstas no art. 173, § 1º, da Constituição Federal, sujeitando-se ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, não gozando dos privilégios processuais concedidos às entidades de direito público, entre eles o da execução por precatório prevista no art. 100 da Constituição Federal.

Irresignada, a reclamada interpõe recurso de revista, com fulcro no § 2º do art. 896 da CLT. Diz que está demonstrada a violação dos arts. 5º, II, 100 e 173 da Constituição Federal, bem como divergência jurisprudencial específica sobre o tema, citando, inclusive, decisões do Supremo Tribunal Federal. Argumenta que, por força do disposto no art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69, goza dos privilégios assegurados à Fazenda Pública, em especial a impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, razão pela qual a execução deverá obedecer ao disposto nos arts. 100 da Constituição Federal, 730 e 731 do CPC, que estabelecem a exigibilidade do precatório judicial. Assevera que executa atividade de prestação de serviço público, isto é, serviço postal, de competência originária e exclusiva da União, consoante o disposto no art. 21, X, da Constituição Federal/88 e que seu capital e patrimônio pertencem exclusivamente à União Federal, constituído de bens públicos, circunstâncias essas que impõem a observância do instituto do precatório (fls. 143/164).

Assiste-lhe razão.

Com efeito, dispõe o art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69, que criou a reclamada/embargente que:

“A ECT gozará de isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados aos seus serviços, dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, quer em relação à imunidade tributária direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais.”

O excelso Supremo Tribunal Federal, julgando o RE-220.906-DF, na *sessão plenária* realizada no dia 16.11.2000, em voto da lavra do Ministro Maurício Corrêa, proclamou o entendimento de que a ECT goza da impenhorabilidade de seus bens, devendo a execução ser realizada pelo sistema do precatório judicial, passando definitivamente a ser regida pelo artigo 100 da Constituição Federal e 730 e seguintes do CPC.

Esse entendimento foi posteriormente ratificado em outros julgados, todos submetidos ao *Plenário* da excelsa Corte, entre os quais citam-se os seguintes precedentes: 225.011-MG, Rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ Ac. Min. Maurício Corrêa; 229.696-PE, 230.051-SP, 230.072-RS, Rel. orig. Min. Ilmar Galvão, red. p/ Ac. Min. Maurício Corrêa, 16.11.2000.

E, ainda recentemente, o Ministro Marco Aurélio de Mello, no julgamento do RE nº 229.315-PR, versando sobre a controvérsia em exame, publicado no DJ de 18.5.2001, reafirmou o entendimento da Corte Suprema quanto à matéria, ao proclamar: “O tema versado neste processo foi submetido ao Plenário desta Corte no julgamento dos Recursos Extraordinários de nºs 220.906, 225.011, 229.696 e 230.072. Na ocasião, contra meu entendimento, assentou a maioria que a *Empresa de Correios e Telégrafos tem direito a execução dos débitos trabalhistas via precatório, por ser entidade que presta serviço público*. 4. Ante os precedentes do Plenário e ressalvando o entendimento pessoal, conheço do recurso e o provejo para, reformando o acórdão impugnado, determinar que se proceda a execução mediante precatório. 5. Publique-se” (destacou-se).

Realmente, dispõe o art. 21, X, da Constituição Federal de 1988 que compete à União manter o serviço postal e o correio aéreo nacional, atribuindo-lhe, com exclusividade, a prestação de serviço público, próprio e direto. A União outorgou, por delegação, esse monopólio à ora embargante, Empresa de Correios e Telégrafos – ECT, empresa pública criada por lei, nos termos do Decreto-Lei nº 200/67, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, para a exploração e controle dos serviços postais em todo o território nacional (Decreto-Lei nº 509/69).

Assim sendo, os bens da reclamada embargante, que estão afetos ao serviço público, sujeitam-se ao regime jurídico dos bens públicos de uso especial.

Segundo ensina Maria Sylvania Zanella Di Pietro (in *Direito Administrativa*, ed. Atlas, 5. ed.), com fundamento no disposto no art. 66, II, do Código Civil, são bens públicos de uso especial aqueles destinados ou afetos ao uso da administração, para a consecução de seus objetivos, isto é, destinados a fins públicos, do que resulta a sua indisponibilidade e, conseqüentemente, a sua impenhorabilidade, que perdurará enquanto não forem desafetados.

Afirma a festejada autora que “dentre as entidades da administração indireta, grande parte presta *serviços públicos*; desse modo, a mesma razão que levou o legislador a imprimir regime jurídico publicístico aos bens de uso especial, pertencentes à União, Estados e Municípios, tornando-os inalienáveis, imprescritíveis, insuscetíveis de usucapião e de direitos reais, justifica a adoção de idêntico regime para os bens de entidades da administração indireta afetados à realização de *serviços públicos*.” (fl. 344). Conclui que esse entendimento também é aplicável às entidades de direito privado, com relação a seus bens destinados à prestação de *serviços públicos*, por força da submissão da administração pública ao princípio da continuidade dos *serviços públicos*, que poderia vir a ser interrompido caso tais bens pudessem ser alienados ou penhorados, salientando que o serviço é considerado público precisamente porque atende às necessidades essenciais da coletividade. Daí a impossibilidade de sua paralisação e, conseqüentemente, a sua submissão ao regime jurídico publicístico.

De outra parte, no que diz respeito ao alcance da expressão “*que explorem atividade econômica...*”, contida no art. 173, § 1º, da Constituição Federal, preleciona José Afonso da Silva, *in* Curso de Direito Constitucional Positivo, 12ª Edição, Revista, 1996, págs. 732 e seguintes, que o tema da atuação do Estado no domínio econômico exige prévia distinção entre *serviços públicos, especialmente os de conteúdo econômico e social, e atividades econômicas*. Enquanto a *atividade econômica* se desenvolve no regime da livre iniciativa sob a orientação de administradores privados, *o serviço público*, dada sua natureza estatal, sujeita-se ao *regime jurídico do direito público*.

Conclui o eminente jurista que “a exploração dos *serviços públicos* por empresa estatal não se subordina às limitações do art. 173, que nada tem com eles, sendo certo que a empresa estatal prestadora daqueles e outros *serviços públicos* pode assumir formas diversas, não necessariamente sob o regime jurídico próprio das empresas privadas”, já que somente por lei e não pela via contratual os *serviços* são outorgados às estatais (CF, art. 37, XIX). Assim, *não se aplicam às empresas públicas, às sociedades de economia mista e a outras entidades estatais ou paraestatais que explorem serviços públicos* a restrição contida no art. 173, § 1º, da Constituição Federal, isto é, a submissão ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, nem a vedação do gozo de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado (CF, art. 173, § 2º).

Feitas tais considerações e atento à decisão do Supremo Tribunal Federal, tem-se que a execução contra a demandada só poderá ser efetivada por precatório, na forma dos artigos 730 e seguintes do CPC, em consonância com o artigo 100 da Constituição Federal, que estabelece a observância da ordem cronológica de apresentação dos precatórios judiciais e a conta dos respectivos créditos.

Nesse contexto, a decisão do Regional, que concluiu pela penhorabilidade dos bens da reclamada, sob o argumento de que não estaria ela sujeita ao regime do precatório estabelecido no art. 100 da Constituição Federal, incidiu em violação literal desse preceito constitucional, apta a viabilizar o conhecimento da revista interposta com fulcro na alínea *c* e § 2º do art. 896 da CLT.

JURISPRUDÊNCIA

Com estes fundamentos, CONHEÇO do recurso de revista por afronta ao artigo 100 da Constituição Federal.

II – MÉRITO

II.1 Execução – Empresa brasileira de correios e telégrafos

Como corolário do conhecimento do recurso de revista por violação do artigo 100 da Constituição Federal, no mérito, DOU-LHE PROVIMENTO para que seja observada, no caso, a execução por precatório.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento. No tocante ao recurso de revista, dele conhecer por violação do artigo 100 da Constituição Federal e, no mérito, dar-lhe provimento para que seja observada, no caso, a execução por precatório.

Brasília, 6 de novembro de 2002. *Milton de Moura França*, relator.

EXECUÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DÉBITOS TRABALHISTAS

EXECUÇÃO – CORREÇÃO MONETÁRIA DOS DÉBITOS TRABALHISTAS – INCIDÊNCIA DA TR (TAXA REFERENCIAL) ACUMULADA COM JUROS DE MORA

O entendimento de que a TR (Taxa Referencial), prevista no artigo 39 da Lei nº 8.177/91, constitui, na execução trabalhista, fator de correção monetária, e, não, taxa de juros, está conforme ao do Excelso Supremo Tribunal Federal, na ADIn nº 493/DF, que não declarou a inconstitucionalidade desse dispositivo legal. Vale ressaltar que, em 14/02/2001, foi publicada a Lei nº 10.192, confirmando, em seu artigo 15, a eficácia do artigo 39 da Lei nº 8.177/91, ao dispor que permanecem em vigor as disposições legais relativas à correção monetária de débitos trabalhistas.

Embargos não conhecidos.

(Processo nº TST-E-RR-607.025/99 – Ac. SBDI 1)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-607.025/99.0, em que é Embargante COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO – PÃO DE AÇÚCAR e Embargado DOMINGOS FRANCISCO MIRANDA.

A C. 4ª Turma, pelo acórdão de fls. 255/257, complementado às fls. 265/266, não conheceu do Recurso de Revista da Reclamada no pertinente à aventada incompatibilidade da incidência da TR e dos juros de mora. Afirmou não ocorrer violação ao ar-

JURISPRUDÊNCIA

tigo 192 da Constituição Federal porque a incidência dos juros de 1% (um por cento) ao mês, sem capitalização, resulta na alíquota anual de 12% (doze por cento).

Inconformada, a Reclamada interpõe Embargos à SBDI-1 (fls. 268/274). Alega ser irregular a aplicação da TR acumulada com juros de mora, capitalizados mês a mês, porquanto o § 3º do art. 39 da Lei nº 8.177/91 extinguiu a correção monetária, criando indexador apenas com relação aos juros que devem ser aplicados, sem a incidência de juros sobre juros. Aponta violação aos artigos 896, § 2º, da CLT, 5º, inciso II, 22, inciso I, 49, inciso IX e 192, § 3º, da Constituição Federal.

Impugnação apresentada às fls. 276/278.

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do artigo 113 do Regimento Interno do Eg. Tribunal Superior do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

Tempestivos (fl. 267) e subscritos por advogado regularmente habilitado (fls. 251/253), os Embargos preenchem os requisitos extrínsecos de admissibilidade.

I – EXECUÇÃO TRABALHISTA – CORREÇÃO MONETÁRIA DOS DÉBITOS TRABALHISTAS – INCIDÊNCIA DA TR (TAXA REFERENCIAL) ACUMULADA COM JUROS DE MORA

a) Conhecimento

A C. 4ª Turma, pelo acórdão de fls. 255/257, complementado às fls. 265/266, não conheceu do Recurso de Revista da Reclamada no pertinente à aventada incompatibilidade da incidência da TR e dos juros de mora. Afirmou não ocorrer violação ao artigo 192 da Constituição Federal porque a incidência dos juros de 1% (um por cento) ao mês, sem capitalização, resulta na alíquota anual de 12% (doze por cento). Decidiu:

“De fato é omissis o Acórdão no que se refere à inconstitucionalidade da Lei nº 8.177/91, no cotejo com o art. 192 da Constituição Federal.

Pede vênha, no entanto, este juízo para adotar como razões de decidir o douto acórdão recorrido, que afastou a pretensa inconstitucionalidade com rara acuidade: ‘Demonstrada que a TR/TRD é atualizador monetário do débito trabalhista, nenhuma discussão subsiste ao fato de que, ao longo de três décadas, os juros de mora, capitalizados – Decreto-lei nº 2.322/87 -, ou não – Lei nº 8.177/91, vêm sendo aplicados sobre o débito corrigido.

A própria Lei nº 8.177/91, ora combatida, assim estatui, ao determinar que sobre o débito, após a incidência dos juros mencionados no ‘caput’ do artigo 39, se faça incidir os juros de 1% ao mês, sem capitalização (art. 39, § 1º).

JURISPRUDÊNCIA

Não se diga, tampouco, que há infringência do art. 192, da Constituição Federal. Ao par da declaração de que o diploma não é auto-aplicável, verifica-se que a incidência dos juros de 1% (um por cento) ao mês, sem capitalização, resulta na alíquota anual de 12% (doze por cento)' (fls. 234).

No que concerne à ocorrência de juros sobre juros, a decisão do Regional foi incisiva ao negá-la, salientando textualmente que 'não logrou a Agravante demonstrar a prática dos juros capitalizados, sendo inespecífica e omissa quanto à indicação de datas e índices. O exame do cálculo não revela qualquer defeito nestes aspectos.' (fls. 234).

De resto, arrematou a decisão recorrida, com a percuciência jurídica que ilustra o Regional de origem, que 'esvazia-se, por conseqüência, a argumentação de violação ao art. 4º do Decreto nº 22.226/33 (Lei de Usura), primeiro porque os institutos são diferentes e, segundo, porque os juros aplicados, no presente caso, não ultrapassou o limite fixado no art.192 da Constituição Federal' (fls. 234).

Do exposto, acolho os embargos para prestar os esclarecimentos na forma da fundamentação, sem efeito modificativo no julgado." (fls. 265/266)

Inconformada, a Reclamada interpõe Embargos a SBDI-1 (fls. 268/274). Alega ser irregular a aplicação da TR acumulada com juros de mora, capitalizados mês a mês, porquanto o § 3º do art. 39 da Lei nº 8.177/91 extinguiu a correção monetária, criando indexador apenas com relação aos juros que devem ser aplicados, sem a incidência de juros sobre juros. Aponta violação aos artigos 896, § 2º, da CLT, 5º, inciso II, 22, inciso I, 49, inciso IX e 192, § 3º, da Constituição Federal.

O Ilustríssimo Ministro Rider de Brito, nos autos do Processo nº TST-ERR-597.072/1999, proferiu voto em acórdão publicado no DJ de 14/12/2001, onde, com precisão, aprecia o tema e consubstancia a orientação da Seção de Dissídios Individuais, nestes termos:

"Tratando-se de Recurso de Revista em execução, a sua admissibilidade e conhecimento depende de demonstração de ofensa direta a dispositivo da Constituição, nos termos do Enunciado 266/TST e do § 2º do art. 896 da CLT.

Todavia, na hipótese dos autos não se verifica ofensa aos arts. 5º, incisos II, XXXVI, e 192, § 3º, da CF/88.

A correção monetária dos débitos trabalhistas, necessária à recomposição do poder aquisitivo do valor do débito, tem plena eficácia. O uso da TRD (Taxa Referencial Diária) como fator de correção monetária não constitui inconstitucionalidade.

Não se pode confundir a TRD, fator de correção monetária, com taxa de juros compensatórios. A correção monetária não constitui pena, e, sim, atualização da moeda, já os juros representam penalidade imposta à mora do devedor, devendo ambos incidir sobre os débitos trabalhistas. O art. 192, § 3º, da CF/88, que o Reclamado indica como violado, refere-se à taxa de juros, para

JURISPRUDÊNCIA

fins de concessão de créditos, no limite de 12% ao ano, e a Taxa Referencial Diária é utilizada para a correção de débitos de natureza alimentar.

O texto do § 3º do art. 192 da CF/88, é o seguinte:

‘As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.’

O art. 39, *caput*, e §§ 1º e 2º da Lei nº 8.177, publicada em 04 de março de 1991, por outro lado, estabelece o seguinte, *verbis*:

Art. 39 – ‘Os débitos trabalhistas de qualquer natureza, quando não satisfeitos pelo empregador nas épocas próprias assim definidas em lei, acordo ou convenção coletiva, sentença normativa ou cláusula contratual sofrerão juros de mora equivalentes à TRD acumulada no período compreendido entre a data de vencimento da obrigação e o seu efetivo pagamento.

§ 1º Aos débitos trabalhistas constantes de condenação pela Justiça do Trabalho ou decorrentes dos acordos feitos em reclamatória trabalhista, quando não cumpridos nas condições homologadas ou constantes do termo de conciliação, serão acrescidos, nos juros de mora previstos no *caput*, juros de um por cento ao mês, contados do ajuizamento da reclamatória e aplicados *pro rata die*, ainda que não explicitados na sentença ou no termo de conciliação.

§ 2º – Na hipótese de a data de vencimento das obrigações de que trata este artigo ser anterior a 1º de fevereiro de 1991, os juros de mora serão calculados pela composição entre a variação acumulada do BTN Fiscal no período compreendido entre a data de vencimento da obrigação e 31 de janeiro de 1991, e a TRD acumulada entre 1º de fevereiro de 1991 e seu efetivo pagamento.’

Com efeito, o legislador não utilizou a expressão correção monetária, adotando, impropriamente, a terminologia ‘juros de mora’, que equivale, na verdade, à TRD acumulada no período como fator de reconstrução do poder aquisitivo do valor do débito trabalhista.

Não se trata de juros sobre juros como afirma o Reclamado. O juro de mora equivalente à TRD acumulada, mencionado no *caput* do art. 39, representa a recomposição do poder aquisitivo da moeda. O § 1º do art. 39, da Lei nº 8.177/91 fala de juros moratórios propriamente ditos, à razão de 1% (um por cento) ao mês, e também da TRD, como fator de correção monetária. A referida lei instituiu novos critérios de atualização monetária, substituindo a BTN, fator de correção monetária, até então utilizado, pela TRD, mas não extinguiu a correção monetária.

Partir do princípio de que o legislador suprimiu a correção monetária dos débitos trabalhistas, no contexto inflacionário em que vivemos, permitindo

JURISPRUDÊNCIA

apenas a incidência de juros moratórios, é, no mínimo, insensato. Tal entendimento é que acarretaria ofensa à Constituição.

Todavia, em 28 de maio de 1993, a Lei nº 8.660 extinguiu a Taxa Referencial Diária (TRD), ao consignar no seu art. 2º, o seguinte:

Art. 2º – ‘Fica extinta, a partir de 1º de maio de 1993, a Taxa Referencial Diária (TRD) de que trata o art. 2º da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991.

Parágrafo único – Exclusivamente para os fins previstos no art. 4º, o Banco Central do Brasil divulgará taxas diárias para o mês de maio de 1993, cujo valor corresponderá a distribuição *pro rata die* da Taxa Referencial (TR) do dia primeiro daquele mês.’ Diz o art. 4º, *verbis*: Art. 4º – Os negócios jurídicos realizados anteriormente a 1º de maio de 1993 e que tenham remuneração calculada com base na Taxa Referencial Diária (TRD), remunera-se da seguinte forma:

I – até o dia 3 de maio de 1993, pela acumulação das Taxas Referenciais Diárias (TRD) relativas aos dias do mês anterior;

II – a partir do dia 3 de maio de 1993, inclusive, até o dia do respectivo vencimento ou data-base da obrigação neste mês, conforme o caso, pela acumulação das taxas diárias divulgadas de acordo com as disposições do parágrafo único do art. 2º;

III – a partir da data-base do mês de maio de 1993, pela Taxa Referencial (TR), divulgada nos termos desta lei, para aquela data.’ (grifou-se)

O art. 2º da Lei nº 8.660/93 não deixa dúvidas quanto à extinção da Taxa Referencial Diária (TRD) e a substituição deste fator de correção monetária pela Taxa Referencial (TR), nos termos do inciso III, do art. 4º, a partir da data-base do mês de maio de 1993.

Então, indaga-se: teria desaparecido a atualização dos débitos trabalhistas com base na TRD a que aludia o art. 39, da Lei nº 8.177/91?

Suponhamos que o mundo jurídico estivesse em dúvida quanto a isto. Porque se desaparecia a TRD, então poder-se-ia entender que não subsistia o art. 39 da Lei nº 8.177/91. Esta dúvida, se porventura existisse, teria sido resolvida, definitivamente, com a edição da Lei nº 10.192, publicada, recentemente, em 14 de fevereiro de 2001, cujo art. 15 dispõe:

Art. 15 – ‘Permanecem em vigor as disposições legais relativas à correção monetária de débitos trabalhistas, de débitos resultantes de decisão judicial, de débitos relativos a ressarcimento em virtude de inadimplemento de obrigações contratuais e do passivo de empresas e instituições sob os regimes de concordata, falência, intervenção e liquidação extrajudicial.’ (grifou-se)

Ora, se se entendia que o art. 39 da Lei nº 8.177/91 fora revogado, o artigo 15 da Lei nº 10.192/2001 tê-lo-ia ripristinado, afinal, o único dispositivo legal que trata da correção monetária, para fins de débitos trabalhistas, que se tem

notícia, é o art. 39 da Lei nº 8.177/91, que teve revigorados os seus efeitos com a publicação da Lei nº 10.192/2001.

Não há qualquer decisão do STF declarando a inconstitucionalidade do art. 39 da Lei nº 8.177/91, ou qualquer inconstitucionalidade na utilização da Taxa Referencial Diária como fator de correção monetária dos débitos trabalhistas.

A ADIN nº 493/DF, em que foi Relator o Ministro Moreira Alves, publicada no Diário da Justiça de 04.09.92, não declarou a inconstitucionalidade do art. 39 da Lei nº 8.177/91, mas apenas dos arts. 18, *caput* e parágrafos 1º e 4º, 20, 21 e parágrafo único, 23 e parágrafos, 24 e parágrafos, todos da Lei nº 8.177/91, dispositivos que diziam respeito à atualização dos débitos junto ao Sistema Financeiro da Habitação, subsistindo, portanto, o art. 39, § 1º da referida norma. Na verdade, o Supremo Tribunal Federal entendeu inaplicável a TR aos contratos de mútuo do Sistema Financeiro de Habitação.

Há precedentes desta Corte neste sentido: EXECUÇÃO TRABALHISTA – CORREÇÃO MONETÁRIA – JUROS – LEI Nº 8.117/91 – CONSTITUCIONALIDADE.

A aplicação da TR para correção monetária dos débitos trabalhistas não se afigura inconstitucional, pois o limite máximo de 12% fixado na Constituição da República refere-se a juros para ‘concessão de crédito’ e não para ‘correção de débitos de natureza alimentar’. Consoante o artigo 39 da Lei nº 8.177/91, a TR constitui, na execução trabalhista, mero fator de correção monetária e não taxa de juros, motivo pelo qual não se encontra adstrita ao limite constitucional. Recurso de Revista de que não se conhece.’ (RR-509.633/98, 1ª Turma, DJ 26.10.2001, Rel. Min. João Oreste Dalazen)

Neste mesmo sentido são os precedentes: RR-655.091/2000, 1ª Turma, DJ – 17.08.2001, Rel. Min. João Oreste Dalazen; RR-529.559/99, 1ª Turma, DJ 13.10.2000, Rel. Min. João Oreste Dalazen; RR-597.072/99, 2ª Turma, DJ – 27.04.2001, Rel. Juiz Convocado Aloysio Corrêa da Veiga.

Há também julgados desta Corte que interpretam o art. 39 da Lei nº 8.177/91, mas apenas no que diz respeito à capitalização de juros, e não em relação à aplicação da TRD como fator de correção monetária dos débitos trabalhistas (E-RR-316.261/96, Min. Vantuil Abdala; E-RR-119.502/94, Min. C. Alberto; RR-223.938/95, Min. Luciano de Castilho).

A Turma decidiu corretamente ao concluir que os art. 5º, incisos II, XXXVI, e 192, § 3º, da CF/88, não foram ofendidos na sua literalidade, na forma do Enunciado 266/TST e do § 2º do art. 896 da CLT.

A matéria está prevista em norma infraconstitucional, não se configurando a violação direta dos dispositivos constitucionais. Ademais, e como mencionado, há preceito de lei estabelecendo a correção monetária dos débitos trabalhistas, e o próprio § 1º, do art. 39, da Lei nº 8.177/91, dispõe que os juros de mora e correção monetária incidirão nos débitos trabalhistas constantes de con-

denação pela Justiça do Trabalho, ainda que não explicitados na sentença. Ileso, por conseguinte, o art. 5º, II e XXXVI, da CF/88.

NÃO CONHEÇO.”

Pelas mesmas razões expostas no douto voto transcrito, não ocorre, na espécie, violação aos artigos 5º, inciso II e 192, § 3º, da Constituição Federal. Igualmente, não há falar em desrespeito à competência legislativa da União, pelo que incólumes os artigos 22, inciso I, e 49, inciso XI, da Carta Magna.

Ausente ofensa ao artigo 896, § 2º, da CLT, não comportam conhecimento os presentes Embargos.

Não conheço.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer dos Embargos.

Brasília, 04 de novembro de 2002. *Maria Cristina Irigoyen Peduzzi*, ministra relatora.

HORAS EXTRAS. FATO EXTRAORDINÁRIO. ÔNUS DA PROVA

HORAS EXTRAS – FATO EXTRAORDINÁRIO – ÔNUS DA PROVA – ARTIGO 818 DA CLT.

Não há que se falar em violação literal do artigo 818 da CLT. O Regional decidiu a lide sob o fundamento de que a reclamada, ao trazer aos autos controle de jornada que retratam “frequência robótica”, ou seja, horários invariáveis até mesmo de segundos, durante todo o período do contrato, atraiu para si o ônus de evidenciar a existência desse fato extraordinário. Nesse contexto, em que a realidade dos controles de jornada apresentam circunstâncias de entrada e saída do trabalho de forma invariável, em manifesta discrepância com a falibilidade humana, nada mais razoável que o ônus da prova seja de quem alega, pois, como ensina Malatesta, o normal se presume, enquanto que o extraordinário exige prova cabal de sua ocorrência. Intacto, pois, o artigo 818 da CLT.

Agravo de instrumento não provido.

(Processo nº TST-AIRR-766.513/01 – Ac. 4ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-766.513/01.5, em que é agravante NOVADUTRA LTDA. e agravado MARCO ANTÔNIO BATISTA CAMARGO.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela reclamada contra o despacho de fl. 11, que denegou seguimento ao seu recurso de revista, por entender que a matéria

JURISPRUDÊNCIA

em debate, horas extras, está assente no conjunto fático-probatório, a atrair o Enunciado nº 126 do TST.

Em suas razões (fls. 2/10), sustenta que inexistem diferenças salariais e reitera a violação dos arts. 818 da CLT, além de colacionar arestos para confronto.

Sem contraminuta, conforme certidão de fl. 69.

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho.

Relatados.

VOTO

O agravo de instrumento é tempestivo (fls. 2 e 11v.) e está subscrito por advogado habilitado nos autos (fls. 21/22/23).

O Tribunal Regional, pelo acórdão de fls. 56/58, manteve a condenação da reclamada ao pagamento de horas extras, sob o fundamento de que a prova documental, ao revelar uma frequência “robótica”, autorizou-lhe a inverter o ônus da prova.

Instado via declaratórios para se pronunciar acerca de comprovantes de pagamentos, o Regional consignou que as provas documental e testemunhal, foram examinadas, e que o entendimento da Turma era o de manutenção da condenação às horas extras e diferenças de vale-transporte (fls. 63/65).

Em seu recurso de revista de fls. 12/20, a reclamada alega que pagou as horas extras, conforme recibos de pagamento, e que o reclamante não se desincumbiu do ônus da prova. Aponta violação do artigo 818 da CLT e colaciona arestos para cotejo de teses.

Merece ser mantido o r. despacho denegatório.

Consta da decisão do Regional, à fl. 57, que:

“Com efeito, quanto a confissão do reclamante está expresso no *decisum* (fls. 137), porém também confirma seus argumentos quanto a manipulação de controles de frequência (fls. 124), mormente quando os documentos citados apresentam uma frequência robótica, com exatidão de tal ordem que nem um segundo apenas, durante todo o período indicado, [...] ariu (sic) a recorrente em sua jornada de trabalho, pouco importando se assinalados pela obreira, a *tutela gerenda* e a *res gerenda pertintem* ao empregador”.

Nesse passo, autoriza-se a inversão do ônus probante, do qua não se desincumbiu a recorrida, eis que ao apresentar extraordinária circunstância (controle de frequência britânicos), divorciada da álea humana cotidiana, atraiu para si a prova de tal fato, considerando-se que o ordinário se presume”.

Por seu turno, o acórdão embargado, relativamente às horas extras, consignou que:

“Ao contrário do que afirma a Embargante, foram examinadas as provas documental e testemunhal, entendendo a Egrégia Turma pela manutenção da condenação da Ré no concernente as horas extraordinárias...” (fls. 64).

JURISPRUDÊNCIA

Não há que se falar em violação literal do artigo 818 da CLT.

Com efeito, o Regional decidiu a lide sob o fundamento de que a reclamada, ao trazer aos autos controle de jornada que retratam “frequência robótica”, ou seja, horários invariáveis até mesmo de segundos, durante todo o período do contrato, atrai para si o ônus de evidenciar a existência desse fato extraordinário.

Realmente, nesse contexto, em que a realidade dos controles de jornada apresenta circunstâncias de entrada e saída do trabalho de forma invariável, em manifestada discrepância da falibilidade humana, nada mais razoável que o ônus da prova seja de quem alega, pois, como ensina Malatesta, o normal se presume, enquanto que o extraordinário exige prova cabal de sua ocorrência.

Intacto, pois, o artigo 818 da CLT.

Com estes fundamentos, NEGO PROVIMENTO ao agravo de instrumento.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento.

Brasília, 9 de outubro de 2002. *Milton de Moura França*, relator.

HORAS EXTRAS. TURNOS ININTERRUPTOS

HORAS EXTRAS. TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. JORNADA. FLEXIBILIZAÇÃO.

1. *A flexibilização da jornada normal de seis horas para os empregados que laboram em turnos ininterruptos de revezamento não exime o empregador do pagamento de horas extras excedentes da sexta, acaso exigidas e trabalhadas. Desarrazoado supor que a Constituição Federal garantiu a jornada especial e reduzida de seis horas e, paralelamente, permitiu aos interlocutores sociais, ainda que mediante negociação coletiva, frustrarem os fundamentos sociais, biológicos e econômicos que a ditaram, mediante estipulação de jornada normal superior, sem qualquer contrapartida ao empregado.*

2. *Inválida cláusula de convenção coletiva de trabalho que delega a empregado e empregador a negociação direta e individual da jornada de labor em turnos ininterruptos de revezamento.*

3. *Recurso de revista do Reclamante conhecido e provido para acrescer à condenação horas extras após a sexta.*

(Processo nº TST-AIRR-708.055/2000 – Ac. 1ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-AIRR e RR-708.055/00.5, em que é Agravante e Recorrida BELGO-MINEIRA BEKAERT TREFILARIAS S.A. e Agravado e Recorrente ELECI PINTO.

JURISPRUDÊNCIA

Irresignando-se com o v. acórdão proferido pelo Eg. Terceiro Regional (fls. 376/386), interpuseram recurso de revista o Reclamante (fls. 403/417) e a Reclamada (fls. 418/449).

O Eg. Tribunal *a quo* deu provimento parcial aos recursos ordinários interpostos por ambas as partes: ao da Reclamada para determinar que o índice de correção monetária a ser observado seja após o quinto dia útil do mês seguinte ao da competência, e do Reclamante para acrescer à condenação, como hora extra, o pagamento dos minutos que antecedem e sucedem à jornada laboral, a partir do primeiro minuto, quando o tempo gasto na marcação do ponto for superior a cinco minutos, nos termos do Precedente nº 23 da SBDI-1 do Eg. TST.

Interpostos embargos declaratórios pelo Reclamante (fls. 388/390) e pela Reclamada (fls. 391/393), o Eg. Regional deu-lhes parcial provimento apenas para suplementar a fundamentação no tocante ao item turnos ininterruptos de revezamento (fls. 396/401).

Ainda inconformado, o Reclamante interpõe recurso de revista pretendendo a reforma do v. acórdão regional quanto aos seguintes aspectos: horas extras — turnos ininterruptos de revezamento — vigência e extensão de convenção coletiva; divisor de 180 horas/mês; adicional de horas extras; abono de férias; incentivo à aposentadoria; lanches; indenização por perdas e danos. Alega violação aos artigos 7º, incisos VI, XIV e XXVI, da Constituição Federal, 444, 614, § 3º, da CLT, 3º da LICC, 159, 1056, 1518 do Código Civil, contrariedade às Súmulas 124, 264, 277 deste C. TST, além de colacionar arestos para confronto.

Também a Reclamada interpôs recurso de revista argüindo preliminar de nulidade do v. acórdão regional, por julgamento *ultra e extra petita*, com ofensa aos artigos 5º, incisos II, XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal, 128 e 460 do CPC. Quanto ao mérito, insurge-se contra a condenação ao pagamento dos minutos residuais para marcação do ponto como extras, integração ao salário do abono constitucional e hora noturna. Alega violação aos artigos 5º, inciso II, 7º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, 611 da CLT e transcreve julgados para o embate de teses.

A Presidência do Eg. Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região admitiu o recurso de revista do Reclamante e denegou seguimento ao apelo da Reclamada (fls. 452/454).

Inconformando-se com esta última decisão, a Reclamada interpõe agravo de instrumento (fls. 462/465). Sustenta, em síntese, que o recurso de revista é admissível, por violação a dispositivo de lei e da Constituição Federal, bem como por divergência jurisprudencial.

Contraminuta não apresentada.

A Reclamada apresentou contra-razões (fls. 456/461).

É o relatório.

A) AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA

Conhecimento

Satisfeitos os pressupostos comuns de admissibilidade, *conheço do agravo* de instrumento.

Mérito do recurso

O Eg. Tribunal *a quo* deu provimento parcial aos recursos ordinários interpostos por ambas as partes: ao da Reclamada para determinar que o índice de correção monetária a ser observado seja aplicado após o quinto dia útil do mês seguinte ao da competência; e ao do Reclamante para acrescer à condenação, como hora extra, o pagamento dos minutos que antecedem e sucedem à jornada laboral, a partir do primeiro minuto, quando o tempo gasto na marcação do ponto for superior a cinco minutos, nos termos do Precedente nº 23 da SBDI-1 do Eg. TST.

Interpostos embargos declaratórios pelo Reclamante (fls. 388/390) e pela Reclamada (fls. 391/393), o Eg. Regional deu-lhes parcial provimento apenas para suplementar a fundamentação no tocante ao item turnos ininterruptos de revezamento (fls. 396/401).

Ainda inconformada, a Reclamada interpôs recurso de revista arguindo preliminar de nulidade do v. acórdão regional, por julgamento *ultra e extra petita*, com ofensa aos artigos 5º, incisos II, XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal, 128 e 460 do CPC. Quanto ao mérito, insurge-se contra a condenação ao pagamento dos minutos residuais para marcação do ponto como extras, integração ao salário do abono constitucional e hora noturna. Alega violação aos artigos 5º, inciso II, 7º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, 611 da CLT e transcreve julgados para o embate de teses.

Denegado seguimento ao recurso de revista, a Reclamada interpõe agravo de instrumento.

Todavia, o recurso de revista não enseja admissibilidade em nenhum dos aspectos nele enfocados.

No tocante à preliminar de nulidade por julgamento *ultra/extra petita*, verifica-se que o Eg. Regional não violou os artigos 128 e 460 do CPC, tampouco o artigo 5º, incisos II, XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal quando manteve a condenação em horas extras, determinando a aplicação das orientações contidas nas Súmulas 264 e 347 do C. TST; nada mais fez que adequar o pedido à condenação.

Com efeito, existindo requerimento expresso de pagamento de horas extras (fl. 10), o fato de o acórdão, regulando matéria, determinar a aplicação das referidas Súmulas 264 e 347 do C. TST, não configura julgamento fora ou além do pedido, mas apenas adequação do pedido aos fundamentos jurídicos e jurisprudenciais aplicáveis à espécie. Também não demonstrada divergência jurisprudencial, visto que os arestos de fls. 420/423 partem da premissa, não admitida na presente hipótese, de existência de julgamento *extra* ou *ultra petita*.

JURISPRUDÊNCIA

O segundo tópico abordado no recurso de revista também não viabiliza a admissibilidade do referido apelo, porquanto o Eg. Regional, quando manteve a condenação ao pagamento, como extras, dos minutos que antecedem e sucedem o início da jornada diária de trabalho, decidiu em sintonia com a Orientação Jurisprudencial nº 23 da Eg. SBDI-1 deste C. TST.

Incide, portanto, a regra contida no artigo 896, § 4º e 5º, da CLT e na Súmula 333 deste C. TST.

O terceiro aspecto diz respeito à integração do abono constitucional na base de cálculo das demais parcelas objeto da condenação e também não viabiliza o recurso de revista.

Com efeito. O Tribunal *a quo* afirmou que “*a parcela abono jornada constitucional era paga de forma habitual, o que pode ser comprovado pelos recibos de pagamento de fls. 170/191*”, razão pela qual manteve a determinação de integração do referido abono ao salário, nos termos do artigo 457, § 1º, da CLT. (fls. 381/382).

Impende ressaltar ainda que o Eg. Regional, no acórdão proferido nos embargos declaratórios, consignou que “*os instrumentos coletivos invocados pela Reclamada sequer dispõem sobre a parcela abono jornada constitucional*” (fl. 400).

Diante de tais assertivas fáticas, inadmissível o recurso de revista no particular, tendo em vista a restrição contida na Súmula 126 deste C. TST, o que impossibilita o exame das pretensas violações aos artigos 5º, inciso II, 7º, inciso XXXVI, da Constituição Federal e 611 da CLT. Da mesma forma, prejudicada a análise dos arestos colacionados às fls. 436/442, porque não abordam as mesmas peculiaridades da tese regional. Incide também a Súmula 296 deste C. TST.

Por fim, improsperável o recurso de revista no tocante ao tema horas extras – hora noturna reduzida, visto que o Eg. Regional, quando manteve a sentença no tocante ao não reconhecimento do trabalho em turnos ininterruptos de revezamento, afastou ainda a alegada ofensa ao artigo 73 da CLT ao afirmar:

“Inicialmente, esclareço que não foi reconhecido o labor em turnos de revezamento.

Ainda que assim não fosse, saliento que o trabalho em regime de turnos não afeta o direito do empregado à redução da hora noturna, tendo em vista que não há qualquer incompatibilidade entre o trabalho em turnos e os artigos da CLT que dispõem sobre a matéria.

Frise-se ainda que a redução ficta da hora noturna foi recepcionada pela Constituição da República de 1988.

O fato da Reclamada pagar a hora noturna de forma majorada, não implica que tal percentual tenha por escopo remunerar a não observância da hora noturna reduzida, tendo em vista que o percentual de 20% previsto no artigo 73, *caput*, pago sobre a hora noturna, não obsta o reconhecimento da hora noturna reduzida prevista no § 1º.

JURISPRUDÊNCIA

Dessa forma, ainda que o Reclamante recebesse por hora laborada, entendendo que, nos termos do artigo 73, §§ 1º e 2º, tem direito à redução da hora noturna, devendo esta ser de 52 minutos e trinta segundos...” (fl. 380).

De outro lado, também não caracterizada divergência válida, pois enquanto os julgados trazidos às fls. 444/447 não indicam sua fonte de publicação, o aresto de fls. 443/444 é proveniente do mesmo Tribunal prolator da decisão recorrida, sem atender às exigências do artigo 896, alínea a, da CLT e da Súmula 337 deste C. TST.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo de instrumento da Reclamada.

B) RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE

1 Conhecimento

Satisfeitos os pressupostos comuns de admissibilidade, examino os específicos do recurso de revista.

1.1 Turnos ininterruptos. Jornada. Flexibilização

A Eg. Corte Regional manteve a sentença que rejeitou o pedido de horas extras após a sexta em razão de trabalho em turnos ininterruptos de revezamento, ao fundamento de que a Convenção Coletiva de Trabalho dispôs que a jornada estabelecida no inciso XIV do artigo 7º da Constituição Federal seria negociada diretamente com as empresas e, no caso, embora o Reclamante laborasse em três turnos, avençou-se a jornada normal em quarenta e quatro horas semanais. Concluiu, assim, o v. acórdão regional que *‘não há como reconhecer que o Reclamante tivesse sujeito à jornada de seis horas diárias, visto que os instrumentos normativos devem ser cumpridos estritamente como foram propostos’* (fl. 383).

Instado a novo pronunciamento sobre a matéria, mediante a interposição de embargos declaratórios, o Eg. Regional explicitou:

“...Ao analisar o v. acórdão constato que esse apreciou com adequação a questão relativa a horas extras pelo labor em turnos ininterruptos de revezamento, demonstrando todas as razões que autorizam serem indevidas as horas extras pleiteadas (fl. 389).

Frise-se que restou claro no v. acórdão que a jornada foi fixada pelo Conselho de Representantes dos Empregados, conforme Ata de Reunião realizada, fls. 238/240 e previsto na CCT de fls. 235/237, em sua cláusula 34ª.

Saliente-se que por meio da Ata de Reunião do CSBM, em obediência ao disposto na CCT/88, cláusula 34ª (fl. 236), ficou acordado que a jornada dos trabalhadores que laboram em três turmas seria de 07:00 às 15:00; das 23:00 às 07:00 e das 15:00 às 23:00, jornada ao qual o Autor aderiu (fls. 238/241).

A questão de validade da CCT por não ter sido juntada em sua completude restou apreciada pela Mm. Junta *a quo*, em decisão de embargos de declara-

JURISPRUDÊNCIA

ção, f. 329, mantido pelo v. acórdão, vez que mantida a r. sentença, com o reconhecimento da aludida CCT e das Atas de Reunião do CSBM.

No que diz respeito às CCTs posteriores terem disposto no sentido de que é proibida a compensação para os empregados em regime de turno ininterrupto de revezamento, tal fato não implica reconhecer que os empregados que laborem em Turmas estejam sujeitos à jornada de seis horas.

Esclareço que os referidos instrumentos não fixam uma nova jornada para os empregados que laboram em Turmas, donde se conclui que restou mantida a jornada pactuada na CCT/88, não havendo que se falar em prescrição do instrumento normativo” (fl. 398).

Nas razões do recurso de revista, o Reclamante alega violação aos artigos 7º, incisos XIV e XXVI, da Constituição Federal, 614, § 3º, da CLT e 373, inciso IX, do CPC, contrariedade a Súmula 277 deste C. TST, além de colacionar arestos para confronto jurisprudencial.

O julgado de fl. 405 adota tese divergente quando adota entendimento no sentido de que as normas de acordo ou convenções coletivas têm prazo de vigência predeterminado, não podendo tais normas serem impostas mesmo após seu prazo de vigência.

Conheço do recurso de revista, neste aspecto, por divergência jurisprudencial.

1.2 Horas extras. Divisor

Alega o Reclamante que, uma vez reconhecido o trabalho em turnos ininterruptos de revezamento, deve ser adotado o divisor 180 para os cálculos das horas extras e adicional noturno, sob pena de violação aos artigos 7º, inciso VI, da Constituição Federal, 65 da CLT e contrariedade à Súmula 124 deste C. TST. Transcreve ainda aresto para confronto.

O aresto colacionado à fl. 408 adota tese divergente do v. acórdão regional quando considera que o trabalho de quem labora além da jornada diária de seis horas terá como divisor 180 e não 220.

Conheço do recurso de revista, por divergência válida.

1.3 Adicional de horas extras

Pretende o Reclamante a reforma do v. acórdão regional no tocante ao adicional de horas extras, fixado em 50%, sob o argumento, devidamente comprovado nos autos, de que a Reclamada pagava as horas extras com o adicional de 60%, o mesmo das Convenções Coletivas de Trabalho. Alega violação ao artigo 71, § 4º, da CLT, contrariedade à Súmula 264 deste C. TST e colaciona aresto.

O recurso de revista, entretanto, não alça conhecimento neste aspecto, visto que o Tribunal *a quo*, no acórdão proferido nos embargos declaratórios, esclareceu que “*em relação às horas extras deferidas pelos minutos excedentes à jornada o acréscimo*

é de acordo com aqueles previstos nos instrumentos normativos. Já com relação ao intervalo intrajornada o adicional é de 50% sobre a hora normal, consoante o parágrafo 4º do artigo 71 da CLT”.

Diante de tal equacionamento, não demonstrada afronta ao artigo 71, § 4º, da CLT, contrariedade à Súmula 264 deste C. TST ou divergência jurisprudencial, ante a razoabilidade da tese adotada pelo Eg. Regional, e porque a revisão dos aspectos relativos ao adicional de horas extras e se haveria previsão normativa a respeito do percentual a ser adotado para seu pagamento importaria no reexame de fatos e provas. Óbice da Súmula 126 deste C. TST.

Não conheço.

1.4 Abono de férias

O Tribunal *a quo* manteve o indeferimento do abono de férias, ao seguinte fundamento:

“É que as Convenções Coletivas de Trabalho anexadas aos autos, fls. 51/147, dispõem no sentido de que não há obrigatoriedade de se conceder a parcela abono de férias quando a empresa já concede abono ou gratificação de retorno de férias, fls. 51/147.

Ressalte-se que as fichas financeiras do Autor, fls. 165/191, indicam que este recebia o pagamento da referida gratificação, quando de seu retorno das férias, o que não foi objeto de impugnação por parte do Reclamante” (fl. 384).

Destarte, tal entendimento não contraria a orientação contida na Súmula 91 deste C. TST, tampouco diverge do julgado de fl. 411, porquanto não caracterizada a existência de salário complessivo.

Da mesma forma, não demonstrada violação ao artigo 485, inciso IX, do CPC, visto que o recurso de revista, por sua natureza de apelo extraordinário que se detém na análise de matéria de direito, não pode examinar questões relacionadas ao correto ou incorreto enquadramento dos fatos, em face da restrição contida na Súmula 126 deste C. TST.

Não conheço do recurso de revista, no particular.

1.5 Incentivo à aposentadoria

Insiste o Reclamante na afirmação de que faz jus ao pagamento da parcela “incentivo à aposentadoria”, sob o argumento de que à época da rescisão contratual a Reclamada pagava indistintamente a todos seus funcionários que estivessem aposentados o referido prêmio.

Alega que o v. acórdão regional, quando manteve o indeferimento da mencionada parcela, violou o artigo 444 da CLT, além contrariar a Súmula 51 deste C. TST. Sustenta ainda violação aos artigos 372 e 373 do CPC, visto que os documentos com-

probatórios do direito à parcela denominada incentivo à aposentadoria não teriam sido impugnados pela Reclamada.

O recurso de revista, contudo, não enseja conhecimento neste aspecto, pois o v. acórdão regional, quando manteve o indeferimento do referido benefício, afirmou que “o Reclamante, na peça de ingresso, ao formular tal pedido, item 11, fl. 08, sequer aponta fundamento de seu pleito, não havendo como se deferir tal parcela simplesmente porque percebida por outros empregados” (fl. 385).

Logo, não caracterizada violação aos dispositivos de lei apontados, tampouco contrariedade à invocada Súmula 51 deste C. TST.

Não conheço.

1.6 Lanches

o Eg. Regional manteve o indeferimento da parcela lanche, ao fundamento de que “*não foi reconhecido o labor em regime de turnos, tendo sido concedidos, como extra, os minutos que antecedem e sucedem a jornada laboral, trinta minutos pela não concessão do intervalo intrajornada e horas extras pela não observância da hora noturna reduzida*” (fl. 384).

Nas razões de recurso de revista, o Reclamante alega que o v. acórdão regional teria incorrido em erro de fato, quando indeferiu a condenação em horas extras pelo trabalho em turnos ininterruptos de revezamento, visto que, comprovadamente, laborou acima do limite permitido. Sustenta violação ao artigo 485, inciso IX, do CPC e colaciona arestos.

O recurso de revista, entretanto, não ultrapassa a barreira do conhecimento neste item, pois além do dispositivo invocado não guardar pertinência com o apelo de natureza extraordinária, o julgado transcrito às fls. 414/415 é totalmente inespecífico quando trata da hipótese de erro *in procedendo*, e o de fl. 415 é inservível por ser proveniente do E. STF.

Não conheço do recurso de revista neste item.

1.7 Indenização por perdas e danos

Pretende, por fim, o Reclamante a condenação da Reclamada ao pagamento de indenização por perdas e danos, sob o argumento de que estaria recebendo a menos sua aposentadoria junto ao INSS, em razão de a Reclamada haver informado a menos seus rendimentos. Alega violação aos artigos 3º da LICC e 1.056 do Código Civil, além de colacionar arestos.

Sucede que o v. acórdão regional, ao reputar indevida a indenização pleiteada, asseverou que o Reclamante não demonstrou fazer jus à aposentadoria especial por trabalho desenvolvido em condições insalubres uma vez que se aposentou por tempo de serviço. Logo, segundo concluiu o Eg. Regional, não poderia ser imputada à Reclamada condenação ao pagamento por perdas e danos, em virtude da não inclusão nos

cálculos da aposentadoria de parcelas controversas referentes às horas extras e adicional de insalubridade.

Por conseguinte, não caracterizada violação aos dispositivos de lei invocados, tampouco divergência jurisprudencial válida.

Ante o exposto, *não conheço* do recurso de revista, no particular.

1 MÉRITO DO RECURSO

2.1 Turnos ininterruptos de revezamento. Jornada. Flexibilização. Negociação coletiva. Divisor

Como visto, a controvérsia entre as partes, no particular, consiste em saber se é válida a estipulação, em convenção coletiva de trabalho, de jornada normal de quarenta e quatro horas semanais para empregado submetido a turno ininterrupto de revezamento.

Na espécie, mais precisamente, o Eg. Regional acentuou que, conforme cláusula de CCT, ajustou-se que a jornada de labor a que se refere o art. 7º, inc. XIV, da Constituição Federal, seria “negociada diretamente” com as empresas (fl. 236).

Entendo que a negociação coletiva, prevista no inc. XIV, do art. 7º, da Constituição Federal, apenas propicia a *flexibilização* da jornada *máxima* normal diária de *seis horas*, ou de trinta e seis horas semanais. Importa dizer que a locução “negociação coletiva” rende ensejo à adoção de um dos dois seguintes mecanismos de dilatação da jornada:

a) *ou* celebração de acordo coletivo para *prorrogação* da jornada, tornando, assim, *lícita* a adoção de uma jornada máxima diária de oito horas, sem retirar ao empregado o direito a duas horas extras diárias;

b) *ou* acordo coletivo de *compensação* de jornada, sem direito a horas suplementares, contanto que não excedida a jornada máxima semanal de trinta e seis horas.

Data venia, desarrazoado supor que a Constituição Federal garantiu a jornada especial e reduzida de seis horas e, paralelamente, permitiu aos interlocutores sociais, ainda que mediante negociação coletiva, frustrarem os fundamentos sociais, biológicos e econômicos que a ditaram, mediante estipulação de jornada normal superior, sem qualquer contrapartida ao empregado.

De sorte que, na hipótese vertente, a jornada de quarenta e quatro horas semanais avençada é absolutamente inconstitucional.

Impende realçar, ademais, que o espírito da Constituição Federal notoriamente é o de desestimular e refrear, tanto quanto possível, o sistema de revezamento porque sobremodo deletério ao empregado.

De modo que, a não se interpretar assim a norma constitucional, forçoso convir que o fim protetivo a que tem em mira raramente seria alcançado, uma vez que as

JURISPRUDÊNCIA

situações de elisão à incidência da norma constitucional mostrar-se-iam tão amplas que tornariam o princípio inerme, ineficaz, inócuo.

Nesta perspectiva, afigura-se-me correto que o empregado laborando além da jornada de seis horas, considerando o turno ininterrupto de revezamento, faça jus a horas extras a partir da 6ª diária.

De outro lado, na espécie, igualmente robustece a convicção de invalidade da norma coletiva a circunstância de que, em realidade, a jornada de labor normal do empregado *não* foi estipulada mediante negociação coletiva, como exige o mandamento constitucional em foco. A bem de ver, a convenção coletiva de trabalho delegou a empregado e empregador a negociação direta, individual da jornada de labor, o que, por si só, basta para inquirar a cláusula de nulidade e, portanto, de ineficácia.

Merece, portanto, reforma o acórdão regional ao manter a v. sentença que julgou improcedente o pedido de pagamento de horas extras.

Dou provimento ao recurso de revista do Reclamante para condenar a Reclamada ao pagamento da sétima e oitava horas trabalhadas como extraordinárias, com o adicional de lei, observado o divisor 180.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, unanimemente, conhecer e negar provimento ao agravo de instrumento da Reclamada; conhecer do recurso de revista do Reclamante apenas quanto ao tema horas extras — turno ininterrupto de revezamento — jornada — flexibilização — negociação coletiva e divisor a ser adotado para o cálculo de horas extras, por divergência jurisprudencial e, no mérito, dar-lhe provimento para determinar o pagamento da sétima e oitava horas trabalhadas como extras. Acrescente-se que em sendo a jornada de seis horas, o divisor de horas extras é 180.

Brasília, 13 de março de 2002. *João Oreste Dalazen*, ministro relator.

LICENÇA-PRÊMIO. MAGISTRADO. CONVERSÃO EM PECÚNIA

A Lei Complementar nº 35/79, quando da promulgação da Lei nº 8.112/90, já se encontrava em vigor e sequer previa o direito à licença-prêmio aos integrantes da magistratura nacional. Assim, considerando que, nos termos do artigo 65, §2º, da LOMAN, é impossível o deferimento de quaisquer vantagens não previstas naquela lei, não há como se concluir pela conversão em pecúnia dos 540 (quinhentos e quarenta) dias de licença prêmio deferidos pelo Tribunal Regional do Trabalho ao juiz aposentado.

Recurso em Matéria Administrativa conhecido e provido.

(Processo nº TST-RMA-697.136/2000 – Ac. SEAD)

JURISPRUDÊNCIA

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Matéria Administrativa nº TST-RMA-697.136/2000.6, em que é Recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA DÉCIMA QUINTA REGIÃO e são Recorridos TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA DÉCIMA QUINTA REGIÃO e OSWALDO PREUSS – JUIZ APOSENTADO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA DÉCIMA QUINTA REGIÃO.

Oswaldo Preuss, juiz aposentado do TRT da 15ª Região, requereu, com fulcro no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988, fosse-lhe concedida indenização decorrente da ausência de gozo dos períodos de licença-prêmio relativos aos decênios 1963/1973 e 1973/1983 e aos quinquênios 1983/1988 e 1988/1993.

O Serviço de Cadastro do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região informou (fl. 03) que foram deferidos ao Requerente, para gozo oportuno, 540 dias de licença prêmio referentes aos períodos acima mencionados.

O Tribunal Regional, pelo acórdão de fls. 14/16, deferiu o pedido do magistrado, sob os seguintes fundamentos, *verbis*:

“Consta dos assentamentos individuais do Magistrado, segundo informou o Serviço de Cadastro, o deferimento de 540 (quinhentos e quarenta) dias de licença prêmio, para gozo oportuno e não usufruídos.

Consoante informação do Setor de Legislação de Pessoal, este Regional tem deferido o pagamento de férias não gozadas aos servidores que se aposentam, assim como aos pensionistas, em consonância com o entendimento espousado pelo C. Superior Tribunal de Justiça.

In casu, o tratamento analógico é autorizado tendo em vista a natureza dos benefícios das férias e da licença prêmio, uma vez que tratam-se de períodos de descanso adquirido após determinado tempo de prestação de trabalho.

Releva salientar que, no processo GDG 419/98, foi deferido o pagamento em pecúnia dos dias de licença-prêmio, já deferidos e não gozados, à viúva do Exmo. Juiz Guilherme Pivetti Neto.

Ora, se ao pensionista é admitida tal indenização, mais ainda deverá ser assegurado ao efetivo do direito o pagamento dos dias de licença-prêmio a que faz jus.

Frise-se que o que ora se discute não é o direito à licença-prêmio, eis que já adquirido antes da edição da Medida Provisória nº 1522/96, hoje convertida na Lei nº 9.527/97, que revogou disposição anterior que autorizava a indenização, aos beneficiários de pensão do servidor falecido, dos períodos de licença-prêmio não gozados. Discute-se tão-somente o direito de reembolso em face da aposentadoria compulsória do Magistrado.

Por se tratar de direito adquirido, entendo que deve ser integrado ao patrimônio do Magistrado, em forma pecuniária, diante da impossibilidade de gozo.

JURISPRUDÊNCIA

Destarte, voto pelo deferimento do pedido, devendo ser indenizados 540 (quinhentos e quarenta) dias de licença-prêmio.” (fl. 15)

A Procuradoria Regional do Trabalho à fl. 18 requereu vista dos autos do Processo Administrativo, o que foi deferido pelo Juiz Presidente daquela Corte.

O Ministério Público do Trabalho interpõe Recurso em Matéria Administrativa, sustentando que a decisão do TRT não merece prosperar, ante a inexistência de norma que autorize a conversão da licença-prêmio em pecúnia. Afirmo que a LOMAN sequer prevê o direito à percepção de licença-prêmio aos juizes e que a própria Lei nº 8.112/90, caso fosse admitida a sua aplicação, também não respaldaria a benesse postulada pelo juiz. Alega, ainda, que o artigo 78, §3º, da Lei nº 8.112/90 somente é aplicável aos servidores públicos federais. Pede seja imprimido efeito suspensivo ao presente Recurso, com fulcro no artigo 61, parágrafo único, da Lei nº 9.784/99.

O Recorrido apresentou contra-razões às fls. 43/46.

À fl. 47 o Diretor-Geral do TRT informou que o Ministério Público protocolou o Recurso 14 dias após haver tomado ciência da decisão proferida pelo Colegiado.

A União apresentou contra-razões às fls. 62/63.

É o relatório.

VOTO

1 PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE ARGÜIDA EM CONTRA-RAZÕES

Argüi o Recorrido a intempestividade do apelo, sob o fundamento de que fora interposto fora do prazo de 10 (dez) dias previsto no artigo 59 da Lei nº 9.784/99.

Sem razão o Recorrido.

Não há previsão expressa nas Leis nºs 8.112/90 e 9.784/99 para recurso contra decisão colegiada e, inexistindo norma específica regulando a matéria, firmou-se nesta Corte o entendimento de que aos recursos em matéria administrativa interpostos contra decisões definitivas dos Tribunais Regionais aplica-se, por analogia, a regra geral dos prazos na Justiça do Trabalho, ou seja, de 08 dias (artigo 6º da Lei nº 5.584/70).

Precedentes: RMA-551.652/99, Min. João Oreste Dalazen, DJ 16/6/2000; RMA-541.666/99, Min. João Oreste Dalazen, DJ 11/2/2000; RMA- 534.450/99, Min. Armando de Brito, DJ 17/9/99; RMA-455.297/98, Min. Vantuil Abdala, DJ 3/9/99.

Com esses fundamentos, REJEITO a preliminar de intempestividade argüida em contra-razões.

2 CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos legais de admissibilidade, CONHEÇO do Recurso.

3 MÉRITO

Razão assiste ao Parquet. A matéria versada nos autos diz respeito à possibilidade de conversão da licença-prêmio em pecúnia em razão da aposentadoria do magistrado.

O artigo 87, § 2º, da Lei nº 8.112/90, antes do advento da Lei nº 9.527/97, somente possibilitava a conversão em pecúnia da licença-prêmio adquirida nas hipóteses em que o servidor público federal viesse a falecer. No caso dos autos, ainda que se admitisse a aplicação por analogia do dispositivo já revogado, não haveria como se deferir o pleito do Requerente, eis que a mencionada conversão, segundo a lei, decorria da morte do servidor em atividade e não da mera aposentadoria. Precedente da Corte, *verbis*:

“LICENÇA-PRÊMIO POR ASSIDUIDADE – CONVERSÃO EM PECÚNIA. O artigo 87, §2º, da Lei nº 8.112/90 garante a conversão da licença-prêmio somente nos casos em que o funcionário público vier a falecer ‘em serviço’, não tendo usufruído e nem contado em dobro o tempo para aposentadoria. No caso dos autos, estando o funcionário aposentado quando de seu falecimento, indevida a conversão em pecúnia do período de licença-prêmio. Recurso Ordinário conhecido e provido para indeferir o requerimento da pensionista.” (Processo nº TST-ROMA-186.045/95, Relator Ministro Vantuil Abdala, publicado no DJ de 12/09/97).

Não há que se falar em aplicação por analogia da Lei nº 8.112/90 ante a existência de regra específica disciplinando os direitos dos magistrados. Com efeito, à época da promulgação do estatuto dos servidores públicos civis da União já se encontrava em vigor a Lei Complementar nº 35/79, que sequer previa o direito à licença-prêmio por parte dos integrantes da magistratura nacional.

Assim, considerando que, nos termos do artigo 65, § 2º, da LOMAN, é impossível o deferimento de quaisquer vantagens não previstas naquela lei, não há como se concluir pela conversão em pecúnia dos 540 (quinhentos e quarenta) dias de licença-prêmio deferidos pelo Tribunal Regional do Trabalho ao juiz aposentado.

Acresça-se, ainda, que a jurisprudência dominante no âmbito deste Tribunal Superior do Trabalho é no sentido de que os magistrados somente fazem “jus” aos períodos de licença-prêmio adquiridos anteriormente à edição da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

Por outro lado, na esfera administrativa devemos observar o princípio da legalidade estrita. Ao administrador não é dada a faculdade de deferir este ou aquele pleito valendo-se da analogia. Ou o que está sendo pleiteado tem previsão específica em lei e então se defere, ou não é previsto em lei e então não se defere. Se o interessado se sentir prejudicado, que recorra às vias judiciais. O juiz pode entender de deferir um pleito aplicando analogicamente uma norma, jamais o Administrador.

Não fosse tudo isso, admitindo que houvesse o direito de um magistrado gozar licença-prêmio, é preciso atentar para a natureza jurídica dessa parcela. É uma espécie

de férias mais dilatada. Nas férias, como na licença-prêmio, o servidor tem o direito de não trabalhar e receber os vencimentos e vantagens do período correspondente. E o que ocorre na hipótese de aposentadoria? O servidor passa a usufruir o direito de não mais trabalhar e receber, via de regra, os proventos integrais, como se ainda em atividade estivesse. Ora, não é exagero afirmar que na aposentadoria, para efeitos práticos, o servidor esta no gozo de licença-prêmio por período mais prolongado.

Para converter esse direito em pecúnia, porque não foi gozado quando ainda na ativa, é preciso que haja lei assim dispondo para os magistrados. E essa lei não existe nem mesmo para os servidores públicos na hipótese de aposentadoria. Onde, pois, o amparo legal à pretensão?

Com esses fundamentos, DOU PROVIMENTO ao Recurso em Matéria Administrativa para indeferir o pedido de conversão da licença-prêmio em pecúnia, determinando, ainda, a restituição de quaisquer valores porventura recebidos pelo Requerente a tal título.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Seção Administrativa do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, rejeitar a preliminar de intempestividade, argüida em contra-razões, e dar provimento ao Recurso, para indeferir o pedido de conversão da licença-prêmio em pecúnia, determinando-se, ainda, a restituição de quaisquer valores porventura recebidos pelo Requerente a tal título.

Brasília, 22 de agosto de 2002. *Rider Nogueira de Brito*, ministro relator.

MÃE-CRECHEIRA. VÍNCULO EMPREGATÍCIO

FEBEM – MÃE CRECHEIRA OU SUBSTITUTA – VÍNCULO EMPREGATÍCIO – POSSIBILIDADE.

A Lei nº 7.644/87, ao regulamentar a atividade de mãe social, deixou claro que se trata de um contrato especial de trabalho (art. 13), no qual: a) figura como empregador a instituição sem fins lucrativos ou de utilidade pública que se dedica à assistência ao menor abandonado (arts. 1º, 3º, § 3º, 7º, 10, § 1º, 13, 14 e 20); b) são assegurados à mãe social direitos típicos trabalhistas, como registro na CTPS, salário mínimo, descanso semanal remunerado, férias, 13º salário, FGTS e reajuste salarial (arts. 5º, 7º e 19); c) só o período de treinamento e estágio como mãe social não gera vínculo empregatício (arts. 8º, § 2º, e 9º); e d) as controvérsias são dirimidas pela Justiça do Trabalho (art. 20). Ora, tanto o “Programa de Colocação Familiar em Lares Substitutos” quanto a FEBEM, que o desenvolve, se enquadram perfeitamente na descrição que a lei faz do trabalho desenvolvido pelas mães sociais (art. 4º), chamado, no programa, de mãe crecheira ou substituta. Assim sendo, caracterizado resta o vínculo empregatício.

JURISPRUDÊNCIA

Recurso de revista e provido.

(Processo nº TST-RR-514.131/98 – Ac. 4ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-514131/98.8, em que é Recorrente MARLENE VARGAS OSÓRIO e Recorrida FUNDAÇÃO ESTADUAL DO BEM-ESTAR DO MENOR – FEBEM.

O 4º Regional, apreciando a *remessa necessária* e o *apelo voluntário* interposto pela *Reclamada*, deu-lhes provimento (fls. 272-275), estampando na ementa o seguinte resumo da demanda:

“*RELAÇÃO DE EMPREGO – MÃE CRECHEIRA*. Não é empregada a pessoa que presta serviços junto à entidade assistencial, sob o regime de colaboração e com finalidade social precípua. O trabalho é desempenhado em condições especiais e a título voluntário, não configurando relação de emprego, nos termos da legislação trabalhista” (fl. 272).

Inconformada, a *Reclamante* manifesta o presente *recurso de revista*, calcado em divergência jurisprudencial, sustentando que a Lei nº 7.644, de 18/12/87, que regulamentou a atividade da *mãe crecheira*, não inviabiliza o reconhecimento do *vínculo empregatício* em semelhante circunstância (fls. 277-281).

Admitido o apelo (fl. 283), foram oferecidas *contra-razões* (fls. 288-301), tendo o Ministério Público do Trabalho, em *parecer* da lavra do Dr. *André Lacerda*, opinado pelo não-conhecimento da revista (fls. 304-305).

É o relatório.

VOTO

I – DILIGÊNCIA

Determino à Secretaria da Turma que proceda à *renumeração* das folhas do presente feito a partir da fl. 303, pois foi numerada equivocadamente como 203.

II – CONHECIMENTO

1 Pressupostos genéricos

Tempestivo o apelo (cfr. fls. 276 e 277), regular a *representação* (fl. 5) e tendo a *Reclamante* sido *isenta* do pagamento das *custas processuais* (fl. 275), preenche os pressupostos de admissibilidade comuns a qualquer recurso.

2 Pressupostos específicos

FEBEM – Mãe crecheira ou substituta – Vínculo empregatício – Possibilidade

JURISPRUDÊNCIA

Ressaltou o Regional que era incontroverso que a Reclamante participava, na condição de *mãe crecheira*, do programa instituído pela FEBEM.

O Tribunal de origem salientou que o *Programa de Colocação Familiar em Lares Substitutos*, instituído juntamente com a criação da FEBEM, por meio da Lei nº 5.737/69, voltado ao atendimento de crianças na faixa etária de zero a sete anos, que recebem cuidados e alimentação durante o dia na casa das denominadas “*mães substitutas*”, as quais se responsabilizam pelo cuidado das crianças, *tem natureza comunitária*.

Prossegue o Regional assentando que as *mães crecheiras*, embora sejam selecionadas pela FEBEM e sigam um programa preestabelecido, não prestam serviço pessoal e com subordinação, mormente porque *não é oneroso*, tratando-se de trabalho voluntário e comunitário.

Ressaltou o Tribunal, por fim, que a atividade prevista na Lei nº 7.644/87, sobre o atendimento de crianças na própria instituição assistencial, no caso a FEBEM, não se coaduna com aquelas desempenhadas pelas chamadas mães crecheiras ou substitutas, razão pela qual *não se pode reconhecer o vínculo empregatício*, nos moldes do art. 3º da CLT.

Os precedentes colacionados às fls. 278-279 estabelecem o conflito pretoriano pretendido, ao admitirem a existência de vínculo empregatício em semelhante circunstância.

Pelo exposto, *CONHEÇO* do apelo, por *divergência jurisprudencial*.

III – MÉRITO

A Lei nº 7.644/87, ao regulamentar a atividade de *mãe social*, deixou claro que se trata de um *contrato especial de trabalho* (art. 13), no qual:

a) figura como *empregador* a instituição sem fins lucrativos ou de utilidade pública que se dedica à assistência ao menor abandonado (arts. 1º, 3º, § 3º, 7º, 10, § 1º, 13, 14 e 20);

b) são assegurados à mãe social *direitos típicos trabalhistas*, como registro na CTPS, salário mínimo, descanso semanal remunerado, férias, 13º salário, FGTS e reajuste salarial (arts. 5º, 7º e 19);

c) só o período de *treinamento* e *estágio* como mãe social não gera vínculo empregatício (arts. 8º, § 2º, e 9º); e

d) as controvérsias são dirimidas pela *Justiça do Trabalho* (art. 20).

Ora, tanto o “*Programa de Colocação Familiar em Lares Substitutos*” quanto a FEBEM, que o desenvolve, se enquadram perfeitamente na descrição que a lei faz do trabalho desenvolvido pelas mães sociais (art. 4º), chamado, no programa, de *mãe crecheira* ou *substituta*. E tal trabalho era desenvolvido pela Reclamante, conforme reconhecido pelo Regional, que, no entanto, enquadrou-o como *labor comunitário* de caráter voluntário e gratuito. Assim sendo, caracterizado resta o *vínculo empregatício*, razão pela qual *DOU PROVIMENTO* ao recurso, para restabelecer a sentença original.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Egrégia 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista por divergência jurisprudencial e, no mérito, dar-lhe provimento para restabelecer a sentença originária.

Brasília, 24 de abril de 2002. *Ives Gandra da Silva Martins Filho*, ministro relator.

MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO

MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO QUE ACOLHE EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA EM RAZÃO DO LUGAR. CABIMENTO.

1. *Hipótese em que a pretensão da Impetrante insurge-se contra ato que, nos autos de Reclamação Trabalhista, acolhe exceção de incompetência em razão do lugar, proposta então pelo Reclamado.*

2. *Tal ato, ao olvidar o privilégio de foro da Empregada, causou-lhe prejuízo imediato, cuja reparação mostra-se possível por meio da via processual do mandamus.*

3. *Alegação de que a matéria somente poderá ser discutida posteriormente, quando da interposição de Recurso Ordinário contra a sentença proferida pelo juízo tido por incompetente, não prospera.*

4. *Ocorre que, nesse caso, a Reclamante será compelida a deslocar-se do local de seu domicílio, bem como o seu patrono, para os comparecimentos em juízo, o que implica despesas com transporte e alimentação, muitas vezes insuportáveis pela parte, haja vista a sua hipossuficiência financeira.*

COMPETÊNCIA TERRITORIAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO EM LOCAL DIVERSO DAQUELE ONDE SE DEU A CONTRATAÇÃO DO EMPREGADO.

1. *A jurisprudência deste TST vem, em prestígio ao princípio protetor, ampliando as hipóteses de incidência do parágrafo terceiro do art. 651 da CLT, a fim de que o mesmo alcance os casos de transferência de empregados não-viajantes.*

2. *Diante desse contexto, tem o empregado a faculdade de ajuizar Reclamação Trabalhista no foro em que, por maior parte do tempo, deu-se prestação de serviços, no da celebração do contrato de trabalho, ou, ainda, no da rescisão do pacto laboral.*

3. *In casu, muito embora a empregada tenha sido contratada em Duque de Caxias/RJ e desligada em Marechal Floriano/RJ, laborou por quase o seu contrato de trabalho em Vitória/ES, local de seu atual domicílio, de sorte que se lhe era facultado ajuizar a Reclamatória em qualquer uma das referidas localidades, segundo a sua conveniência.*

JURISPRUDÊNCIA

4. Verificando-se que a demanda foi proposta em Vitória/ES, não poderia o juízo de tal foro declinar da sua competência. Em o fazendo, vulnerou direito líquido e certo da então Reclamante, autorizando o acolhimento da pretensão mandamental.

Recurso Ordinário provido, para se conceder a segurança pleiteada.

(Processo nº TST-ROAG-00579-2001-000-17-00-7 – Ac. SBDI 2)

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso Ordinário em Agravo Regimental nº TST-ROAG-00579-2001-000-17-00-7, em que é Recorrente MARGARIDA MARIA VIVAS BRANDÃO e Recorrido BANCO DO BRASIL S.A.

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por MARGARIDA MARIA VIVAS BRANDÃO contra ato do Juiz da 3ª Vara do Trabalho de Vitória, que, nos autos da Reclamação Trabalhista nº 1244/01, acolheu exceção de incompetência em razão do lugar, argüida pelo Reclamado, determinando a remessa dos autos para a Vara do Trabalho de Marechal Floriano/RJ, último local em que a empregada prestou serviços.

Sustentou a Impetrante que foi contratada na cidade de Duque de Caxias/RJ, sendo, poucos anos após, transferida para Vitória/ES, onde laborou por quase o seu contrato de trabalho, cerca de vinte anos. Três anos antes do seu desligamento foi outra vez transferida, retornando para o Rio de Janeiro, local em que se deu a sua demissão.

Afirmou que, em que pese a última transferência, nunca mudou o seu domicílio de Vitória, “onde reside a anos, sendo por tudo isso até perverso que seja obrigada a litigar em local onde trabalho por pequeno período” (fl. 04).

Acresceu, ainda, que é pessoa já aposentada, “portanto pessoa de certa idade, sendo de nenhuma sensibilidade que alguém com estas características seja obrigada a contratar advogado e deslocar-se para longe de seu local de moradia, com enorme sacrifícios até para sua saúde, além de gastos de natureza econômica significativos, em que pese, repita-se, ser clara sua posição de hipossuficiência frente ao banco reclamado” (fl. 04).

O juiz relator do feito no TRT indeferiu a petição inicial, por entender incabível a via processual do *mandamus* (fl. 43).

Contra tal *decisum* interpôs a Impetrante Agravo Regimental, o qual restou desprovido (fls. 129/131).

Inconformada, recorre ordinariamente, sustentando o cabimento do *writ*. No mérito, renova as alegações expendidas na petição inicial.

Admitido o Recurso pelo despacho de fl. 135, foram apresentadas contra-razões às fls. 150/155.

O Ministério Público do Trabalho opinou pelo provimento do Apelo, “para determinar o retorno dos autos ao e. Regional de origem a fim de que seja regularmente processado o mandado de segurança interposto pela recorrente” (fl. 163).

É o relatório.

JURISPRUDÊNCIA

VOTO

1 CONHECIMENTO

Presentes os requisitos legais, *conheço* do Recurso Ordinário.

2 MÉRITO

MARGARIDA MARIA VIVAS BRANDÃO impetrou, como relatado, Mandado de Segurança contra ato do Juiz da 3ª Vara do Trabalho de Vitória, que, nos autos da Reclamação Trabalhista nº 1244/01, acolheu exceção de incompetência em razão do lugar, argüida pelo Reclamado, determinando a remessa dos autos para a Vara do Trabalho de Marechal Floriano/RJ, último local em que a empregada prestou serviços.

O juiz relator do feito na Corte *a quo* indeferiu a petição inicial, por entender incabível a via processual do *mandamus* (fl. 43).

Iresignada, interpôs a Impetrante Agravo Regimental, desprovido nos termos de aresto assim ementado:

“Decisão que acolhe exceção de incompetência em razão do lugar não deve ser reformada por meio de mandado de segurança (Inteligência do art. 5º, inciso II, da Lei 1.533/51)” (fl. 129).

Contra tal decisão avia o presente Recurso Ordinário, sustentando o cabimento do *writ*. No mérito, renova as alegações expendidas na petição inicial.

Merece reforma a decisão recorrida. Senão, vejamos:

Cabimento do *mandamus*

Discute-se, na hipótese vertente, a legalidade de ato praticado pelo Juiz da 3ª Vara do Trabalho de Vitória, que acolheu exceção de incompetência em razão do lugar, argüida pelo Reclamado, determinado a remessa dos autos para a Vara do Trabalho de Marechal Floriano/RJ.

Tal ato, ao olvidar o privilégio de foro da Empregada, causou-lhe prejuízo imediato, cuja reparação mostra-se possível por meio da via processual do *mandamus*.

A alegação de que a matéria somente poderá ser discutida posteriormente, quanto da interposição de Recurso Ordinário contra a sentença proferida pelo juízo tido por incompetente, não prospera.

Ocorre que, nesse caso, a Reclamante será compelida a deslocar-se do local de seu domicílio, bem como o seu patrono, para os comparecimentos em juízo, o que implica despesas com transporte e alimentação, muitas vezes insuportáveis pela parte, haja vista a sua hipossuficiência financeira.

Nesses termos, ante à ausência de meio idôneo e eficaz a amparar a pretensão da Impetrante, é de se reconhecer o cabimento do Mandado de Segurança.

Cite-se, a propósito, o seguinte precedente desta SBDI-2:

JURISPRUDÊNCIA

“MANDADO DE SEGURANÇA – HIPÓTESE EXCEPCIONAL DE CABIMENTO – DECISÃO QUE ACOLHE EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA EM RAZÃO DO LUGAR – INEXISTÊNCIA DE RECURSO EFICAZ – CONFIGURAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO EMPREGADO AO FORO PRIVILEGIADO. Tendo em vista que o ato impugnado (decisão que acolheu exceção de incompetência argüida pela Reclamada) causou prejuízo ao Empregado, ao determinar o imediato envio dos autos para a cidade de Mauá, deixando de resguardar o privilégio de eleição de foro, pelo Empregado, princípio basilar do Processo do Trabalho, apresenta-se cabível, em caráter excepcionalíssimo, o mandado de segurança, porquanto não há recurso eficaz para fazer cessar o prejuízo advindo do ato. Ademais, não procede o argumento de que a questão da competência poderia ser discutida nas razões de recurso ordinário a ser interposto contra a sentença de mérito, pois, na ocasião de interposição do recurso ordinário, o prejuízo do Impetrante já seria irreparável, ao ter que se deslocar a outra localidade para poder demandar em juízo. Inteligência do art. 651, § 3º, da CLT. Recurso ordinário a que se nega provimento” (ROMS nº 755.416/01.7, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, DJU 15.03.2002).

Com efeito, ultrapassado o óbice processual imposto pelo aresto recorrido, deixo de determinar o retorno dos autos à Corte *a quo* e passo ao imediato julgamento da lide, ante à prerrogativa insculpida no § 3º do art. 515 do CPC e a existência de manifestação do litisconsorte passivo necessário quanto ao mérito da causa (fls. 154/155), em obediência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Direito líquido e certo – Vulneração do art. 651, § 3º, da CLT

A Impetrante invoca em seu favor o § 3º do art. 651 da CLT, ao argumento de que foi contratada na cidade de Duque de Caxias/RJ, sendo, poucos anos após, transferida para Vitória/ES, onde laborou por quase o seu contrato de trabalho, cerca de vinte anos. Três anos antes do seu desligamento foi outra vez transferida, retornando ao Rio de Janeiro, local em que se deu a sua demissão.

Suscitou que, em que pese a última transferência, nunca mudou o seu domicílio de Vitória, “onde reside a anos, sendo por tudo isso até perverso que seja obrigada a litigar em local onde trabalho por pequeno período” (fl. 04).

Acresceu, ainda, que é pessoa já aposentada, “portanto pessoa de certa idade, sendo de nenhuma sensibilidade que alguém com estas características seja obrigada a contratar advogado e deslocar-se para longe de seu local de moradia, com enorme sacrifícios até para sua saúde, além de gastos de natureza econômica significativos, em que pese, repita-se, ser clara sua posição de hipossuficiência frente ao banco reclamado” (fl. 04).

Precede a pretensão mandamental.

O art. 651 da CLT estabelece os critérios para fixação da competência em razão do lugar, no que concerne aos dissídios individuais trabalhistas.

JURISPRUDÊNCIA

De acordo com a regra geral, em se tratando de empregado que presta serviço em localidade fixa, a competência é determinada por este local, independentemente de onde ocorreu a contratação e do domicílio do (a) Reclamado (a).

Entretanto, tal regra comporta exceções, dentre as quais a do parágrafo terceiro do artigo consolidado em questão, *verbis*:

“Em se tratando de empregador que promova realização de atividades fora do lugar do contrato de trabalho, é assegurado ao empregado apresentar reclamação no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respetivos serviços.”

A intenção do legislador, por aqui, foi proteger o empregado, ante a desigualdade econômica que geralmente se instaura entre os sujeitos da relação jurídica processual trabalhista. Nesses termos, concedeu-se preferência ao juízo da localidade mais acessível ao trabalhador e favorável à produção da prova.

A jurisprudência deste TST, por sua vez, vem, em prestígio ao princípio protetor, ampliando, ainda mais, as hipóteses de incidência de tal dispositivo, a fim de que o mesmo alcance os casos de transferência de empregado não-viajante, haja vista o prejuízo causado ao trabalhador, ao ser obrigado a se deslocar para localidade diversa da do seu domicílio, a fim de reivindicar seus direitos.

Destaque-se alguns precedentes, *verbis*:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA – COMPETÊNCIA DA VARA DO TRABALHO DO LOCAL DO DOMICÍLIO DO EMPREGADO OU DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – ART. 651, CAPUT, §§ 1º E 3º, DA CLT. Em julgamento de reclamação trabalhista de Empregado contratado em Barueri (SP), onde tem seu domicílio e onde prestou trabalho em sobrejornada não remunerada, sendo posteriormente transferido para Jundiaí (SP), incide sobre a hipótese a exceção prevista no art. 651, § 3º, da CLT, que prevê a faculdade do Empregado de optar entre o foro da celebração do contrato de trabalho ou o da execução do serviço, admitindo-se, ainda, que a competência *ratione loci* se dê, no Processo do Trabalho, pela localidade do domicílio do Empregado. Inteligência da regra contida na parte final do § 1º do art. 651 da CLT, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.861/99 (...)” (CC nº 735818/01, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, DJU 10/08/01).

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA FORO DO LOCAL DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO OU DO LOCAL DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Conjugando-se o disposto no artigo 651 da CLT e no seu parágrafo terceiro, conclui-se que a transferência definitiva do Empregado para localidade diversa daquela em que ocorreu a celebração do contrato faculta-lhe a opção pelo foro da celebração do contrato, sob pena de a transferência, além dos transtornos que lhe pode acarretar, poder constituir instrumento de cerceio ao exercício do direito de ação, após a rescisão contratual” (CC nº 241495/96, Relator Ministro Manoel Mendes de Freitas, DJU 20/09/96).

“COMPETÊNCIA EM RAZÃO DO LOCAL DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS – ARTIGO 651, § 3º, DA CLT. A opção concedida ao empregado prevista no parágrafo terceiro do artigo seiscentos e cinquenta e um Consolidado é devida, ainda que o foro escolhido não tenha sido o último local da prestação dos serviços. A regra geral para a fixação da competência, no processo trabalhista, é a da prestação dos serviços, isso porque entendimento contrário se estaria propiciando ao Empregador quase que a totalidade do direito de escolha do foro, já que este é detentor, em tese, do direito da transferência do Empregado. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se dá provimento para conceder a segurança requerida” (ROMS nº 85676/93, Relator Ministro Francisco Fausto, DJU 02/09/94).

Destarte, *in casu*, muito embora a empregada tenha sido contratada em Duque de Caxias/RJ e desligada em Marechal Floriano/RJ, laborou por quase todo o seu contrato de trabalho em Vitória/ES (observe-se que se trata de Estados diversos, não apenas de Municípios, o que aumenta, ainda mais, os prejuízos a serem suportados pela Reclamante), local de seu atual domicílio, de sorte que se lhe era facultado ajuizar a Reclamatória em qualquer uma das referidas localidades, segundo a sua conveniência.

Em se verificando que a demanda foi proposta em Vitória/ES, não poderia o juízo de tal foro declinar da sua competência. Em o fazendo, vulnerou direito líquido e certo da então Reclamante, autorizando o acolhimento da pretensão mandamental.

Ante o exposto, *dou provimento* ao Recurso Ordinário para, ultrapassada a preliminar de descabimento do *mandamus*, *conceder a segurança* e reconhecer a competência da 3ª Vara do Trabalho de Vitória para processar e julgar a Reclamação Trabalhista nº 1244/01, para onde deverão ser remetidos tais autos.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, dar provimento ao Recurso Ordinário para, ultrapassada a preliminar de descabimento do *mandamus*, argüida nas contra-razões, conceder a segurança e reconhecer a competência da 3ª Vara do Trabalho de Vitória para processar e julgar a Reclamação Trabalhista nº 1244/01, para onde deverão ser remetidos tais autos.

Brasília, 03 de setembro de 2002. *José Simpliciano Fontes de f. Fernandes*, ministro relator.

MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE E INTERESSE RECURSAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Se nas ações ordinárias é imperioso perquirir o concurso do interesse público inerente à lide, esse acha-se sempre presente no mandado de segurança. Não

obstante seja classificado como ação de cognição, sobressai a sua condição de garantia constitucional ativa, em que a finalidade é a cassação de ato de autoridade que seja lesivo a direito líquido e certo. Vale dizer que não há expressão patrimonial na lide ali irrompida, até porque os efeitos financeiros provenientes da lesão perpetrada pela autoridade lhe são refratários, havendo, ao contrário, interesse exclusivamente público consubstanciado no direito de o cidadão se opor aos desmandos da autoridade no exercício do seu poder de potestade. Assim colocada a questão poder-se-ia concluir pelo interesse recursal do Ministério Público mesmo que o mandado tivesse sido impetrado por simples cidadão ou pessoa jurídica de direito privado. Ocorre que, apesar de a lide ser eminentemente pública, não deixa o mandado de segurança de seguir a regra da disponibilidade do direito de ação, inaplicável ao Ministério Público no caso de ele envolver Empresa Pública ou Sociedade de Economia Mista. É Certo que a doutrina põe em dúvida inclusive a possibilidade de tais entidades se utilizarem do mandado de segurança por estarem integradas à administração pública. Mas em se tratando de mandado de segurança contra ato de autoridade judicial, mesmo que o seja jurisdicional, o que é de reconhecida freqüência no Judiciário do Trabalho, não pairam dúvidas sobre a possibilidade de elas o impetrem. E se o podem ajuizar, podem e devem figurar como litisconsortes necessários naqueles que o tenham sido pela parte adversa, cabendo ao Ministério Público recorrer das decisões que eventualmente as desfavoreçam, tendo em vista o binômio de entes integrantes da administração e o interesse público na preservação da ordem jurídica com a manutenção do ato judicial atacado. MANDADO DE SEGURANÇA. NÃO-CABIMENTO – O ato impugnado acha-se consubstanciado em decisão em que foi indeferido o pedido de execução na forma como requerida pelo impetrante, decisão contra a qual poderia se insurgir ou mediante a impugnação prevista no art. 884, § 3º, da CLT, ou mediante a interposição de imediato do agravo de petição, previsto no art. 897, alínea “a”, da CLT. Com isso, firma-se a certeza da inadmissibilidade da impetração, por conta da norma excludente do art. 5º, inciso II, da Lei nº 1.533/51, sendo irrelevante que a impugnação prevista na norma consolidada ou o agravo de petição não tivessem efeito suspensivo, não só pela peculiaridade de o impetrante ser o exequente, mas sobretudo pela inexistência de elementos indicativos da iminência do perecimento do direito judicialmente reconhecido. Não desautoriza essa conclusão a circunstância ventilada na inicial, e repisada no acórdão recorrido, de o Colegiado de origem não ter conhecido dos agravos de petição interpostos por ambas as partes contra decisões de idêntico teor, ao fundamento de não se encontrar garantido o juízo. Com efeito, além de ele não ser oponível ao manejo do agravo de petição e revelar-se equivocado relativamente à impugnação do impetrante exequente, pois a garantia da execução só é exigível em sede de embargos do devedor, a orientação imprimida no julgamento dos agravos já interpostos não torna cabível, por si

JURISPRUDÊNCIA

só, o mandado de segurança impetrado na contramão do art. 5º, inciso II, da Lei nº 1.533/51.

Ultrapassada a questão do descabimento do mandado de segurança, em razão de o ato impugnado poder sê-lo pelas vias ordinárias, não se visualiza na impetração o pressuposto da liquidez e certeza do direito. É que, segundo ensina a doutrina dominante, a certeza e a liquidez referem-se à existência do próprio direito, cuja comprovação desafia prova documental pré-constituída, absolutamente indiscernível no caso concreto, uma vez que a controvérsia reporta-se à melhor interpretação do acordo firmado em 1995. Recurso provido.

(Processo nº TST-ROMS-15618-2002-900-14-00-01 – Ac. SBDI 2)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº TST-ROMS-15618-2002-900-14-00-1, em que é Recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 14ª REGIÃO, são Recorridos SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS URBANAS DO ESTADO DE RONDÔNIA – SINDUR e CAERD – COMPANHIA DE ÁGUAS E ESGOTOS DE RONDÔNIA e é autoridade coatora JUIZ TITULAR DA 3ª VARA DO TRABALHO DE PORTO VELHO.

Trata-se de recurso ordinário interposto pelo Ministério Público do Trabalho da 14ª Região contra o acórdão de fls. 182/190 que concedeu a segurança impetrada pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Urbanas do Estado de Rondônia para determinar a penhora de créditos da CAERD e sua posterior inclusão “na relação elaborada nesta Especializada, sob a responsabilidade da Central de Mandados, considerando-se a data da penhora, quando for realizada”, na conformidade do instrumento que uniformizou a interpretação do acordo firmado pelas partes em 1995.

Foi determinado o apensamento dos processos ROMS-19249-2002-900-14-00-6, ROMS-11621-2002-900-14-00-6 e ROMS-19261-2002-900-14-00-0 a estes autos.

É o relatório.

VOTO

Não sou dos que entendem haver legitimidade e interesse recursal do Ministério Público do Trabalho em todas as lides de que participem Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. Embora detenha legitimidade recursal desde que delas tenha participado como *custos legis*, a teor do art. 499, § 2º, do CPC, nem sempre desfrutará de interesse recursal. Isso porque, na conformidade do art. 173, inciso II, da Constituição, tais entidades estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

Equivale a dizer que a simples presença da Empresa Pública ou da Sociedade de Economia Mista em ação de que o Ministério Público do Trabalho haja funcionado como fiscal da lei não lhe confere necessariamente interesse para recorrer em nome delas.

Além de ser imprescindível a sua legitimidade, extraída da intervenção no processo como fiscal da lei, é preciso concorra o interesse público representado, não pela mera expressão patrimonial da lide, mas pelo intuito de preservação da ordem jurídica.

Malgrado sejam equiparadas às empresas privadas – e por isso a simples expressão patrimonial da lide se mostra insuficiente, delas difere em virtude de a norma do art. 37 da Constituição tê-las submetido aos mesmos princípios que regem a administração pública direta: Seus atos hão de observar rigorosamente os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Se o Ministério Público do Trabalho detém legitimidade recursal por atuar como fiscal da lei em ações que lhes tenham sido movidas, não deterão interesse recursal se a lide ali deduzida envolver, por exemplo, a prestação de horas extras, pois o interesse será exclusivamente patrimonial. Mas deterá tanto a legitimidade como o interesse de recorrer se as ações tiverem por objeto a higidez do ingresso no serviço público sem o precedente do certamente de que trata o art. 37, inciso II, da Constituição, uma vez que o interesse patrimonial ali subentendido se apequena frente ao interesse público de zelar pelo cumprimento da Constituição da República.

Se nas ações ordinárias é imperioso perquirir o concurso do interesse público inerente à lide, esse acha-se sempre presente no mandado de segurança. Não obstante seja classificado como ação de cognição, sobressai a sua condição de garantia constitucional ativa, em que a finalidade é a cassação de ato de autoridade que seja lesivo a direito líquido e certo.

Vale dizer que não há expressão patrimonial na lide ali irrompida, até porque os efeitos financeiros provenientes da lesão perpetrada pela autoridade lhe são refratários. Há, ao contrário, interesse exclusivamente público consubstanciado no direito de o cidadão se opor aos desmandos da autoridade no exercício do seu poder de potestade.

Assim colocada a questão poder-se-ia concluir pelo interesse recursal do Ministério Público mesmo que o mandado tivesse sido impetrado por simples cidadão ou pessoa jurídica de direito privado. Ocorre que, apesar de a lide ser eminentemente pública, não deixa o mandado de segurança de seguir a regra da disponibilidade do direito de ação, inaplicável ao Ministério Público no caso de ele envolver Empresa Pública ou Sociedade de Economia Mista.

É Certo que a doutrina põe em dúvida inclusive a possibilidade de tais entidades se utilizarem do mandado de segurança por estarem integradas à administração pública. Mas em se tratando de mandado de segurança contra ato de autoridade judicial, mesmo que o seja jurisdicional, o que é de reconhecida freqüência no Judiciário do Trabalho, não pairam dúvidas sobre a possibilidade de elas o impetrem.

E se o podem ajuizar, podem e devem figurar como litisconsortes necessários naqueles que o tenham sido pela parte adversa, cabendo ao Ministério Público recorrer das decisões que eventualmente as desfavoreçam, tendo em vista o binômio de entes integrantes da administração pública e o interesse público na preservação da ordem jurídica com a manutenção do ato judicial atacado.

Firma-se, desse modo, a convicção sobre a legitimidade e o interesse recursal do Ministério Público do Trabalho para recorrer da decisão concessiva da segurança que cassara ato judicial favorável à CAERD, podendo invocar todas as objeções que lhe parecerem pertinentes, mesmo as de cunho estritamente processual, como a admissibilidade da segurança, sobre as quais aliás até o magistrado pode deliberar de ofício.

O princípio da irrecorribilidade das interlocutórias, consagrado no art. 893, § 1º, da CLT, só se aplica ao processo de conhecimento, em virtude de não haver atividade cognitiva no processo de execução, em que os atos aí praticados se classificam como materiais e expropriatórios com vistas à satisfação da sanção jurídica.

O que pode ocorrer durante a tramitação do processo de execução é a erupção de incidentes de cognição, quer se refiram aos embargos do devedor, quer se refiram a pretensões ali deduzidas marginalmente, em que as decisões que os examinam desafiam a interposição do recurso previsto no art. 897, alínea “a”, da CLT.

De acordo com a inicial, o ato impugnado, pelo qual o juízo da execução teria dado equivocada interpretação à cláusula 2ª de um acordo firmado em 29/6/95, seria infringente dos arts. 5º, II e XXXVI, 7º, XXVI, da Constituição e 764, § 3º, da Consolidação, concluindo o impetrante por salientar a existência de direito líquido e certo ao “cumprimento do acordo firmado, na forma como se encontra expresso e homologado e observando o instrumento de uniformização da interpretação de suas cláusulas”.

Desse trecho se percebe ter a digna autoridade dita coatora indeferido o pedido de execução na forma como requerida na petição protocolada no processo 03-0435-95, decisão contra a qual poderia o impetrante se insurgir ou mediante a impugnação prevista no art. 884, § 3º, da CLT, ou mediante a interposição de imediato do agravo de petição, previsto no art. 897, alínea “a”, da CLT.

Com isso, firma-se a certeza da inadmissibilidade da impetração, por conta da norma excludente do art. 5º, inciso II, da Lei nº 1.533/51, sendo irrelevante que a impugnação prevista na norma consolidada ou o agravo de petição não tivessem efeito suspensivo, não só pela peculiaridade de o impetrante ser o exequente, mas sobretudo pela inexistência de elementos indicativos da iminência do perecimento do direito judicialmente reconhecido.

Não desautoriza essa conclusão a circunstância ventilada na inicial, e repisada no acórdão recorrido, de o Colegiado de origem não ter conhecido dos agravos de petição interpostos por ambas as partes contra decisões de idêntico teor, ao fundamento de não se encontrar garantido o juízo.

Com efeito, além de ele não ser oponível ao manejo do agravo de petição e revelar-se equivocado relativamente à impugnação do impetrante exequente, pois a garantia da execução só é exigível em sede de embargos do devedor, a orientação imprimida no julgamento dos agravos já interpostos não torna cabível, por si só, o mandado de segurança impetrado na contramão do art. 5º, inciso II, da Lei nº 1.533/51.

Ultrapassada a questão do descabimento do mandado de segurança, em razão de o ato impugnado poder sê-lo pelas vias ordinárias, não se visualiza na impetração o pressuposto da liquidez e certeza do direito ali aventado. É que, segundo ensina a dou-

trina dominante, a certeza e a liquidez referem-se à existência do próprio direito, cuja comprovação desafia prova documental pré-constituída, absolutamente indiscernível no caso concreto, uma vez que a controvérsia reporta-se à melhor interpretação do acordo firmado em 1995.

Com efeito, segundo assinalou a douta autoridade dita coatora “a execução do acordo de fl. 77, como pretendida pelas partes, onera sobremaneira o patrimônio público, considerando-se que a CAERD é mantida majoritariamente por recursos provenientes do Estado de Rondônia. Isso porque o que pretende o sindicato autor, em síntese, é que a base de cálculo dos vinte salários devidos aos substituídos, por força da Cláusula 3ª, seja composta do último salário base mais 84, 35%, 35,30% e 34,28%, aplicando-se índice sobre índice, o que certamente eleva de forma exorbitante os créditos assim apurados”.

A par de não ser possível extrair-se dessa decisão a pronta ilação de ela ter agredido os arts. 5º, II e XXXVI, 7º, XXVI, da Constituição e 764, § 3º, da Consolidação, em função dos quais o recorrido sustentara o seu pretense direito líquido e certo, é fácil inferir do mandado de segurança que o impetrante dele lançou mão para contornar o equívoco do Regional ao não conhecer da impugnação do art. 884, § 3º, e do recurso do art. 897, “a”, ambos da CLT.

Do exposto, *rejeito* a preliminar de ausência de interesse recursal do Ministério Público e, no mérito, *dou provimento* ao recurso ordinário para, reformando o acórdão recorrido, denegar a segurança impetrada, com inversão das custas processuais.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, vencido o Excelentíssimo Juiz Convocado Aloysio Veiga, rejeitar a preliminar de ilegitimidade do Ministério Público do Trabalho, argüida da tribuna pelo Patrono do Recorrido Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Urbanas do Estado de Rondônia – SINDUR e, no mérito, por unanimidade, dar provimento ao Recurso Ordinário para julgar incabível o Mandado de Segurança.

Brasília, 20 de agosto de 2002. Antônio José de Barros Levenhagen, relator.

MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR

MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA DECISÃO QUE DEFERIU PEDIDO DE LIMINAR EM AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

1. Mandado de Segurança dirigido contra ato judicial que, nos autos de Ação Cautelar ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, preparatória de Ação Civil Pública, diante de indícios de que a Cooperativa Impetrante estaria aliciando, ilegalmente, mão-de-obra e fornecendo-a a empresas sob o falso rótulo de contratos de prestação de serviços, em total aviltamento dos direitos sociais

mínimos dos trabalhadores, deferiu pedido de liminar, determinando a exibição de diversos documentos, necessários à instrução da demanda principal.

2. O Inquérito Civil Público e a Ação Civil Pública são instrumentos colocados à disposição do Parquet Trabalhista para a tutela dos interesses sociais dos trabalhadores, a proteção dos direitos constitucionais e outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos (CF/88, art. 129, III, LC nº 75/93, artigos 6º, VII, a e d, 7º, I, 83, III, 84, caput e II).

3. Para o exercício de tais atribuições, é assegurado ao Ministério Público “requisitar informações e documentos a entidades privadas” (LC nº 75/93, art. 8º, IV).

4. In casu, diante da recusa injustificada da Impetrante de fornecer os documentos requeridos pelo Parquet, só restava ao mesmo o ajuizamento de Ação Cautelar de Exibição, sob pena de ficar inviabilizada a instrução e conseqüente propositura da Ação Civil Pública.

5. Por outro lado, o deferimento, ou não, de liminar em Ação Cautelar constitui prerrogativa inserida no poder discricionário conferido ao magistrado para a condução do processo. Na hipótese vertente, a autoridade coatora entendeu por bem utilizar-se do seu poder de cautela previsto no art. 798 do CPC e deferir a liminar perseguida pelo então Requerente, não havendo que se falar de violação de direito líquido e certo, a autorizar a concessão do mandamus.

6. Some-se ainda o fato de que a apresentação dos documentos solicitados, em tese, não implica qualquer prejuízo à Impetrante, salvo se estiver, de fato, atuando irregularmente no mercado de trabalho.

7. Recurso Ordinário a que se nega provimento.

(Processo nº TST-ROMS-61528-2002-900-02-00-8)

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº TST-ROMS-61528/2002-900-02-00.8, em que é Recorrente COOPERATIVA REUNIDAS DOS TRABALHADORES AUTÔNOMOS EM EMPRESAS MERCANTIS – COOPERATIVA REUNIDAS -, Recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO e Autoridade Coatora JUIZ TITULAR DA 36ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO.

Cuidam os autos de Mandado de Segurança impetrado pela COOPERATIVA REUNIDAS DOS TRABALHADORES AUTÔNOMOS EM EMPRESAS MERCANTIS – COOPERATIVA REUNIDAS – contra despacho proferido pelo Juiz da 36ª Vara do Trabalho de São Paulo, que, nos autos de Ação Cautelar preparatória de Ação Civil Pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO (Processo nº 382/2001), deferiu o pedido de liminar, para determinar que a requerida procedesse “à exibição das atas de assembléias realizadas nos últimos dois anos e respectivas listas de presença dos cooperados, relação de todos os cooperados

JURISPRUDÊNCIA

ativos e inativos, os contratos de prestação de serviços celebrados entre a requerida e todas as empresas tomadoras de seus serviços, os documentos pertinentes aos serviços e assistência prestada aos cooperados, o balanço anual, é demais demonstrativos contábeis dos últimos cinco anos e a prova da distribuição anual do resultado superavitário entre todos os cooperados dos últimos cinco anos” (fls. 78/79).

Sustentou a Impetrante que é sociedade cooperativa regularmente constituída, nos moldes da Lei nº 5.764/71, e destinada à “contratação global da atividade dos seus sócios, relacionando o trabalho destes, em conjunto, aos usuários dos seus serviços, de sorte que esse trabalho não perca sua individualidade e autonomia e não gere qualquer tipo de intermediação” (fl. 04).

Acrescentou que os seus objetivos “limitam-se a organização, planejamento e instrumentalização dos contratos entres seus sócios e os eventuais contratantes, não interferindo no objeto da contratação e execução, que são responsabilidade dos cooperados” (fl. 05).

Aduziu, ainda que o Ministério Público do Trabalho não possui legitimidade para figurar no pólo ativo da Ação Cautelar e que, se o mesmo “não tem qualquer indício de prova de irregularidade que determinasse a proposição de Ação Civil Pública ou Inquérito Civil, não pode pleitear a exibição de qualquer documento” (fl. 10).

A autoridade coatora prestou informações às fls. 101/102.

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região denegou a segurança (fls. 221/223).

Opostos Embargos de Declaração, restaram desprovidos pela decisão de fls. 133/134.

Inconformada, recorre ordinariamente a Impetrante, renovando as alegações expendidas na peça exordial.

Recebido o Recurso pelo despacho de fl. 147, foram apresentadas contra-razões às fls. 148/156.

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho para emissão de parecer, haja vista figurar o mesmo como parte no processo.

É o relatório.

VOTO

1 CONHECIMENTO

Presentes os requisitos legais, *conheço* do Recurso Ordinário aviado.

2 MÉRITO

A COOPERATIVA REUNIDAS DOS TRABALHADORES AUTÔNOMOS EM EMPRESAS MERCANTIS – COOPERATIVA REUNIDAS – impetrou, como relatado, Mandado de Segurança contra despacho proferido pelo Juiz da 36ª Vara do

Trabalho de São Paulo, que, nos autos de Ação Cautelar preparatória de Ação Civil Pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO (Processo nº 382/2001), deferiu o pedido de liminar, para determinar que a requerida procedesse “à exibição das atas de assembleias realizadas nos últimos dois anos e respectivas listas de presença dos cooperados, relação de todos os cooperados ativos e inativos, os contratos de prestação de serviços celebrados entre a requerida e todas as empresas tomadoras de seus serviços, os documentos pertinentes aos serviços e assistência prestada aos cooperados, o balanço anual e demais demonstrativos contábeis dos últimos cinco anos e a prova da distribuição anual do resultado superavitário entre todos os cooperados dos últimos cinco anos” (fls. 78/79).

Sustentou a Impetrante que é sociedade cooperativa regularmente constituída, nos moldes da Lei nº 5.764/71, e destinada à “contratação global da atividade dos seus sócios, relacionando o trabalho destes, em conjunto, aos usuários dos seus serviços, de sorte que esse trabalho não perca sua individualidade e autonomia e não gere qualquer tipo de intermediação” (fl. 04).

Acrescentou que os seus objetivos “limitam-se a organização, planejamento e instrumentalização dos contratos entres seus sócios e os eventuais contratantes, não interferindo no objeto da contratação e execução, que são responsabilidade dos cooperados” (fl. 05).

Aduziu, ainda que o Ministério Público do Trabalho não possui legitimidade para figurar no pólo ativo da Ação Cautelar e que, se o mesmo “não tem qualquer indício de prova de irregularidade que determinasse a proposição de Ação Civil Pública ou Inquérito Civil, não pode pleitear a exibição de qualquer documento” (fl. 10).

A Corte *a quo* denegou a segurança (fls. 221/223).

Contra tal decisão interpõe a Impetrante o presente Recurso Ordinário, renovando as alegações expendidas na peça exordial.

Não prospera a irrisignação. Senão, vejamos:

O ato impugnado constitui-se em despacho concessivo de medida liminar nos autos de Ação Cautelar aviada pelo *Parquet* Trabalhista, com vistas à obtenção de documentos indispensáveis à proposição de futura Ação Civil Pública.

A Impetrante, na peça exordial, tece várias considerações acerca da regularidade da sua constituição e das suas atividades.

Ocorre, todavia, que tal questão não se apresenta passível de análise em sede do presente *writ*, via processual estreita, que deve limitar-se à aferição da presença de ilegalidade, ou não, no ato impugnado, e na qual não se admite ampla dilação probatória.

Na verdade, tais alegações deverão ser objeto de análise na própria Ação Civil Pública.

Relativamente ao argumento de que o *Parquet* Trabalhista não possuiria legitimidade para ajuizar a Cautelar, melhor sorte não socorre a Impetrante.

Nos termos da atual Carta Magna, são atribuições do Ministério Público “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, *caput*, da CF/88).

Com vistas ao efetivo cumprimento dessa missão, ao Ministério Público do Trabalho é conferida a legitimidade para promover o Inquérito Civil Público e a Ação Civil Pública (art. 129, III, da CF/88), instrumentos destinados à tutela dos interesses sociais dos trabalhadores, à proteção dos direitos constitucionais e outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos (Lei Complementar nº 75/93, artigos 6º, VII, *a e d*, 7º, I, 83, III, 84, *caput e II*).

Pois bem, para o exercício de tais atribuições, o *Parquet* poderá “requisitar informações e documentos a entidades privadas” (LC nº 75/93, art. 8º, IV).

Na hipótese vertente, conforme afirmado pelo Recorrido nas suas razões de contrariedade, “em razão de Representação oferecida pela Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região, dando conta de que a Cooperativa Reunidas estava encaminhando cooperados para trabalharem nas empresas tomadoras em funções tipicamente subordinadas, com pessoalidade e não-eventuais (artigo 3º da CLT), além de laborarem nas atividades-fim, em afronta ao disposto no Enunciado 331 do C. TST” (fls. 150/151), instaurou-se Procedimento Preparatório de Inquérito Civil.

Com efeito, a fim de instruir o procedimento administrativo, o Ministério Público do Trabalho “notificou a Recorrente para que juntasse diversos documentos, tais como estatuto social, ata da assembléia de constituição, cartão do CNPJ, atas das assembléias realizadas nos últimos dois anos e respectivas listas de presença dos cooperados, relação de todos os cooperados ativos e inativos, relação de todas as tomadoras dos seus serviços, etc.” (fl. 151).

Todavia, “após diversas notificações, a Cooperativa Reunidas, em total descumprimento ao Ministério Público, apenas juntou o estatuto social, ata de assembléia de constituição, cartão do CNPJ e relação das empresas tomadoras de seus serviços, deixando de juntar outros documentos anteriormente requisitados” (fl. 151).

Diante desse contexto, só restava ao Ministério Público do Trabalho o ajuizamento de Ação Cautelar de Exibição de Documentos, sob pena de ficar inviabilizada a instrução e conseqüente propositura da Ação Civil Pública.

Também quanto ao conteúdo do ato vergastado inexistente ilegalidade ou abuso de poder, a justificar a concessão do *mandamus*.

Ora, o deferimento, ou não, de liminar em Ação Cautelar, constitui prerrogativa inserida no poder discricionário conferido ao magistrado para a condução do processo.

In casu, diante de indícios de que a Cooperativa Impetrante estaria aliciando, ilegalmente, mão-de-obra e fornecendo-a a empresas sob o falso rótulo de contratos de prestação de serviços, em total aviltamento dos direitos sociais mínimos dos trabalhadores, a autoridade coatora entendeu por bem utilizar-se do seu poder de cautela previsto no art. 798 do CPC e deferir a liminar perseguida pelo *Parquet*, não havendo que se falar violação de direito líquido e certo da ora Impetrante.

JURISPRUDÊNCIA

Some-se ainda o fato de que, conforme muito bem lembrado no aresto regional recorrido, “a apresentação dos documentos solicitados não traria, em tese, qualquer prejuízo à Impetrante, salvo se estiver atuando irregularmente no mercado de trabalho” (fl. 122).

Ante o exposto, *nego provimento* ao Recurso Ordinário.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao Recurso Ordinário.

Brasília, 19 de novembro de 2002. *José Simpliciano Fontes de F. Fernandes*, ministro relator.

MENOR. PEDIDO DE DEMISSÃO. VALIDADE

A validade do pedido de demissão formulado por trabalhador menor de idade está condicionada à assistência de seu representante legal ao ato praticado, pois o espírito da lei tem como escopo protegê-lo. Interpretação do art. 439 da CLT.

Recurso de Revista conhecido e provido.

(Processo nº TST-RR-493.226/98 – Ac. 2ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-493226/1998.0, em que é Recorrente MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO e Recorridos SOPROPLAST INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS LTDA. e JAIR NUNES CAVALHEIRO.

RELATÓRIO

Mediante o Acórdão de fls. 76/78, o E. 4º Regional negou provimento ao Recurso Ordinário do Reclamante, mantendo o entendimento primário de que válido o pedido de demissão firmado pelo Empregado menor sem a assistência de seus responsáveis legais.

Dessa decisão, recorre de revista o D. Ministério Público, pelas razões de fls. 82/92.

A Revista foi admitida pelo Despacho de fl. 103 e não foi contra-arrazoada (Certidão de fl. 107).

I VALIDADE DO PEDIDO DE DEMISSÃO DO MENOR. AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA DOS RESPONSÁVEIS LEGAIS

1.1 Conhecimento

Em face do pedido do Reclamante menor, de desconstituição de sua demissão e conseqüente pagamento das verbas rescisórias e indenização decorrente de estabilidade provisória acidentária, decidiu o E. 4º Regional negar provimento ao Recurso, sob o fundamento de que se o menor está legalmente autorizado a celebrar um contrato, também está autorizado a desfazê-lo, e que a assistência de seus responsáveis legais só se faz necessária quando da quitação das parcelas devidas. Ao final, ressaltou que não houve prova no sentido de ter sido sem justa causa a dispensa.

Em seu arrazoado recursal, o Ministério Público traz ementas que refletem teses divergentes, oriundas de outras Turmas do próprio 4º Regional.

Já o primeiro paradigma, ilustrado às fls. 89/90, autoriza o conhecimento da Revista ao dispor ser nula a dispensa formulada por menor, sem a assistência de seus responsáveis.

Conheço, portanto, por divergência jurisprudencial.

1.2 Mérito

Concordo que a interpretação do art. 439 da CLT não é uniforme tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Basta lembrar que no livro INSTITUIÇÕES DE DIREITO DO TRABALHO (LTr – 18ª Edição, 1999, vol. 1, p. 576 – A-2) DÉLIO MARANHÃO sustenta a desnecessidade de assistência do representante legal para o pedido de demissão formulado pelo menor.

No mesmo sentido, ALICE MONTEIRO DE BARROS, “in” CONTRATOS E REGULAMENTAÇÕES ESPECIAIS DO TRABALHO (LTr. 2001 – pp. 228/230), expressamente reconhece a controvérsia existente sobre a matéria, à página 229.

Ainda em INSTITUIÇÕES DE DIREITO DO TRABALHO, na parte escrita por SEGADAS VIANNA (Vol. 2 – p. 1011), a matéria merece outro enfoque, onde é explicitamente afirmado que o pedido de demissão do menor carece de assistência do representante legal, indicando Acórdão da 10ª Região, da lavra do Juiz BRAZ OLIVEIRA (sic), no qual esta posição resulta consagrada.

Ora, diante disso, tenho que a melhor interpretação que se deva dar ao art. 439 da CLT é aquela que dê conseqüência à proteção que a lei quer e precisa dar ao menor, sobretudo nos dias de hoje, quando a exploração do trabalho humano passa a ser, de novo, até tolerada.

JURISPRUDÊNCIA

Dessa forma, concluo que a validade do pedido de demissão formulado por trabalhador menor de idade está condicionada à assistência de seu representante legal ao ato praticado, pois o espírito da lei tem como escopo protegê-lo.

Assim sendo, dou provimento ao Recurso para considerar nula a dispensa do menor sem a assistência de seus responsáveis legais, condenando a Empresa ao pagamento de aviso prévio de 30 (trinta) dias, 1/12 (um terço avos) de décimo terceiro salário proporcional, 4/12 (quatro doze avos) de férias acrescidas de um terço, bem como à indenização decorrente da estabilidade provisória prevista no art. 118 da Lei nº 8.213/91, tudo como se apurar em liquidação de sentença.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do Recurso e dar-lhe provimento para considerar nula a dispensa do menor sem a assistência de seus responsáveis legais, condenando a Empresa ao pagamento de aviso prévio de 30 (trinta) dias, 1/12 (um doze avos) de décimo terceiro salário proporcional, 4/12 (quatro doze avos) de férias acrescidas de um terço, bem como à indenização decorrente da estabilidade provisória prevista no art. 118 da Lei nº 8.213/91, tudo como se apurar em liquidação de sentença.

Brasília, 11 de setembro de 2002. *José Luciano de Castilho Pereira*, presidente e relator.

MULTA. FGTS

FGTS – MULTA DO ARTIGO 22 DA LEI Nº 8.036/90 – BENEFICIÁRIO.

A multa do artigo 22 da Lei nº 8.036/90 possui natureza administrativa e se refere especificamente à hipótese de o empregador não efetuar, no prazo legal, segundo o artigo 15 da Lei nº 8.036/90, os depósitos do FGTS, em conta vinculada do empregado, daí por que não se reverte a seu favor, mas sim do Fundo. A cobrança dos depósitos não realizados pelo empregador são acrescidos de juros e correção, de forma a preservar seu valor efetivo, para saque do empregado, nas condições expressas em lei, enquanto que a multa se destina ao Fundo, gestor e responsável pelo inadimplemento das obrigações assumidas pelo empregador, como consequência da impossibilidade da gestão e aplicação dos recursos em programas aprovados pelo Conselho Curador, segundo prescrevem os artigos 6º e 7º da Lei nº 8.036/90.

Recurso de revista conhecido e provido. (Processo nº TST-RR-575.359/99 – Ac. 4ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-575.359/99.4, em que é recorrente REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S.A. – RFFSA e recorrido ANTÔNIO TOMAZ MENDES FILHO.

JURISPRUDÊNCIA

O egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, pelo v. acórdão de fls. 303/315, negou provimento ao recurso ordinário da reclamada, condenando-a ao pagamento de horas extras, sob o fundamento de que os cartões de ponto não indicam a fruição de intervalo intrajornada. Ainda, consignou que lhe cabia comprovar os depósitos relativos aos valores do PID – Plano de Incentivo ao Desligamento. Por outro lado, ao analisar o recurso adesivo do reclamante, deu-lhe provimento para acrescer à condenação a multa de 20%, prevista pelo art. 22 da Lei nº 8.036/90, relativamente aos depósitos do FGTS não efetuados regularmente.

Inconformada, a reclamada interpõe o recurso de revista de fls. 318/322. Alega que são indevidas as horas extras, porquanto os documentos dos autos comprovam a concessão do intervalo intrajornada e que a previsão legal é apenas do pagamento do adicional de 50%. No tocante ao PID, diz que os depósitos foram efetuados na conta-corrente do reclamante, sendo, portanto, dele o ônus de provar suas alegações. Em relação à multa do artigo 22 da Lei nº 8.036/90, diz que se trata de multa administrativa, não devendo ser revertida ao reclamante. Aponta violação dos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC; 71, § 4º, da CLT e 22 da Lei nº 8.036/90. Traz arestos para confronto.

Despacho de admissibilidade exarado à fl. 326.

Sem contra-razões, conforme certificado à fl. 328.

Dispensada a remessa dos autos à d. Procuradoria-Geral do Trabalho, para emissão de parecer.

Relatados.

VOTO

A revista é tempestiva (fls. 317/318) e está subscrita por advogado habilitado nos autos (fls. 23/24 e 26). Custas (fl. 254) e depósito recursal (fls. 253 e 323) efetuados.

I – CONHECIMENTO

1.1 – Horas extras – Intervalo intrajornada

O e. Regional condenou a reclamada ao pagamento de horas extras, sob o fundamento de que os cartões de ponto não indicam o gozo do intervalo de quinze minutos diários, relativo à jornada de seis horas diárias. Consignou tratar-se de inovação recursal a questão relativa ao pagamento dos adicionais (fls. 306/307).

Insurge-se a reclamada contra essa decisão e aponta violação dos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC, sob o argumento de que o reclamante não se desincumbiu de provar que não usufruía o intervalo intrajornada, devendo, por conseguinte, prevalecer os cartões de ponto, que comprovam a sua concessão. Tem como violado, também, o artigo 71, § 4º, da CLT a pretexto de que este determina apenas o pagamento do adicional de 50% (fls. 319/320).

O recurso não merece conhecimento.

Com efeito, o Regional não analisou a controvérsia sob o enfoque da distribuição do ônus da prova, matéria atinente aos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC, tendo revelado apenas que “os cartões de ponto acostados aos autos não acusam a fruição do intervalo de quinze minutos diários” (fl. 306). Da mesma forma, a alegada violação do artigo 71, § 4º, da CLT, a pretexto de que determina ele apenas o pagamento do adicional de 50%, não se concretiza, uma vez que registrado por aquela Corte que se tratava de inovação recursal “além dos mesmos encontrarem respaldo na documentação encartada aos autos” (fl. 307). Não houve, portanto, tese explícita acerca dos dispositivos em comento, o que atrai a incidência dos Enunciados nºs 126 e 297 do TST.

Via de conseqüência, os arestos transcritos à fl. 320, por tratarem da distribuição do ônus da prova, mostram-se inservíveis à luz dos Enunciados nºs 126 e 296 do TST, já que partem de premissas não discutidas pelo Regional.

Logo, NÃO CONHEÇO.

I.2 – PID – Incentivo – Prova de depósitos

Consignou o Regional que a reclamada não logrou demonstrar a satisfação dos depósitos dos valores referentes ao PID – Plano de Incentivo ao Desligamento, sendo seu este ônus, na medida em que não se poderia imputar ao reclamante a prova de fato negativo, no caso, a ausência desses depósitos (fls. 307/308).

A reclamada, por seu turno, argumenta que os depósitos eram feitos na corrente do reclamante, sendo dele, portanto, o ônus de provar o contrário, por ser o titular da conta. Aponta violação dos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC (fls. 320/321).

O recurso não merece conhecimento.

Ora, se o reclamante postula valores decorrentes da condenação relativa ao PID – Plano de Incentivo ao Desligamento, e a reclamada, em sua defesa, alega que eles foram creditados, atrai para si o ônus da prova, visto que a hipótese é de fato extintivo do direito, *ex vi* do que preceitua o art. 818 da CLT, combinado com o art. 333, II, do CPC.

Incólumes, portanto, os dispositivos invocados.

Logo, NÃO CONHEÇO.

I.3 – Multa do artigo 22 da Lei nº 8.036

O e. Regional reformou a r. sentença para acrescer à condenação a multa de 20%, prevista no art. 22 da Lei nº 8.036/90, relativamente aos depósitos do FGTS não efetuados regularmente. Afastou, para tanto, a natureza administrativa da multa em questão (fls. 312/313).

Em seu recurso de revista, a reclamada aponta violação do art. 22 da Lei nº 8.036/90, argumentando que se trata de multa de caráter administrativo, conforme aresto que colaciona (fl. 321).

A revista não se credencia ao conhecimento por divergência jurisprudencial.

JURISPRUDÊNCIA

Com efeito, verifica-se que o julgado de fl. 321 não indica a fonte de sua publicação e, ainda, que não foi juntada a cópia do acórdão a que se refere. Nesse contexto, dada a inobservância do Enunciado nº 337 do TST, o aludido aresto não credencia o processamento da revista por divergência jurisprudencial.

Entretanto, no que se refere à violação de lei, assiste razão à recorrente.

Com efeito, a multa do artigo 22 da Lei nº 8.036/90 possui natureza administrativa e se refere especificamente à hipótese de o empregador não efetuar, no prazo legal, segundo o artigo 15 da Lei nº 8.036/90 os depósitos do FGTS, em conta vinculada do empregado, daí por que não se reverte a seu favor, mas sim do Fundo.

Registre-se, porque juridicamente relevante para o deslinde da questão, que a cobrança dos depósitos não realizados pelo empregador são acrescidos de juros e correção, de forma a preservar seu valor efetivo, para saque do empregado, nas condições expressas em lei, enquanto que a multa se destina ao Fundo, gestor e responsável pelo inadimplemento das obrigações assumidas pelo empregador, como consequência da impossibilidade da gestão e aplicação dos recursos em programas aprovados pelo Conselho Curador, segundo prescrevem os artigos 6º e 7º da Lei nº 8.036/90.

Conheço, pois, da revista por afronta ao artigo 22 da Lei nº 8.036/90.

II – MÉRITO

II.1 – Multa do artigo 22 da Lei nº 8.036/90

Como consequência do conhecimento, DOU PROVIMENTO à revista para excluir da condenação a multa do artigo 22 da Lei nº 8.036/90.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista, por violação do artigo 22 da Lei nº 8.036/90 e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação a multa prevista no referido dispositivo.

Brasília, 2 de outubro de 2002. *Milton de Moura França*, relator.

NULIDADE. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

NULIDADE DO JULGADO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

1. O princípio da livre convicção racional da prova (CPC, art. 131) impõe ao órgão julgante um exame particularizado de todos e de cada um dos diversos meios de prova de que se louvaram os litigantes, bem assim que decline as razões pelas quais empresta maior credibilidade a esse ou àquele. 2. Havendo omissão na decisão prolatada a respeito da contemporaneidade do trabalho do Reclamante e da testemunha e permanecendo silente o Tribunal, não obstante instado a pronun-

ciar-se por meio de embargos declaratórios, manifesta é a negativa de prestação jurisdicional, o que ofende os artigos 93, IX, da Constituição Federal, 458 do CPC e 832 da CLT.

3. Robustece tal convicção a circunstância de cuidar-se de acórdão de Tribunal Regional do Trabalho, a quem incumbe dar a última palavra sobre questões de fato e prequestionar tese jurídica para viabilizar ulterior recurso de revista da parte.

4. Recurso de revista a que se dá provimento para anular o acórdão recorrido.

(Processo nº TST-RR-275.570/96 – Ac. 1ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-275.570/96.1, em que é Recorrente BANCO ECONÔMICO S.A. (EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL) e Recorrido JOSÉ ALBERTO CAVALCANTI.

Irresignando-se com os vv. acórdãos proferidos pelo Egrégio Sexto Regional (fls. 154/158 e 169/170), interpôs recurso de revista o Reclamado (fls. 173/192).

O Eg. Tribunal *a quo*, ao julgar o recurso ordinário interposto pelo Reclamante, assim se posicionou: deu-lhe provimento parcial para, afastando a incidência da Súmula 330 do TST, condenar o Reclamado ao pagamento das horas extras acrescidas de 50% e reflexos, com dedução dos dias em que não ocorreu trabalho, com observância da evolução salarial e da prescrição quinquenal.

Interpostos embargos declaratórios, o Eg. Regional deu-lhes parcial provimento para determinar a dedução das parcelas previdenciárias e de imposto de renda (fls. 169/170).

Insiste agora o Recorrente no acolhimento do recurso de revista no que tange aos seguintes *temas*: nulidade do julgado – supressão de instância – extensão do efeito devolutivo; nulidade do julgado – negativa de prestação jurisdicional; Súmula 330 do TST – quitação – eficácia liberatória; horas extras – decisão “*ultra petita*” e intervalo intrajornada.

Admitido o recurso (fl. 195), *contra-razões não foram apresentadas.*

A Eg. 1ª Turma do TST, mediante voto da lavra da Exma. Ministra Classista Regina Rezende Ezequiel, com esteio no artigo 249, § 2º, do CPC, absteve-se de examinar as preliminares de nulidade do v. acórdão regional por cerceamento de defesa e por negativa de prestação jurisdicional. Quanto ao mérito, deu provimento ao recurso para julgar improcedentes os pedidos, em decorrência da quitação efetuada nos moldes da Súmula 330 do TST (fls. 203/205).

Contudo, a Eg. Turma determinou a suspensão do julgamento do presente feito, com a remessa dos autos à Comissão de Súmula e Jurisprudência, para a revisão da Súmula nº 330 do TST, por meio do Incidente de Uniformização de Jurisprudência perante o Órgão Especial.

O Tribunal Pleno desta Corte alterou a redação da Súmula 330, determinando o retorno dos autos à Eg. Primeira Turma para prosseguir no julgamento do processo (fls. 232/236).

Retornam os autos para o exame do Recurso de Revista do Reclamado.

É o relatório.

1 CONHECIMENTO

1.1 NULIDADE DO JULGADO. CERCEAMENTO DE DEFESA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXTENSÃO DO EFEITO DEVOLUTIVO

Inicialmente, mister esclarecer que em relação ao pedido de horas extras e reflexos, o processo foi extinto, sem julgamento de mérito, pela então JCJ, que considerou quitada a parcela, nos moldes da Súmula 330 do TST.

O Eg. Regional afastou a mencionada quitação, argumentando que inexistia efeito vinculante em relação à jurisprudência sumulada do TST, mera interpretação do órgão superior trabalhista.

Em decorrência, com suporte nos artigos 515, § 1º, e 516 do CPC, consignou a possibilidade de o Tribunal apreciar a matéria que não foi julgada por inteiro pelo Juízo de Primeiro Grau, mas que se submeteu à discussão e prova no processo.

Diante do exposto, o Tribunal “*a quo*”, apreciando a prova carreada, concluiu pela existência de labor extraordinário prestado pelo Reclamante, sustentando:

“Desta forma, procedem as horas extras, considerando-se a jornada, de 2ª a 4ª feira, das 7:00 às 15:30 horas e às 5ªs e 6ªs feiras, das 7:00 às 18:30 horas.” (fl. 156)

No recurso de revista, o Reclamado argúi, preliminarmente, a nulidade do julgado, por cerceamento de defesa, alegando que o Juízo de Primeiro Grau, em observância à Súmula 330 do TST, considerou quitadas as horas extras e, em decorrência, extinguiu o processo sem julgamento de mérito.

Assevera que, ao reformar a r. sentença, o Eg. Regional não poderia adentrar no mérito, não analisado pela então JCJ, sob pena de cerceamento de defesa, em decorrência da supressão de instância. Indica violação ao art. 5º, incisos II, V, XXXIV, a, XXXV, XXXVI e LV, da Constituição Federal e ao art. 652 da CLT. De outro lado, transcreve arestos para o confronto de teses à fl. 179.

A despeito da impropriedade da conclusão alcançada pela então JCJ, que considerou quitadas as horas extras postuladas, em substância, deu-se a rejeição de tal pedido e, portanto, julgamento de mérito (artigo 269, inciso I, do CPC).

Nessa perspectiva, cumpre analisar a preliminar de nulidade do julgado, por cerceamento de defesa.

Todos os arestos colacionados revelam-se inespecíficos, porquanto aludem à extinção do processo sem julgamento do mérito, além de matéria não enfrentada na r.

sentença. E, conforme já explicitado, apesar da impropriedade técnica perpetrada pela então MM. JCJ de origem, houve análise do mérito pela JCJ, quando considerou quitadas as horas extras. Incidência da Súmula 296 do TST.

Não vislumbro ofensa ao artigo 5º, incisos II, V, XXXIV, *a*, XXXV, XXXVI e LV, da Constituição Federal e ao art. 652 da CLT.

Ora, não obstante a impropriedade técnica, perpetrada pela então JCJ de origem, ao julgar extinto o processo sem julgamento do mérito em relação às horas extras, na verdade deu-se a improcedência do pedido. A discussão relacionada à quitação das horas extras constitui típica matéria de mérito. Nesse diapasão, o então Colegiado de primeiro grau não poderia extinguir o processo, sem julgamento do mérito, quanto às horas extras.

Em face de tais considerações, conclui-se que a improcedência do pedido pronunciada em primeiro grau, fundada na quitação das horas extras, enseja ao Tribunal Regional, se já coligidas as provas, rejulgar a causa, como se fora uma “segunda primeira instância”, conforme consagrada expressão.

A respeito, oportuno trazer à baila alguns julgados provenientes do Eg. Superior Tribunal de Justiça:

“É lícito ao acórdão examinar o pedido de mérito, se a sentença não deixou de fazê-lo, embora tenha extinto o processo sem julgamento do mérito. Inocorrência de ofensa ao art. 515 do CPC.”

(STJ – 3ª Turma, REsp 7.417-SP, rel. Min. Nilson Naves, DJU 22.04.91, No mesmo sentido: STJ – 6ª Turma, REsp 167.869-SP, rel. Min. Vicente Cerrechiaro, DJU 31.08.98)

“O exame do mérito, em segundo grau, condiciona-se a que o haja sido em primeiro. Para verificar se o foi, há que se pesquisar se decidida a pretensão formulada na inicial. Isso tendo ocorrido, não importa que a sentença, equivocadamente, haja afirmado que o autor era carecedor da ação.”

(RSTJ 63/451, maioria de votos. In Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, NEGRÃO, Theotonio, 31ª edição, Editora Saraiva, fevereiro/2000, São Paulo)

O âmbito do efeito devolutivo do recurso ordinário, em *extensão*, é a declaração de “improcedência” (CPC, art. 515, *caput*), e, do ponto de vista da devolução em *profundidade*, compreende todas as questões de fato e de direito debatidas no processo, mesmo que não apreciadas integralmente pela sentença (§§ 1º e 2º do art. 515, do CPC).

Portanto, declarada a quitação das horas extras em primeiro grau de jurisdição, a sentença de improcedência enseja ao Regional, no julgamento do recurso ordinário, afastando a quitação, enfrentar o pedido em si, ou seja, a ocorrência ou não de horas extras, máxime quando o processo acha-se maduro para uma decisão definitiva, como se dá na hipótese destes autos.

JURISPRUDÊNCIA

Não colhe, neste caso, *data venia*, a objeção de afronta ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Em suma: para a realização do princípio do duplo grau não se requer que o juízo *a quo* haja exaurido a matéria de mérito no julgamento da lide. Basta que haja julgado o(s) pedido(s).

Não surpreende, assim, que a lei (CPC, art. 515, § 1º) também se satisfaça com o exame do mérito “no seu conjunto”, como diz LIEBMAN, ainda que sem esgotá-lo, para a efetivação do duplo grau. Preferiu-se sobrepor a tudo o princípio da economia processual.

Penso, em suma, que ao declarar a inexistência de quitação das horas extras e, ato contínuo, prosseguir no julgamento do pedido, o Eg. Tribunal Regional cumpriu a lei, inocorrendo violação ao princípio do duplo grau de jurisdição.

No RE nº 8.231, Relator Ministro Luiz Gallotti, e no RE nº 10.257, Relator Ministro Orozimbo Nonato, já decidiu o STF, respectivamente:

“Pode o juiz da apelação se ocupar de questões não examinadas na primeira instância; examina todos os aspectos que podiam, para o primeiro juiz, constituir objeto de exame.” (RTJ 86/87)

“A apelação devolve integralmente ao juiz de segunda instância o conhecimento da causa, repondo as partes nas condições em que se encontravam quando da contestação da lide. O juiz da apelação julga de direito e de fato, tendo sob suas vistas as questões, mesmo as omitidas pelo juiz ‘a quo’. Se o juiz da apelação conhece da causa em toda a sua extensão, sua sentença é que se torna suscetível de execução, pois substitui, no que tiver sido objeto do recurso, a sentença apelada.” (Referências feitas no RE 64.107, in RTJ 52/184)

Por todo o exposto, reputo incólumes o artigo 5º, incisos II, V, XXXIV, “a”, XXXV, XXXVI e LV, da Constituição Federal e o artigo 652 da CLT, razão pela qual não conheço do recurso, pela preliminar.

1.2 NULIDADE DO JULGADO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

O Eg. Tribunal Regional afastou a quitação das horas extras e, apreciando a prova dos autos, constatou labor extraordinário pelo Reclamante.

Para tanto, baseou-se nos depoimentos do próprio Reclamante e da testemunha, que afirmaram a ausência de registro de toda a jornada de trabalho nos cartões de ponto juntados pelo Reclamado. Acrescentou que a testemunha ouvida trabalhou para o Banco, no período de 1986 até 1989, quando presenciou o alongamento do expediente do Reclamante até às 19h e a proibição, por parte do Reclamado, da anotação, pelo Autor, do horário efetivamente trabalhado, nos cartões de ponto.

O Eg. Regional, também asseverou:

“Paralelamente, o preposto havia admitido que nos dias de pagamento do pessoal das Usinas, o reclamante laborava das 9:00 às 15:00 horas. Todavia, as folhas de ponto não indicam este expediente, muito embora o preposto haja asseverado que a anotação era efetuada (fls. 129).

Desta forma, procedem as horas extras, considerando-se a jornada, de 2ª a 4ª feira, das 7:00 às 15:30 horas e às 5ªs. e 6ªs. feiras, das 7:00 às 18:30 horas.” (fl. 156)

Irresignado, o Reclamado interpôs embargos de declaração, indicando as seguintes omissões:

a) *Quanto às horas extras concedidas às quintas e sextas-feiras* — aduziu que o acórdão fixou uma jornada de trabalho de onze horas e trinta minutos, o que, diminuindo da jornada normal de seis horas, resulta em cinco horas e trinta minutos extras. Contudo, o pedido inicial restringe-se a, no máximo, três horas extras por dia;

b) *Quanto ao depoimento da única testemunha* — alegou omissão do Eg. Regional em relação à petição e documentos que juntou aos autos (antes da prolação da sentença), onde demonstrou que, ao contrário do afirmado pela testemunha, o seu horário de trabalho não era anotado, de forma rígida, apenas das 7h50 às 14h10 mas, com início às 8h, 7h40, bem como término às 15h, 15h10, 17h40, 17h50 etc.;

c) *Quanto ao período de trabalho da testemunha* — alegou omissão em relação ao fato de que a testemunha ouvida somente trabalhou para o Reclamado no período de 1986 a 1989 (conforme reconhecido no próprio acórdão), sendo que os direitos discutidos neste processo têm limite na dispensa do Reclamante em 13/10/93;

d) *Quanto às declarações do preposto* — que a informação prestada pelo preposto somente diz respeito aos dias de pagamento do pessoal das usinas, o que aconteceu de quinze em quinze dias;

e) *Quanto aos pedidos*, constantes da defesa e das contra-razões do recurso ordinário, de *compensação* dos valores já pagos ao Reclamante, a título de horas extras e de *retenção do imposto de renda e contribuição previdenciária*.

O Eg. Regional deu provimento parcial aos embargos de declaração, para determinar a dedução das parcelas previdenciárias e de imposto de renda (fls. 169/170).

No recurso de revista, o Reclamado argüi, preliminarmente, a nulidade do julgado, em virtude de negativa de prestação jurisdicional, alegando que o Eg. Regional apenas se manifestou acerca da omissão apontada relativamente às deduções previdenciárias e fiscais, mantendo-se silente quanto às seguintes omissões:

“— Modificação do julgado, quanto as horas extras, para restringir a condenação ao número pedido pelo reclamante, (três) horas extras dia, quando a r. decisão condenou a empresa em 5h30m diárias;

- Restrição do período em que abarcava a condenação das horas extras, baseada unicamente em prova testemunhal apresentada, ao tempo em que a única testemunha ouvida afirmou haver visto a labuta do autor, o ano de 1989 e o contrato de trabalho “sub judge” se encerrou ao final de 1993; e

JURISPRUDÊNCIA

- Compensação dos valores pagos a títulos de horas extras ao reclamante, constantes dos contracheques.” (fl. 180)

Indica violação aos artigos 5º, incisos XXXIV, alínea a, XXXV, XXXVI e LV, da Constituição Federal, 832 da CLT e 458 do CPC. De outro lado, transcreve arestos para o confronto de teses às fls. 184/185.

Assiste razão ao Recorrente.

Ninguém ignora que a fundamentação da sentença ou acórdão, hoje elevada à dignidade constitucional em nosso País, a exemplo do Direito Comparado, é requisito essencial do pronunciamento decisório, “sob pena de nulidade” (CF/88, art. 93, inc. IX). A indicação pelo Juízo dos “motivos que lhe formaram o convencimento” deriva também, como se sabe, de preceitos de lei ordinária, como o art. 832 da CLT e arts. 131 e 458, inc. II, do CPC, estes de indiscutível aplicação subsidiária no processo trabalhista (CLT, art. 769).

Ocioso ressaltar a relevância da fundamentação, mormente para o controle pelo Tribunal da solução dada no Juízo “*a quo*”, seja às questões jurídicas, seja às questões de fato e à prova produzida nos autos. Sobreleva tal exigência em se tratando, como aqui, de acórdão de Tribunal Regional do Trabalho, porquanto dá a última palavra acerca dos fatos controvertidos e prequestiona teses jurídicas de modo a resguardar o interesse da parte no ulterior recurso de revista.

Efetivamente, a motivação da decisão é exigência primordial, de ordem pública, constituindo garantia inerente ao próprio Estado de Direito, como acentua o prof. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (“Temas de Direito Processual”, Segunda Série, Saraiva, 1980, pág. 83).

Não foi sem razão que do preceito da motivação da sentença disse ALFREDO ARAÚJO LOPES DA COSTA, com rara felicidade:

“Ele é que põe a administração da justiça a coberto da suspeita dos piores vícios que possam manchá-la: o arbítrio e a parcialidade.” (in “*Direito Processual Civil Brasileiro*”, 2ª ed., 1959, V. III, pág. 297)

PIERO CALAMANDREI acentuou, com maestria, o modo por que o Juiz deve dar atendimento à exigência de motivação da decisão:

“A fundamentação da sentença é, sem dúvida, uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como um levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois se está errada pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado se desorientou.” (in “*Eles, os Juízes, Vistos por Nós, os Advogados*”, Livraria Clássica, Lisboa, 1960, 3ª ed. p. 143)

A toda a evidência, o Eg. Regional não outorgou a prestação jurisdicional, uma vez que não apreciou a matéria detidamente, explicitando todas as questões que respaldaram sua tese.

JURISPRUDÊNCIA

Com efeito. O Reclamado foi condenado ao pagamento das horas extras, considerando a seguinte jornada: de 2ª a 4ª feira, das 7h às 15h30, e 5ª e 6ª feira, das 7h às 18h30.

O Tribunal esclareceu que a única testemunha ouvida trabalhou para o Reclamado no período de 1986 a 1989. De outro lado, acolheu a prescrição quinquenal.

Instado mediante embargos de declaração, o Eg. Tribunal não sanou as omissões apontadas, limitando-se a alegar que o Reclamado pretendia a reavaliação da prova, procedimento inviável por meio de embargos declaratórios.

Portanto, não esclareceu se o pleito do Reclamante limita-se a três horas extras diárias, além de não especificar se o depoimento da testemunha vale também para o período em que não trabalhou com o Reclamante. E, por fim, também não se posicionou a respeito de um possível pedido de compensação dos valores já pagos a título de horas extras, trazidos na defesa e nas contra-razões ao recurso ordinário.

Ora, mister que o Eg. Regional explicita, motivadamente, os fundamentos de sua tese, possibilitando assim que as partes exercitem o direito de recorrer.

Conforme já afirmado, os esclarecimentos solicitados pelo Reclamado, quando da oposição dos embargos declaratórios, dizem respeito ao conteúdo fático-probatório produzido nos autos. Considerando a importância de esclarecimento em torno de tais questões e, especialmente, o fato de ser o Tribunal Regional a última instância com autorização para proceder a seu exame, não remanesce dúvida de que o silêncio do Regional implicou negativa de prestação jurisdicional, com a conseqüente violação ao artigo 832 da CLT.

Conheço do recurso, por violação ao artigo 832 da CLT e ao artigo 458 do CPC.

2 MÉRITO DO RECURSO

2.1 NULIDADE DO JULGADO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Diante do exposto, *dou provimento* ao recurso de revista para, anulando o v. acórdão proferido em embargos de declaração de fls. 162/166, por vício procedimental ofensivo à lei, determinar que outra decisão seja proferida, com o enfrentamento das questões postuladas nos embargos declaratórios interpostos pelo Reclamado, relacionadas ao número de horas extras postuladas pelo Reclamante, ao período em que a testemunha não laborou no mesmo local de trabalho do Reclamante e quanto ao pedido de compensação dos valores já pagos a título de horas extras.

Determino o sobrestamento do exame dos temas remanescentes do recurso do Recorrente, o qual deverá ser submetido ao TST, com ou sem novo recurso de revista.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, unanimemente, conhecer do recurso de revista somente quanto ao tema nulidade do julgado — negativa de prestação jurisdicional, por violação ao art. 832 da CLT e 458

do CPC e, no mérito, dar-lhe provimento para, anulando o v. acórdão proferido em embargos de declaração de fls. 162/163, por vício procedimental ofensivo à lei, determinar que outra decisão seja proferida, com o enfrentamento das questões postuladas nos embargos declaratórios interpostos pelo Reclamado, relacionadas ao número de horas extras postuladas pelo Reclamante, ao período em que a testemunha não laborou no mesmo local de trabalho do Autor e quanto ao pedido de compensação dos valores já pagos a título de horas extras. Determinar o sobrestamento do exame dos temas remanescentes do recurso do Recorrente, o qual deverá ser submetido ao TST, com ou sem novo recurso de revista.

Brasília, 10 de abril de 2002. *João Oreste Dalazen*, ministro relator.

RECLAMAÇÃO CORREICIONAL

Requerente: Carlos Alberto Gamarra Pavon

*Requerido: Fernando Antônio Zorzenon da Silva, juiz do TRT da 1ª Região
(Processo nº TST-RC-48861-2002-000-00-00-9)*

DESPACHO

Trata-se de reclamação correicional, com pedido de liminar, apresentada por CARLOS ALBERTO GAMARRA PAVON, jogador de futebol profissional, contra despacho do Juiz do TRT da 1ª Região, Dr. Fernando Antônio Zorzenon da Silva, que indeferiu a liminar pleiteada pelo requerente na inicial do mandado de segurança nº 476/2002, mantendo o indeferimento do pedido de antecipação de tutela, que fora formulado por ele nos autos da reclamação trabalhista nº 0862-2002-063-01-00-0, promovida em desfavor do Clube de Regatas do Flamengo, e, em consequência, obstaculizando a transferência dele para outra agremiação futebolística.

Sustenta que impetrou o mandado de segurança no TRT da 1ª Região com o objetivo de coibir o ato do Juiz Substituto da 63ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro-RJ, pelo qual lhe foi indeferida a antecipação de tutela requerida na inicial da ação trabalhista, e, assim, obter liberação do vínculo desportivo para poder exercer sua atividade profissional em qualquer agremiação desportiva, do Brasil ou do Exterior, até o trânsito em julgado da referida ação. Isso porque, a reclamação trabalhista veicula pedido de rescisão indireta “lastreado no art. 31, *caput*, e § 2º da Lei nº 9.615/98, por inadimplemento de obrigações trabalhistas, tanto por parte da reclamada, quanto por fatos de terceiros, em situação na qual a reclamada era co-responsável por força de lei” (fl. 05), basicamente, porque, durante o período em que prestou serviços exclusivamente para o Flamengo, esse não efetuou regularmente os depósitos em sua conta vinculada do FGTS. Assim, além da multa rescisória, que o contrato prevê, ele faz *jus* a verbas remuneratórias decorrentes de contrato de imagem, e, ainda, de contrato de empréstimo, já que deixou de receber 3 parcelas decorrentes de empréstimo para o A. E. K. ATHENS S/A. da Grécia, assim como aos valores relativos aos depósitos fundiários.

Informa que foi contratado pelo Clube de Regatas do Flamengo pelo período de 11/8/2000 a 10/8/2002.

Examinando o *mandamus*, o relator indeferiu o pedido de liminar fundamentando que não estava configurada qualquer ilegalidade ou abuso de direito, uma vez que o juiz, ao deferir ou indeferir pedido de antecipação de tutela, apenas exerce faculdade a ele atribuída pelo art. 273 do CPC, e que, além disso, não havia elementos nos autos que autorizassem a conclusão de que o litisconsorte estivesse impedindo o exercício profissional do impetrante, pois isso só ocorreria se esse, após pagar a multa rescisória, tivesse obstaculizada sua transferência para outro clube, o que, no entender do requerente, equiivale a determinar a ele que pague o valor de U\$ 9.000.000,00 (nove milhões de dólares americanos), o que corresponde a R\$ 28.800.000,00 (vinte e oito milhões e oitocentos mil reais), se realmente deseja a liberação.

Essa decisão gerou a presente reclamação correicional, em que o requerente pretende demonstrar que a não-concessão da liminar e, por conseguinte, a manutenção do indeferimento da antecipação da tutela pleiteada na ação trabalhista “tumultua o processo, causando um transtorno descabível ao reclamante” (fl. 15), haja vista que: a) a Constituição Federal, no art. 5º, inciso XIII, assegura o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, e, além dessa garantia constitucional, a pretensão do requerente à rescisão indireta do seu contrato de trabalho fundamenta-se no art. 31, § 2º, da Lei nº 9.615, que trata da ausência dos depósitos do FGTS; b) o instituto do passe deixou de existir, em face do que dispõe o § 2º do art. 28 da Lei nº 9.615/98, alterado pela Medida Provisória nº 2.141/2001; c) o despacho que indeferiu a antecipação da tutela desconsiderou elementos cruciais que fundamentam o pedido, tais como a confissão tácita do reclamado sobre a juntada de recibos do FGTS todos com data de recolhimento posterior à propositura da ação, circunstância que não elide a mora; d) “o MM. juiz relator ao condicionar a liberação do reclamante ao prévio pagamento de qualquer valor, multa ou caução, julga o pedido do ‘mandamus’ de forma ‘extra legem’”, uma vez que, “não há nas normas que regulamentam a especificidade da profissão de atleta, qualquer determinação no sentido de condicionar a concessão de condição de jogo, isto é liberdade de trabalho a um depósito prévio de multa” (fl. 15); e) o *periculum in mora* está evidenciado, na hipótese, pela peculiaridade da profissão de atleta de futebol, pois, como depende de habilidade e força física para exercer sua atividade, tem vida profissional curta, e, além disso, o requerente vem negociando com a entidade desportiva F. C. Internazionale Milano, S. P. A, da Itália, mas precisa obter o registro junto à CBF para que o contrato se aperfeiçoe, e, como o mês de agosto, em todo o mundo, é o período em que os clubes reorganizam suas equipes, se ele não conseguir formalizar um novo contrato de trabalho nesse momento, ainda que provisório, ficará sem poder trabalhar por um longo período; f) o requerente juntou aos autos da reclamatória documento do Internazionale Milano, comunicando a assinatura de contrato, no intuito de demonstrar o perigo da demora, mas, por absoluta falta de tempo hábil, o documento foi apresentado em língua estrangeira; e g) a audiência de instrução do processo principal foi marcada para o dia 18/10/2002, e o reclamante, em face das características da profissão, não tem condições de aguardar até lá sem trabalhar, pois, qualquer afasta-

JURISPRUDÊNCIA

mento de sua atividade, por mais reduzido que seja o tempo, reduz-lhe o condicionamento físico.

Requer, pois, a concessão de liminar para que sejam sustados os efeitos do ato impugnado e, em conseqüência, declarado o encerramento do vínculo desportivo e concedida a liberdade de trabalho, sem qualquer restrição, a fim de que ele possa contratar com outra agremiação desportiva.

Em tese, não cabe à Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho intervir nos feitos em andamento para, em autêntico julgamento monocrático, substituir o juiz natural. Pode fazê-lo, entretanto, excepcionalmente, desde que fique evidenciado, de forma clara e irrefutável, que a não-sustação do ato impugnado pode acarretar palpável prejuízo à parte, pondo em risco a eficácia do provimento final buscado por ela.

No caso *sub examine*, a atuação da autoridade requerida não implica subversão aos princípios processuais, haja vista que a concessão ou não de liminar em sede de mandado de segurança é uma faculdade conferida por lei (Lei nº 1.533/51, art. 7º) ao relator do processo, que, ao exercer essa prerrogativa, atua em regular atividade jurisdicional, dentro de sua competência funcional legalmente instituída pelo Regimento Interno do Tribunal em que exerce a jurisdição.

Todavia, a despeito de não se divisar, na hipótese, o atentado à boa ordem procedimental, e independentemente dos fatos que ensejaram o pedido de rescisão indireta, que se encontra *sub judice* nos autos da ação trabalhista, matéria afeta ao mérito da relação processual originária e dependente de instrução probatória, portanto, sobre a qual não compete à Corregedoria-Geral opinar, verifica-se que é *incontestável*, na hipótese, o *periculum in mora*.

Isso porque, em face das peculiaridades da profissão de atleta de futebol, que depende de vigor físico e de excelente condicionamento, a atividade dele não pode ser interrompida, ainda que por um curto período de tempo, sob pena de gerar conseqüências funestas para a futura carreira. Além disso, *in casu*, se não for efetivado o registro do novo contrato de trabalho do atleta junto à CBF, principalmente nesse período em que as entidades desportivas formam as suas equipes, e, por isso, ele vier a perder uma oportunidade de trabalho possivelmente mais vantajosa, daí poderá decorrer lesão de difícil reparação.

Vale lembrar que esta Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, atenta ao preceito constitucional que assegura a todos os jurisdicionados o livre exercício de profissão, vem firmando posicionamento de garantir sempre ao atleta profissional o direito de continuar a jogar futebol.

Há que se considerar, ainda, que, no caso vertente, o contrato de trabalho firmado entre o requerente e o Clube de Regatas Flamengo prevê multa rescisória para a hipótese de transferência do atleta para qualquer clube do exterior (fl. 73). Assim, se ele vier a ser vencido na demanda trabalhista, não só terá perdido a oportunidade de firmar um novo contrato com a agremiação desportiva estrangeira, como terá que pagar a multa em proveito do ex-empregador, que, dessa forma, fica resguardado de eventual prejuízo.

JURISPRUDÊNCIA

Tal situação autoriza a intervenção da Corregedoria-Geral, ainda que momentânea, para conjurar o perigo iminente, até que o requerente possa obter o provimento jurisdicional definitivo.

Destarte, *DEFIRO a liminar* requerida para suspender os efeitos do ato impugnado e, em consequência, garantir o registro do contrato firmado entre Carlos Alberto Gamarra Pavon e o F. C. Internazionale Milano, S. P. A., junto à Confederação Brasileira de Futebol (CBF), em reconhecimento do livre exercício da profissão de jogador de futebol, até o julgamento final da presente reclamação correicional.

Com vistas à instrução do feito, concedo ao requerente o prazo de 10 dias, a fim de que junte aos autos instrumento de mandato com outorga de poderes específicos aos subscritores da petição inicial para apresentar reclamação correicional, de acordo com o disposto no parágrafo único do art. 16 do RICGJT, sob pena de indeferimento da petição inicial e, por conseguinte, de cassação da liminar concedida.

Dê-se ciência, com a máxima urgência, por fac-símile, do inteiro teor da presente decisão interlocutória ao Juiz Presidente da 63ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro/RJ, à Confederação Brasileira de Futebol (CBF) e ao Juiz relator do mandado de segurança nº TRT-476/2002, solicitando a esse último as informações necessárias, dentro do prazo de 10 dias.

Cite-se o Clube de Regatas do Flamengo, no endereço indicado à fl. 17, para, querendo, integrar a relação processual, em igual prazo.

Intime-se o requerente.

Publique-se.

Brasília, 8 de agosto de 2002. *Ronaldo Lopes Leal*, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho.

RECLAMAÇÃO CORREICIONAL

Requerente: Duke Energy Internacional, Geração Paranapanema S.A.

Requerido: Gerson Lacerda Pistori, juiz do TRT da 15ª Região

(Processo nº TST-RC-66553-2002-000-00-00-5)

DESPACHO

DUKE ENERGY INTERNACIONAL, GERAÇÃO PARANAPANEMA S/A formula *reclamação correicional, com pedido de liminar, contra despacho* do Juiz do TRT da 15ª Região, Dr. Gerson Lacerda Pistori, nos autos da ação cautelar nº TRT-838/2002-ACR-1, em trâmite naquele Tribunal, *que indeferiu pedido de reconsideração formulado pela requerente*, mas acolheu requerimento do Ministério Público do Trabalho *para, mantendo integralmente despachos anteriormente exarados naqueles autos, determinar que a empresa se abstenha de despedir trabalhadores ou de impor-lhes assinatura de "PDV", e promova a reintegração dos trabalhadores demitidos*,

pagando os salários dos dias de afastamento, no prazo de 48 horas, sob pena de multa diária.

É necessário breve retrospectiva dos fatos que ensejaram esta reclamação cor-reicional para melhor compreensão.

O Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Energia Elétrica de Campinas, entidade representativa da categoria profissional dos eletricitários, ajuizou ação cautelar preparatória de dissídio coletivo de natureza econômica em desfavor da empresa, ora requerente, visando à manutenção das condições contratuais instituídas pelos acordos coletivos de Trabalho, cuja vigência expirou em 31/5/2002, inclusive da cláusula de “Gerenciamento de Pessoal”, assecuratória da estabilidade provisória, até que novo acordo coletivo de trabalho fosse negociado ou até que sobreviesse sentença normativa na ação principal. Para tanto, sustentou que, após ter obtido a garantia da data-base, mediante protesto judicial, a empresa promoveu, em 1º/6/2002, dispensa sem justa causa de alguns empregados em disponibilidade, que, em tese, seriam estáveis por força da referida cláusula.

Examinando a cautelar, o relator deferiu a liminar, ao entendimento de que “A prorrogação do Dissídio anterior na totalidade das cláusulas vem ao encontro da necessidade de se manter a paz social. A suspensão abrupta das condições resolutivas expressas acarretaria mutação prejudicial à classe trabalhadora no que tange as condições de trabalho” (fl. 288).

Após a concessão da liminar, a empresa ingressou com agravo regimental, que foi desprovido. Concomitantemente, enviou novos comunicados de desligamento de empregados, a partir de 23/9/2002, o que ensejou manifestação do sindicato autor nos autos da ação cautelar, que requereu a suspensão liminar das dispensas efetivadas sob a alegação de descumprimento da liminar concedida.

O requerimento do sindicato foi deferido, mediante despacho (fl. 426), pelo qual foi determinada a suspensão das dispensas efetivadas, e, ainda, a imediata expedição de ofício ao Ministério Público do Trabalho com vistas à apuração de crime de desobediência.

Inconformada, a empresa pleiteou a reconsideração desse despacho, argumentando que não teria efetuado nenhuma dispensa na base territorial do sindicato autor da medida cautelar, pois a quase totalidade dos empregados demitidos em 23/9/2002 estariam representados por três outros sindicatos, com os quais ela celebrou novos acordos coletivos, a partir de 1º/6/2002, excluindo a cláusula assecuratória de emprego.

Redargüindo, o sindicato autor propugnou pela manutenção da liminar, aduzindo que os empregados demitidos, antes de serem postos em licença remunerada, encontravam-se lotados em localidades abrangidas pela sua base territorial, que, de acordo com seu Estatuto e Carta Sindical, compreenderiam as Usinas denominadas Salto Grande, Capivara, Taquaruçu, Rosana, Canoas I e Canoas II, localizadas, respectivamente, nas cidades de Salto Grande, Taciba, Sandovalina, Rosana (antiga Estrela do Norte), Cândido Motta e Palmital, e que, além disso, os referidos empregados, em sua maioria, seriam associados da referida entidade sindical.

Nesse passo, o Ministério Público do Trabalho – Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região interveio no feito (fls. 590/595) corroborando a pretensão acautelatória do sindicato autor, por considerar que os efeitos da liminar deferida devem recair sobre toda a base territorial do sindicato autor, delimitada nos estatutos acostados ao processo principal (TRT-DC-935/2002), que não sofreram nenhuma impugnação. Em consequência, requereu que a empresa fosse compelida a reintegrar de imediato os empregados demitidos, assim como a abster-se de demitir trabalhadores ou de impor-lhes a assinatura de PDV.

Analisando os pleitos, o novo relator sorteado, Dr. Gerson Lacerda Pistori, indeferiu o pedido de reconsideração da empresa, mas acolheu o requerimento do Ministério Público do Trabalho para, mantendo integralmente os despachos antes exarados, a fls. 229 e 364 dos autos da cautelar, determinar à empresa “que, até resolução do processo principal, abstenha-se de despedir trabalhadores ou de impor-lhes a assinatura de ‘P.D.V.’, e promova a reintegração dos trabalhadores demitidos, protegidos pela liminar deferida, com o respectivo pagamento dos salários dos dias de afastamento, no prazo de 48 horas, sob pena de ‘astreintes’ “ (fl. 613). Fundamentou a referida autoridade que eventual discussão sobre a base territorial do sindicato autor deve ser promovida na ação principal – dissídio coletivo já instaurado. A cautelar, em face de sua natureza acessória, tem por escopo apenas assegurar a eficácia do dissídio coletivo. Por conseguinte, os efeitos da liminar nela deferida recaem sobre toda a base territorial da entidade requerente, delimitada em seus estatutos.

Daí a presente reclamação correicional, em que a empresa sustenta que essa decisão contraria a boa ordem processual, haja vista que, ao ampliar os efeitos da liminar antes concedida, imprimiu-lhe eficácia além do pedido e da competência territorial do sindicato autor da ação cautelar e, além disso, suprimiu da empresa o direito potestativo de rescindir os contratos de trabalho dos empregados que exercem funções nas unidades não compreendidas na base territorial do sindicato obreiro de Campinas, causando-lhe prejuízo infundado, já que a obriga a manter folha de pagamento de empregados que já não possuem mais estabilidade no emprego. Isso porque, a seu ver, a liminar deferida na cautelar permanece eficaz apenas no tocante aos empregados representados pelo sindicato autor (que atualmente perfazem o total de 5 empregados em regime de licença remunerada), cuja base territorial abrange, tão-só, os trabalhadores lotados nas Usinas de Rosana e Canoas I. Os demais, segundo afirma a requerente, não estão acobertados por nenhuma estabilidade, já que ela firmou novos acordos coletivos de trabalho com outros três sindicatos (Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Energia Elétrica de Ipaussú, Sindicato dos Eletricitários de São Paulo e Sindicato dos Engenheiros do Estado de São Paulo), devidamente constituídos e com base territorial definida, para vigerem de 1º/6/2002 a 31/5/2003, sem a renovação da cláusula referente à garantia de emprego. Sob essa perspectiva, ressalta que, ao contrário do que asseverou a decisão corrigenda, o dissídio coletivo não constitui sede adequada para questionar a constituição de entidade sindical ou o alcance de sua base territorial, porque essa matéria é da competência da Justiça Comum.

JURISPRUDÊNCIA

Aduz, outrossim, que não está evidenciado, nos autos da medida cautelar, o perigo da demora, pois, se as cláusulas dos acordos coletivos anteriores forem mantidas, os efeitos do novo instrumento normativo terão eficácia retroativa sem nenhum prejuízo para os empregados, uma vez que a data-base foi assegurada pelo competente protesto judicial; e que também não se verifica a fumaça do bom direito, já que a cláusula em tela foi acordada na época do processo de privatização da Companhia Energética de São Paulo – CESP para garantir aos empregados que não haveria demissão em massa, não se justificando mais a sua manutenção.

Pondera, ainda, que é vedado ao Judiciário suprimir as etapas de negociação do processo coletivo, sob pena de violação do que dispõe o Título VI da CLT e o art. 114 da Constituição Federal.

Requer, pois, a concessão de liminar, a fim de que sejam suspensos os efeitos da decisão impugnada, que “indeferiu o pedido de reconsideração da empresa e manteve o despacho de fl. 364 dos autos” (fl. 21). Propugna, por fim, pela cassação do referido ato, a fim de que a empresa “possa promover a demissão de seus empregados representados pelos sindicatos que celebraram acordos coletivos de trabalho, com vigência a partir de 1º/6/2002, sem a inserção da cláusula assecuratória de emprego” (fls. 21/22).

Inicialmente, há de ser refutada a alegação da requerente de que o dissídio coletivo não é sede adequada para questionar a constituição de entidade sindical ou o alcance de sua base territorial, por se tratar de matéria da competência da Justiça Comum. Isso porque é competente a Justiça do Trabalho para apreciar questões prejudiciais que impliquem exame *incidenter tantum*, porquanto o Código de Processo Civil, no artigo 469, inciso III, admite a possibilidade de haver solução prejudicial sem âmbito de coisa julgada, tendo em mira os dissídios que são afetos ao Juiz, seja de que ramo do Poder Judiciário for, uma vez que, do contrário, ver-se-ia na contingência de suspender a tramitação da causa para aguardar pronunciamento da justiça material competente, o que implicaria criar embaraços à solução dos litígios apresentados, em total despropósito dos princípios da celeridade e da economia processual.

Esclarecido esse aspecto, verifica-se que, *in casu*, a atuação da autoridade requerida, de fato, implicou tumulto aos princípios processuais, haja vista que, ao ampliar os efeitos da liminar concedida na cautelar, a pretexto de assegurar a utilidade da ação principal (dissídio coletivo já instaurado), não só extrapolou os limites do pedido inicial formulado na cautelar, como suprimiu etapas da negociação coletiva, indispensável à instauração do dissídio coletivo.

Além disso, a decisão atacada, a toda evidência, não exprime propriamente tutela acautelatória, e, sim, tutela tipicamente de mérito e, o que é mais grave, tutela antecipada de natureza coletiva, de amplo espectro, por encerrar comando de cunho nitidamente satisfativo da pretensão de direito material, já que a contra-ordem das demissões efetivadas após 23/9/2002 e, conseqüentemente, a reintegração exigem apuração da possível estabilidade e, por decorrência, da ultratividade ou não da cláusula assecuratória dessa estabilidade, que, por sua vez, depende da verificação da base territo-

JURISPRUDÊNCIA

rial do sindicato autor, procedimento que implicaria cognição plena da controvérsia, *o que é inviável em sede de ação cautelar.*

Ora, sabe-se que o processo cautelar, em face de sua natureza instrumental e acessória, não é via idônea à obtenção de qualquer providência que importe em declaração de direito, pois não tem por finalidade reconhecer ou negar razão ao litigante a respeito do bem da vida postulado, ostentando, tão-só, objetivo auxiliar e subsidiário das atividades cognitiva e executiva, visando assegurar o resultado útil do processo.

De outra parte, é possível vislumbrar, na hipótese, o perigo da demora, isto é, o fundado temor da existência de dano irreparável à empresa, ora requerente, pois, em face da ampla abrangência imprimida à liminar deferida na cautelar, ela está sendo compelida a manter em seu quadro empregados que podem não pertencer à categoria representada pelo Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Energia Elétrica de Campinas – autor da referida ação.

Há de se considerar, ainda, que estabilidade decorrente de norma coletiva não é permanente, portanto não pode o Judiciário assegurar-lhe eficácia *ad eternum*, à revelia da negociação coletiva.

Ante o exposto, *defiro a liminar requerida na inicial* para suspender a eficácia do ato impugnado e, por decorrência, do ato que o antecedeu e motivou o pedido de reconsideração da requerente (Despacho de fl. 364 dos autos do processo nº TRT-AC-838/2002-ACR-1), até o julgamento do mérito do dissídio coletivo nº TRT-DC-935/2002, em trâmite no TRT da 15ª Região.

Com vistas à instrução do feito, *concedo à requerente o prazo* de 10 dias para que *anexe* aos autos mais duas cópias da petição inicial, conforme dispõe o art. 16 do RICGJT, a fim de viabilizar a citação do Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Energia Elétrica de Campinas e o Ministério Público do Trabalho na condição de terceiros interessados.

Reaute-se o feito para que passe a constar na capa como autoridade requerida Gerson Lacerda Pistori, Juiz do TRT da 15ª Região.

Dê-se ciência, com a máxima urgência, por fac-símile, da presente decisão interlocutória ao Juiz relator da ação cautelar nº TRT-838/2002-ACR-1, Dr. Gerson Lacerda Pistori, solicitando-lhe as informações necessárias, no prazo de 10 dias, e enviando-lhe cópia da petição inicial.

Intime-se a requerente.

Publique-se.

Brasília, 14 de novembro de 2002. *Ronaldo Lopes Leal*, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho.

Ementário de Jurisprudência

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA*

TRIBUNAL PLENO

MATÉRIA ADMINISTRATIVA. DESCONTO PREVIDENCIÁRIO. FUNÇÃO COMISSIONADA

MATÉRIA ADMINISTRATIVA. DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS SOBRE GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO COMISSIONADA. Se com a promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98, a correspondência entre contribuições e benefícios passou a ser individual e se nesses benefícios, por sua vez, não pode ser incluída a retribuição da função comissionada, conclui-se que tal função não pode compor a base de cálculo das contribuições previdenciárias, sob pena de se entender que a contribuição previdenciária tem feição de verdadeiro imposto, a ser pago pelos servidores, e não de contribuição.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Matéria administrativa – descontos previdenciários sobre gratificação de função comissionada. – Conhecido. – Mérito – provido. (*Processo nº TST-MA-797.436/01 – Ac. Pleno – Rel. Min. Ronaldo José Lopes Leal – DJU 18.10.2002*)

SUBSEÇÃO ESPECIALIZADA EM DISSÍDIO COLETIVOS

AÇÃO ANULATÓRIA. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

ADICIONAL NOTURNO – CLÁUSULA CONSTANTE DE ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. 1. A Carta Magna atual objetivou, claramente, atribuir maior força às convenções e acordos coletivos, a ponto de autorizar, por meio desses instrumentos, até mesmo a redução salarial (art. 7º, inciso VI) e a compensação de horários (art. 7º, inciso XIII). Se a própria Constituição Federal consagra a possibilidade de validar modificações referentes a salário e a jornada de trabalho, não há como se considerar que a cláusula ora impugnada, ao afastar uma presunção estabelecida pela lei com a finalidade de garantir maior remuneração ao trabalho noturno, afronte qualquer dispositivo legal. 2. O resultado atingido pela autocomposição das partes não pode ser avaliado por um dispositivo ou outro considerado isoladamente; deve-se levar em conta o conjunto do instrumento coletivo, para não debilitar o equilíbrio dos interesses que o originaram e, conseqüentemente, valorizar o processo de negociação e a composição autônoma preconizados pela Constituição Federal. 3. Recurso ordinário provido para restabelecer a validade de cláusula acordada pelas partes que, fixando a hora noturna em 60 (sessenta) minutos, estabelece em 40% (quarenta por cento) o adicional correspondente.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Ação anulatória – cláusula normativa – validade – adicional noturno – elastecimento da hora noturna. – Conhecido. – Mérito – pro-

* Os acórdãos ementados estão disponíveis em seu inteiro teor na página do Tribunal na Internet – www.tst.gov.br.

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

vido. (*Processo nº TST-ROAA-09203-2002-900-09-00-6 – Ac. SDC – Rel. Min. Rider Nogueira de Brito – DJU 27.9.2002*)

SUBSEÇÃO I ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. ILEGITIMIDADE. Conquanto irrefutável o cabimento de ação civil pública na Justiça do Trabalho, trata-se de instituto concebido eminentemente para a tutela de interesses coletivos e difusos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos. Ao órgão do Ministério Público do Trabalho não é dado manejá-la em defesa de interesses individuais homogêneos, cuja metaindividualidade exsurge apenas na forma empregada para a defesa em juízo. Embora de origem comum, trata-se de direitos materialmente divisíveis, razão pela qual a reparação decorrente da lesão sofrida pelo titular do direito subjetivo é sempre apurável individualmente. Exegese que se extrai da análise conjunta dos artigos 129, inciso III, da Constituição da República de 1988 c/c 83 da Lei Complementar nº 75/93. Embargos de que não se conhece.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Preliminar de nulidade do acórdão de turma do TST por negativa de prestação jurisdicional – omissão – tese sobre o fato de os direitos individuais homogêneos serem espécie do gênero direitos coletivos. – Preliminar não conhecida. II – Ilegitimidade ativa – Ministério Público – ação civil pública – defesa de direitos individuais homogêneos. – Recurso não conhecido. (*Processo nº TST-ERR-596.135/99 – Ac. SBDI 1 – Rel. Juiz Convocado Georgenor de Sousa Franco Filho – DJU 25.10.2002*)

ACORDO COLETIVO. HORAS EXTRAS

ACORDO COLETIVO – CLÁUSULA QUE PREVÊ A PERCEPÇÃO DE HORAS EXTRAS FIXAS – VALIDADE. Válida é a cláusula de acordo coletivo de trabalho firmado entre o Reclamado e a entidade sindical profissional, que prevê a percepção de horas extras fixas, em razão da transferência do empregado da empresa de processamento de dados para o Banco integrante do mesmo grupo econômico. Os acordos e convenções coletivas constituem manifestação da vontade entre as categorias profissional e econômica. Refletem o interesse maior da coletividade por eles abrangida, não podendo o Poder Público interferir e anular cláusula de acordo coletivo de trabalho. Para tanto, é necessário adotar o procedimento específico, previsto no art. 615 da CLT. Embargos providos, no particular.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Preliminar de nulidade do acórdão da turma do TST por negativa de prestação jurisdicional – omissão – não reconhecimento da validade do acordo pelo TRT. – Preliminar não conhecida. II – Multa – embargos declaratórios protelatórios – violação do artigo 538 do CPC. – Recurso não conhecido. III –

Admissibilidade do recurso de revista – acordo coletivo de trabalho – validade – empregado de empresa de processamento de dados – jornada de 8 horas diárias – transferência do vínculo empregatício para banco do mesmo grupo econômico – desmembramento do salário – pagamento das 7ª e 8ª horas como horas extras fixas. – Conhecido por violação do artigo 896 da CLT. – Mérito – embargos acolhidos. (*Processo nº TST-E-RR-351.911/97 – Ac. SBDI 1 – Rel. Min. Rider Nogueira de Brito – DJU 1.3.2002*)

ADICIONAL DE HORA EXTRA. ACORDO COLETIVO

HORAS EXTRAS – ADICIONAL – ACORDO COLETIVO – NORMA MAIS BENÉFICA. As condições de trabalho alcançadas por força de Sentença Normativa ou Acordo Coletivo de Trabalho vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos. 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 fixar o alcance de determinada norma, devem ser prestigiadas, sob pena de desestímulo à aplicação dos instrumentos convencionais, hoje alçados ao nível constitucional (art. 7º, XXVI, da Constituição da República). Recurso de Embargos do Reclamado conhecido e provido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Preliminar de intempestividade argüida em impugnação – férias forenses – suspensão dos prazos recursais. – Preliminar rejeitada. II – Acordo coletivo de trabalho – cláusula – validade – redução do percentual do adicional de hora extra. – Conhecido por violação do artigo 7º, inciso XXVI da CF/1988. – Mérito – embargos acolhidos. (*Processo nº TST-E-RR-398.109/97 – Ac. SESBDI 1 – Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula – DJU 18.10.2002*)

ADMISSIBILIDADE. RECURSO DE REVISTA. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO

EMBARGOS. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. Na Justiça do Trabalho é consagrada a dupla análise dos pressupostos recursais inerentes à Revista, sendo o juízo de admissibilidade exercido tanto pela Corte *a quo* quanto pela Corte *ad quem*, não estando esta vinculada ao pronunciamento daquela. Ocorre que, impondo-se o exame dos pressupostos intrínsecos e extrínsecos da Revista como dever da Corte Superior, por força de sua competência, tem-se, dessa forma, que o TST não está vinculado quer à manifestação do juízo primeiro de admissibilidade quer à manifestação da parte. Em outras palavras, a competência da Corte *ad quem* para a análise da viabilidade do processamento da Revista, em sede de Agravo de Instrumento, é matéria de ordem pública, não estando o TST adstrito ao exame do despacho denegatório, ou veiculado pela parte, em sua minuta de Agravo de Instrumento. Embargos não conhecidos.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Recurso de revista – primeiro juízo de admissibilidade – indeferimento – procedimento sumaríssimo – afastamento pelo juízo *ad quem* em agravo de instrumento – manutenção do indeferimento por fundamento diverso – aplicação do Enunciado nº 353 do TST. – Recurso não conhecido. (*Processo nº*

TST-E-AIRR-736.110/01 – Ac. SESBDI 1 – Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula – DJU 25.10.2002)

DIÁRIAS. INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO

DIÁRIAS – INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO – EMPREGADO DISPENSADO DE PRESTAR CONTAS DAS DESPESAS REALIZADAS NAS VIAGENS, SALVO SE EXCEDIDO O LIMITE PREDETERMINADO EM TABELA – DIÁRIAS SUPERIOR A 50% DO SALÁRIO – INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ARTIGO 457, §§ 1º E 2º, DA CLT. Diárias constituem valores que o empregador coloca à disposição de empregado que trabalha externamente, para que possa fazer frente às suas despesas com transporte, alimentação e pernoites. Têm natureza indenizatória. Demonstrado, no entanto, conforme revela o Regional, que os valores à disposição do reclamante podiam ser utilizados como bem quisesse e que, ademais, não estava obrigado a prestar contas, salvo se ultrapassassem os limites fixados em tabela, e que, regra geral, ultrapassavam a 50% do salário, por certo que a hipótese é de “diárias impróprias”, ou seja, verba tipicamente salarial, para todos os efeitos (Enunciado nº 101 do TST). Recurso de embargos não conhecido integralmente.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Admissibilidade – recurso de revista – violação do artigo 896 da CLT – diárias de viagem – valor superior a 50% do salário – natureza jurídica – integração ao salário. – Recurso não conhecido. (*Processo nº TST-E-RR-712.793/00 – Ac. SBDI 1 – Rel. Min. Milton de Moura França – DJU 6.9.2002*)

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. REGIÕES DIVERSAS

EMBARGOS – EQUIPARAÇÃO SALARIAL – SERVIÇO PRESTADO POR RECLAMANTE E PARADIGMAS EM MUNICÍPIOS DIVERSOS, MAS SUBORDINADOS À MESMA SUPERINTENDÊNCIA. Não há como divisar violação ao artigo 461, da CLT, porque, na hipótese dos autos, o Reclamante e paradigmas estão apenas subordinados à mesma superintendência, o que não preenche o requisito “mesma localidade”, a ensejar a concessão da equiparação postulada. Ademais, não foi afirmada pelo Egrégio Tribunal Regional a existência das mesmas condições de vida e sócio-econômicas nos Municípios em questão ou que pertençam à mesma região geoeconômica ou metropolitana, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 252, da C. SBDI-1. Embargos não conhecidos.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Equiparação salarial – reclamante e paradigma que trabalham em localidades diversas – subordinação à mesma superintendência. – Recurso não conhecido. (*Processo nº TST-E-RR-481.189/98 – Ac. SBDI 1 – Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi – DJU 25.10.2002*)

EXECUÇÃO. COISA JULGADA. VIOLAÇÃO

RECURSO DE REVISTA. PROCESSO DE EXECUÇÃO. LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO À DATA-BASE DA CATEGORIA. VIOLAÇÃO DO ART. 5º, II E XXXVI, DA CARTA MAGNA. Em se tratando de processo de execução, o êxito do recurso de revista pressupõe demonstração de afronta a literal preceito constitucional. No

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

caso, a limitação da condenação à data-base da categoria, determinada pelo Juiz nos Embargos à Execução e afastada pelo Regional no Agravo de Petição, tem estatura constitucional. Aqui é manifesta a violação da coisa julgada, pois na fase de conhecimento a Ação de Cumprimento foi julgada procedente, entendendo-se exequível a Cláusula que assegurou o pagamento do IPC de junho de 1987 aos substituídos, de uma só vez. Como não há na Sentença Normativa determinação para que a parcela salarial se incorporasse aos salários, correta a aplicação do Enunciado nº 322 do TST, na fase de execução, para limitar a condenação à data-base da categoria. Recurso de Embargos conhecido e provido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Admissibilidade – recurso de revista – violação do artigo 896 da CLT – violação à coisa julgada – decisão em fase de execução – limitação à data-base – reajuste salarial – Plano Bresser – IPC de junho. – Conhecido por violação do artigo 896 da CLT. – Mérito – embargos acolhidos. (*Processo nº TST-E-RR-630.974/00 – Ac. SBDI 1 – Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira – DJU 18.10.2002*)

RECURSO DE EMBARGOS. CABIMENTO. AÇÃO CAUTELAR

EMBARGOS CONTRA DECISÃO PROFERIDA EM AÇÃO CAUTELAR. A Seção de Dissídios Individuais tem por finalidade precípua a uniformização da jurisprudência no âmbito deste Tribunal. As decisões proferidas em cautelares, por sua vez, não aplicam o direito ao caso concreto, com solução definitiva do litígio. O Acórdão resultante do julgamento de processo cautelar é de caráter provisório e visa tão-somente dar efetividade à decisão a ser proferida no processo principal. Assim, não há a possibilidade de ser revista esta decisão. Embargos não conhecidos.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Preliminar de não conhecimento dos embargos argüida de ofício – descabimento – interposição contra decisão de turma proferida em ação cautelar. – Preliminar acolhida. (*Processo nº TST-E-AC-614.230/99 – Ac. SBDI 1 – Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira – DJU 31.10.2002*)

SUBSEÇÃO II ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

AÇÃO RESCISÓRIA. HOMOLOGAÇÃO. ACORDO

AÇÃO RESCISÓRIA – FUNDAMENTO PARA INVALIDAR TRANSAÇÃO – NÃO-OCORRÊNCIA. O acolhimento de pleito de corte fundado no inciso VIII do art. 485 do CPC pressupõe tenha havido claro enquadramento em um dos vícios de consentimento, subjacente à decisão homologatória, conforme o disposto nos arts. 147, II, e 1030 do CC (erro, dolo, coação, simulação ou fraude). *In casu*, o fato de o advogado do Reclamante ser também advogado da tomadora dos serviços da Reclamada é mero indício de conluio, que não pode ser aceito se desacompanhado de qualquer outro elemento, como ocorre no caso. O referido advogado não representava ambas as partes simultaneamente, mas, coincidentemente, tinha poderes para representar o Recorrente e

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

a tomadora dos serviços da Reclamada, o que não é impedimento para o exercício da advocacia, não caracterizando patrocínio infiel ou tergiversação, nos termos do art. 355 do Código Penal. Por outro lado, o montante do acordo (R\$ 200,00) não discrepava muito do pedido (R\$ 636,46), sendo desarrazoada a tese de que os direitos lesados seriam infinitamente mais elevados (R\$ 200.000,00). Assim sendo, não se vislumbra qualquer vício capaz de ensejar o provimento do pedido rescisório, tendo em vista que a transação e a respectiva homologação efetivaram-se nos moldes permitidos pelo ordenamento jurídico em vigor. Recurso ordinário desprovido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Ação rescisória – fundamento para invalidar transação – desconstituição de sentença homologatória de acordo judicial – vício de consentimento – não caracterização – advogado que patrocina simultaneamente causa para o empregado e para a empresa tomadora de serviços da reclamada. – Conhecido. – Mérito – negado provimento. (*Processo nº TST-ROAR-1098-2002-900-03-00-0 – Ac. SBDI 2 – Rel. Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho – DJU 25.10.2002*)

AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO LEGAL. DISPENSA DURANTE A SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE RESILIÇÃO DURANTE A SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. Nula é a dispensa do empregado durante o período de suspensão do contrato, considerando-se como dispensa a rescisão unilateral, e não a resolução por motivo faltoso do empregado. Inexistente ofensa aos artigos 477, § 2º, da CLT, 5º, II e XXXVI, e 93, IX, da Constituição Federal por parte da decisão rescindenda que determinou a reintegração da empregada em razão da nulidade da rescisão contratual, eis que efetuada durante período de licença médica. Recurso ordinário a que se nega provimento.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Ação rescisória – violação a literal disposição de lei – impossibilidade de rescisão durante a suspensão do contrato de trabalho – licença médica – nulidade de dispensa – reintegração. – Conhecido. – Mérito – negado provimento. (*Processo nº TST-ROAR-450.418/98 – Ac. SBDI 2 – Rel. Juiz Convocado Aloysio Corrêa da Veiga – DJU 6.9.2002*)

HABEAS CORPUS. DEPOSITÁRIO INFIEL FÉRIAS INDENIZADAS. INCIDÊNCIA DE FGTS

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. QUITAÇÃO HOMOLOGADA – ENUNCIADO Nº 330 DO TST. O v. acórdão recorrido limitou-se a declinar tese em abstrato, a respeito do referido enunciado, de modo que, não há como se analisar a alegação de que devem ser excluídos os títulos quitados por ocasião da homologação do TRCT, bem como aqueles aos quais não foram objeto de ressalva pelo sindicato, à falta do seu regular prequestionamento, na forma do Enunciado nº 297 do TST. Recurso de revista não conhecido. FÉRIAS INDENIZADAS – INCIDÊNCIA DE FGTS. Não há que se falar na alegada afronta ao artigo 146 da CLT na hipótese. Ao contrário, o v. acórdão regional decidiu à luz do supracitado dispositivo legal, uma vez que não trata de férias indenizadas, e sim, de complemento ou diferença de férias. Inaplicabilidade, pois,

da Orientação Jurisprudencial nº 195 da SBDI1 do TST. Recurso de revista não conhecido. HORAS EXTRAS. Não há como se reconhecer, no presente caso, a alegada contrariedade aos Enunciados nºs 56 e 340 do TST, pois estes se referem ao comissionista puro, enquanto que, na hipótese, o Egrégio Tribunal Regional esclareceu que o autor executava outras tarefas, além da de vendas. Recurso de revista não conhecido. ACUMULAÇÃO DE FUNÇÕES. Os arestos colacionados não se prestam ao fim colimado, porque inespecíficos. Nenhum deles trata do acréscimo salarial por desempenho de tarefas alheias à função de vendedor, fundamento da v. decisão regional. Incidência do Enunciado nº 296 do TST. Recurso de revista não conhecido. INCIDÊNCIAS EM FÉRIAS DEVIDAS EM DOBRO. Impende afastar a suscitada ofensa do artigo 137 da CLT, uma vez que o Egrégio Tribunal Regional, ao julgar o feito, outra coisa não fez senão observar o seu comando. Recurso de revista não conhecido. ATUALIZAÇÕES MONETÁRIAS DAS COMISSÕES. Referida questão está desfundamentada, tendo em vista que não houve o correto enquadramento do recurso nos termos do artigo 896 da CLT, pois a parte não indicou nenhum dispositivo legal supostamente infringido, bem como não apresentou arestos sobre o tema, a fim de se aferir possível divergência de teses. RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. REFLEXO DO REPOUSO REMUNERADO DECORRENTE DAS HORAS EXTRAS NOS DEMAIS DIREITOS TRABALHISTAS. As horas extras, constituindo-se em salário, incidem sobre o repouso semanal remunerado. Está é a jurisprudência pacificada desta Egrégia Corte através do Enunciado nº 172 do TST. Neste contexto, ainda que o repouso semanal remunerado já se encontre incluído no pagamento mensal – salário sem a inclusão das horas extras é evidente que a jornada habitual laborada extraordinariamente durante a semana, deve ter o respectivo pagamento incluído na remuneração, para efeito de cálculo do repouso semanal remunerado. Assim sendo, o acréscimo do valor do repouso semanal remunerado pela incidência da hora extra, majora o valor total da remuneração, o qual por ter natureza de salário, gerará reflexos nos demais direitos trabalhistas (Aplicação do artigo 10 do Regulamento da Lei nº 605/49 aprovado pelo Decreto nº 27.048/49). Recurso de revista conhecido e provido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: Recurso da reclamada. I – Rescisão contratual – homologação pelo sindicato – verbas rescisórias – eficácia liberatória – parcelas expressamente consignadas no recibo de quitação sem ressalvas – aplicabilidade do Enunciado nº 330 do TST. – Recurso não conhecido. II – FGTS – incidência sobre as férias indenizadas. – Recurso não conhecido. III – Comissionista puro – descaracterização – hora extra e seu adicional. – Recurso não conhecido. IV – Férias – fruição após o período concessivo – pagamento em dobro. – Recurso não conhecido. Recurso do reclamante. I – Diferença salarial – integração das horas extras no repouso semanal remunerado – natureza jurídica – reflexos – direitos trabalhistas. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – provido. (*Processo nº TST-ROHC-1949-2001-000-15-01-7 – Ac. SBDI 2 – Rel. Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho – DJU 27.9.2002*)

MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. REVELIA

MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO DO JUÍZO QUE REGISTRA EM ATA A AUSÊNCIA INJUSTIFICADA DA RECLAMADA À AUDIÊNCIA INAUGURAL, POSTERGANDO O EXAME DO PEDIDO DE APLICAÇÃO DA REVELIA À PROLAÇÃO DA SENTENÇA. DESCABIMENTO. INTELIGÊNCIA DO PRINCÍPIO DA ORALIDADE. É sabido que o Processo do Trabalho distingue-se do Processo Comum por ter acolhido, em sua magnitude, o princípio da oralidade, representado, de um lado, pela concentração dos atos processuais, e, de outro, pela irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias. Dessa orientação extrai-se o intuito do legislador de prestigiar o seu desenvolvimento linear visando abreviar a fase decisória, de modo que as decisões, em que tenham sido examinados incidentes processuais, só sejam impugnáveis como preliminar do recurso ordinário ali interponível. Com isso, assoma-se a certeza de a irrecorribilidade das interlocutórias não ensejar a impetração de mandado de segurança, pois a apreciação do seu merecimento fora deliberadamente postergada à oportunidade do recurso manejável contra a decisão definitiva – aí incluída a decisão meramente terminativa, não sendo por isso invocável a norma do art. 5º, inciso II, da Lei nº 1.533/51. As exceções de as decisões interlocutórias serem refratárias à impetração da segurança correm por conta das decisões concessivas de tutela antecipada e daquelas que se revelem teratológicas, a fim de reparar o prejuízo delas decorrente, que o seria de difícil ou impossível reparação se a possibilidade de impugnação ficasse circunscrita ao recurso interponível da decisão definitiva ou terminativa. O ato impugnado na segurança, porém, consistiu no registro em ata sobre a ausência da reclamada na audiência inaugural, com postergação de exame do requerimento do reclamante de aplicação da revelia à prolação da sentença, insuscetível por isso mesmo de ser qualificado como teratológico. O prejuízo processual de que se queixa comporta reparação eficiente por ocasião do recurso ordinário a ser interposto contra a decisão definitiva que lhe for desfavorável. Recurso a que se nega provimento.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Mandado de segurança – descabimento – registro em ata da ausência da reclamada à audiência inaugural – aplicação de revelia – decisão interlocutória – recorribilidade ao final – existência de recurso específico – recurso ordinário. – Conhecidos. – Mérito – negado provimento. (*Processo nº TST-ROMS-803.201/01 – Ac. SBDI 2 – Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen – DJU 11.10.2002*)

MANDADO DE SEGURANÇA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE E INTERESSE RECURSAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Se nas ações ordinárias é imperioso perquirir o concurso do interesse público inerente à lide, esse acha-se sempre presente no mandado de segurança. Não obstante seja classificado como ação de cognição, sobressai a sua condição de garantia constitucional ativa, em que a finalidade é a cassação de ato de autoridade que seja lesivo a direito líquido e certo. Vale dizer que não há expressão patrimonial na lide ali irrompida, até porque os efeitos financeiros provenientes da lesão perpetrada pela autoridade lhe são refratários, ha-

vendo, ao contrário, interesse exclusivamente público consubstanciado no direito de o cidadão se opor aos desmandos da autoridade no exercício do seu poder de potestade. Assim colocada a questão poder-se-ia concluir pelo interesse recursal do Ministério Público mesmo que o mandado tivesse sido impetrado por simples cidadão ou pessoa jurídica de direito privado. Ocorre que, apesar de a lide ser eminentemente pública, não deixa o mandado de segurança de seguir a regra da disponibilidade do direito de ação, inaplicável ao Ministério Público no caso de ele envolver Empresa Pública ou Sociedade de Economia Mista. É Certo que a doutrina põe em dúvida inclusive a possibilidade de tais entidades se utilizarem do mandado de segurança por estarem integradas à administração pública. Mas em se tratando de mandado de segurança contra ato de autoridade judicial, mesmo que o seja jurisdicional, o que é de reconhecida freqüência no Judiciário do Trabalho, não pairam dúvidas sobre a possibilidade de elas o impetrarem. E se o podem ajuizar, podem e devem figurar como litisconsortes necessários naqueles que o tenham sido pela parte adversa, cabendo ao Ministério Público recorrer das decisões que eventualmente as desfavoreçam, tendo em vista o binômio de entes integrantes da administração e o interesse público na preservação da ordem jurídica com a manutenção do ato judicial atacado. MANDADO DE SEGURANÇA. NÃO-CABIMENTO. O ato impugnado acha-se consubstanciado em decisão em que foi indeferido o pedido de execução na forma como requerida pelo impetrante, decisão contra a qual poderia se insurgir ou mediante a impugnação prevista no art. 884, § 3º, da CLT, ou mediante a interposição de imediato do agravo de petição, previsto no art. 897, alínea *a*, da CLT. Com isso, firma-se a certeza da inadmissibilidade da impetração, por conta da norma excludente do art. 5º, inciso II, da Lei nº 1533/51, sendo irrelevante que a impugnação prevista na norma consolidada ou o agravo de petição não tivessem efeito suspensivo, não só pela peculiaridade de o impetrante ser o exeqüente, mas sobretudo pela inexistência de elementos indicativos da iminência do perecimento do direito judicialmente reconhecido. Não desautoriza essa conclusão a circunstância ventilada na inicial, e repisada no acórdão recorrido, de o Colegiado de origem não ter conhecido dos agravos de petição interpostos por ambas as partes contra decisões de idêntico teor, ao fundamento de não se encontrar garantido o juízo. Com efeito, além de ele não ser oponível ao manejo do agravo de petição e revelar-se equivocado relativamente à impugnação do impetrante-exeqüente, pois a garantia da execução só é exigível em sede de embargos do devedor, a orientação imprimida no julgamento dos agravos já interpostos não torna cabível, por si só, o mandado de segurança impetrado na contramão do art. 5º, inciso II, da Lei nº 1.533/51. Ultrapassada a questão do descabimento do mandado de segurança, em razão de o ato impugnado poder sê-lo pelas vias ordinárias, não se visualiza na impetração o pressuposto da liquidez e certeza do direito. É que, segundo ensina a doutrina dominante, a certeza e a liquidez referem-se à existência do próprio direito, cuja comprovação desafia prova documental pré-constituída, absolutamente indiscernível no caso concreto, uma vez que a controvérsia reporta-se à melhor interpretação do acordo firmado em 1995. Recurso provido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Preliminar de ilegitimidade do Ministério Público para recorrer – ausência de interesse recursal. – Preliminar rejeitada. II – Man-

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

dado de segurança – descabimento – indeferimento de pedido de execução – cabimento – agravo de petição. – Conhecido. – Mérito – provido. (*Processo nº TST-ROMS-15618-2002-900-14-00-1 – Ac. SBDI 2 – Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen – DJU 6.9.2002*)

NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA

1. PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. O momento propício para que o Autor renove o pedido de produção probatória declinado na exordial, quando encerrada a instrução do feito sem que o juiz instrutor concedesse prazo para cumprimento dessa fase, é por ocasião da apresentação das razões finais. Se indeferido o pleito, restaria caracterizada, em tese, a nulidade do processo por cerceamento do direito de defesa do Autor – em se tratando de matéria de cunho probatório – que, ressaltado, deve ser suscitada pela parte prejudicada na primeira oportunidade que tem para se manifestar nos autos. Verificando-se que o Autor foi regularmente intimado para apresentação de razões finais e não o fez, e também não alegou justo motivo para não tê-lo feito, ocorreu a preclusão da arguição de nulidade sob o pretenso argumento de que teria sido cerceado seu direito de defesa, não podendo, portanto, ser examinada a questão referente à nulidade como preliminar no recurso ordinário interposto. 2. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO DE LEI. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. AUSÊNCIA DE RECLAMANTE E RECLAMADO. PETIÇÃO APRESENTADA PELO ADVOGADO DO RECLAMADO ASSINADA PELAS PARTES. NÃO-CARACTERIZAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 843 E 844 DA CLT. A imposição legal quanto à presença das partes na audiência inaugural, sob pena de arquivamento quando ausente o Reclamante e de aplicação da pena de revelia e confissão ficta quando ausente o Reclamado, destina-se, exatamente, à realização da conciliação, já que o processo do trabalho prestigia a conciliação das partes, bem como ao prosseguimento do feito, na hipótese de não alcançada a conciliação. Sendo apresentada de pronto, na própria audiência inaugural, petição de acordo assinada pelas partes, a homologação pelo juízo, na ausência das partes, ante a aparente regularidade do documento, embora não seja o procedimento mais recomendado, não resulta necessariamente em ofensa literal aos arts. 843 e 844 da CLT, já que estes preceitos não focalizam precisamente a hipótese de realização de acordo na audiência inaugural. 3. FUNDAMENTO PARA INVALIDAR TRANSAÇÃO. DOLO E FRAUDE. NECESSIDADE DE EXISTÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA DE OCORRÊNCIA DO VÍCIO APONTADO. Os vícios relativos à ocorrência de dolo e de fraude, ensejadores da desconstituição do julgado, hão que estar robustamente demonstrados nos autos, não podendo a coisa julgada formada a partir do acordo homologado judicialmente sucumbir diante da constatação de meros indícios ou da simples presunção. Não restando provados os vícios suscitados, não há como se declarar a procedência da ação rescisória. 4. Preliminar de nulidade rejeitada e negado provimento ao recurso ordinário.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Preliminar de nulidade por cerceamento de defesa. – Preliminar rejeitada. II – Ação rescisória – violação de literal disposição de lei

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

– homologação de acordo – audiência de conciliação – ausência do reclamante e do reclamado – dolo – fraude. – Conhecido. – Mérito – negado provimento. (*Processo nº ROAR-525.180/99 – Ac. SBDI 2 – Rel. Min. Francisco Fausto Paula de Medeiros – DJU 11.10.2002*)

PRIMEIRA TURMA

ACIDENTE DO TRABALHO. ESTABILIDADE. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA

CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. ACIDENTE DE TRABALHO. ESTABILIDADE. 1. Tratando-se de acidente de trabalho ocorrido na vigência de contrato de experiência, inexistente garantia de emprego, conforme previsto no artigo 118 da Lei nº 8.213/91. 2. No contrato de experiência, que corresponde a uma das modalidades de contrato a termo, o instituto da estabilidade acidentária torna-se inaplicável, pois a aludida garantia objetiva a proteção da continuidade do vínculo de emprego, supondo, necessariamente, a vigência do contrato por tempo indeterminado. 3. Recurso de revista conhecido e não provido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Contrato de experiência – acidente do trabalho – estabilidade provisória. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – negado provimento. (*Processo nº TST-RR-528.543/99 – Ac. 1ª Turma – Rel. Juiz Convocado Georgenor de Sousa Franco Filho – DJU 29.9.2002*)

ADMISSIBILIDADE. RECURSO JUDICIAL. REMESSA EX OFFICIO

NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO DE REVISTA DECLARADO DE OFÍCIO – INEXISTÊNCIA DO RECURSO ORDINÁRIO VOLUNTÁRIO DO MUNICÍPIO – REMESSA NECESSÁRIA – PRECLUSÃO TEMPORAL NO RECURSO ORDINÁRIO – IMPOSSIBILIDADE DE INTERPOR RECURSO DE REVISTA – ACEITAÇÃO TÁCITA DA SENTENÇA. A remessa necessária não tem natureza de recurso e, portanto, não supre a omissão da parte que deixar de interpor recurso voluntário dentro do prazo estipulado em lei, sendo apenas uma forma de controle da legalidade das decisões proferidas contra o ente público, em face do interesse público em discussão. Somente havendo alteração do que fora decidido pelo Tribunal é que o ente público, que não interpôs recurso ordinário voluntário, ou fê-lo intempestivamente, estará autorizado a recorrer, ficando limitado, logicamente, a atacar a parte da decisão que agravou a sua situação no processo. Do contrário, opera-se a preclusão.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Não conhecimento do recurso de revista declarado de ofício – entidade de direito público – ausência de interposição de recurso voluntário – remessa *ex officio* – natureza jurídica – confirmação da sentença de primeiro grau – preclusão do direito de recorrer em instância extraordinária. – Recurso não conhecido. (*Processo nº TST-RR-469.607/98 – Ac. 1ª Turma – Rel. Juiz Convocado Aloysio Corrêa da Veiga – DJU 6.9.2002*)

COMPLEMENTAÇÃO DE PENSÃO. COMPANHEIRA

COMPLEMENTAÇÃO DE PENSÃO – COMPANHEIRA. Diante da Constituição Federal, no artigo 226, que reconhece e protege à união estável, igualando-a, em efeitos, ao casamento e da legislação que regulamenta o dispositivo constitucional em destaque, disciplinando o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, não há como negar o direito à complementação de pensão à companheira do “de cujus”, a qual preencheu as condições para a percepção do benefício previdenciário pelo INSS.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Complementação de pensão – companheira de ex-empregado – preenchimento dos pressupostos exigidos pelo INSS para percepção de pensão. – Recurso não conhecido. (*Processo nº TST-RR-632.111/00 – Ac. 1ª Turma – Rel. Juiz Convocado Aloysio Corrêa da Veiga – DJU 28.6.2002*)

GARANTIA DE EMPREGO. REGULAMENTO DA EMPRESA

ESTABILIDADE REGULAMENTAR. Preceito regulamentar que exige apuração prévia de falta grave para dispensa de empregado não se aplica à hipótese de rescisão do vínculo de emprego sem justa causa, por ser faculdade inserida no direito potestativo do empregador dispensar os empregados, com pagamento de todos os direitos trabalhistas. Inexiste a garantia implícita de emprego e conseqüentemente é inviável a reintegração. Revista conhecida e desprovida.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Estabilidade – regulamento de pessoal – dispensa imotivada – reintegração. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – negado provimento. (*Processo nº TST-RR-383.138/97 – Ac. 1ª Turma – Rel. Min. Ronaldo José Lopes Leal – DJU 7.6.2002*)

HORAS EXTRAS. TURNOS DE REVEZAMENTO. HORISTA

HORAS EXTRAS. TURNOS DE REVEZAMENTO. SÉTIMA E OITAVA HORAS. HORISTA. 1. O art. 7º, inciso XIV, da Constituição Federal de 1988, ao reduzir a jornada de labor de 240 para 180 horas mensais do empregado submetido a turno ininterrupto de revezamento, visou a promover a melhoria da condição social e econômica do empregado. 2. Ao contratar empregado horista, submetendo-o a turnos ininterruptos de revezamento, sem o reputar beneficiário de jornada normal reduzida de seis horas, como de direito e de justiça, o empregador sujeita-se a ser considerado o salário ajustado e pago redimensionado para uma jornada mensal normal de 180 horas. Inafastável tal conclusão ante a adoção do divisor 220 para a estipulação do salário/hora e o conseqüente pagamento incorreto também das prestações contratuais vinculadas ao salário mensal. 3. Constatada, assim, a prestação sistemática de jornada de labor de oito horas diárias, sem o permissivo de norma coletiva, faz jus o empregado horista a horas suplementares excedentes da sexta (7ª e 8ª), e não apenas ao adicional respectivo. 4. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Preliminar de nulidade do acórdão regional por julgamento *ultra petita* – horas extras – divisor 180. – Preliminar não conhecida. II – Turnos ininterruptos de revezamento – jornada de trabalho além da 6ª hora diária –

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

trabalhador horista – horas extras – adicional de horas extras. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – negado provimento. III – Hora extra – aplicabilidade do divisor 180. – Recurso não conhecido. IV – Turnos ininterruptos de revezamento – caracterização – existência de intervalos intraturnos e repouso semanal. – Recurso não conhecido. (*Processo nº TST-RR-663.112/00 – Ac. 1ª Turma – Rel. Min. João Oreste Dalazen – DJU 28.6.2002*)

HORAS IN ITINERE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL

HORAS “IN ITINERE” – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL – ARESTOS DE TURMA DO TST. A teor do disposto na alínea “a” do art. 896 da CLT, não se prestam a configurar divergência jurisprudencial decisões provenientes de turmas do TST. Recurso não conhecido. A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – ATOS TEMERÁRIOS – INDENIZAÇÃO – ENUNCIADO Nº 296 DO TST. Não alcança conhecimento o recurso por dissenso pretoriano, haja vista que os arestos trazidos para cotejo consignam tese genérica acerca da configuração de litigância de má-fé, revelando-se, portanto, inespecíficos, pois não aludem a dado fático preponderante considerado pela Corte Regional quanto à exposição de fatos inverídicos como fundamento dos pedidos, além de adotar valor salarial fictício para efeito de cálculo dos pedidos. Recurso não conhecido. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA DO ADVOGADO. Na forma do disposto no art. 32 da Lei nº 8.906/94, o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa, acrescendo o seu parágrafo único que em caso de lide temerária o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, mediante apuração em ação própria. Assim, incabível a condenação do advogado nos próprios autos em que constatada a litigância de má-fé da parte, devendo a má-fé do patrono ser apurada mediante ação própria ajuizada perante o Juízo competente – Justiça Comum – na forma legal. Recurso conhecido e provido. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – ATOS TEMERÁRIOS – CONDENAÇÃO DO RECLAMANTE EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – RECURSO DESFUNDAMENTADO. Não se conhece de recurso de revista que não aponta violação de lei e/ou divergência jurisprudencial na forma prevista no art. 896 da CLT.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Horas *in itinere* – inexistência de divergência jurisprudencial – acórdãos de turmas do TST. – Recurso não conhecido. II – Litigância de má-fé – multa – condenação solidária do advogado. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – provido. III – Litigância de má-fé – atos temerários – condenação do reclamante em honorários advocatícios. – Recurso não conhecido. (*Processo nº TST-RR-416.846/98 – Ac. 1ª Turma – Rel. Min. Wagner Pimenta – DJU 16.8.2002*)

ISONOMIA SALARIAL. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS

REENQUADRAMENTO SINDICAL. CATEGORIA DA EMPRESA TOMADORA DOS SERVIÇOS. IMPOSSIBILIDADE. Diante da ausência de relação de emprego entre a Reclamante e a empresa tomadora dos serviços, não se vislumbra a possi-

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

bilidade do enquadramento sindical pretendido. Isso porque a responsabilidade da tomadora de serviços, se postulada, o que não é o caso, revela-se subsidiária, mantendo-se, contudo, intacto o vínculo laboral existente entre a empregada e a empregadora prestadora de serviços, determinando o correto enquadramento sindical da Reclamante. Recurso desprovido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Isonomia salarial – empregado de empresa prestadora de serviços – servidor público – fundação estadual – impossibilidade de alteração de enquadramento sindical – situações diversas. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – negado provimento. (*Processo nº TST-RR-481.835/98 – Ac. 1ª Turma – Rel. Juiz Convocado Georgenor de Sousa Franco Filho – DJU 11.10.2002*)

JUSTA CAUSA. DESÍDIA

FALTA GRAVE. DESÍDIA. CARACTERIZAÇÃO. As ausências contínuas e injustificadas ao serviço autorizam a rescisão contratual por justa causa (art. 483, letra e, da CLT). Para a configuração da desídia não é imprescindível a existência de graduação na aplicação das penalidades disciplinares, sendo suficiente que o empregado tenha sido advertido por diversas vezes durante a execução do contrato. Recurso de revista conhecido, por divergência jurisprudencial, e não provido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Justa causa – falta grave – desídia – faltas reiteradas e injustificadas – caracterização. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – negado provimento. (*Processo nº TST-RR-435.521/98 – Ac. 1ª Turma – Rel. Juiz Convocado Altino Pedrozo dos Santos – DJU 7.6.2002*)

LEGITIMIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE

RECURSO DE REVISTA. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. HIPÓTESE DE CONCREÇÃO EM TORNO DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER. Em que pese tenha interesse processual, não tem o Ministério Público legitimação para propor Ação Civil Pública que tenha por pretensão deduzida em juízo a obrigação de fazer ou não fazer relativa a impedir a empresa de manter seus empregados no pátio em que se localizam as aeronaves sem a percepção do adicional de periculosidade, uma vez que, nessas circunstâncias, a causa de pedir e o pedido não envolvem a tutela de interesses individuais homogêneos, pois inexistente a dimensão social e coletiva para assegurar o direito à tutela jurisdicional coletiva, bem como não se configuram, tais direitos, como indisponíveis coletivamente, à luz de sua imprescindibilidade no âmbito social ou categorial. A mera reunião de interesses individuais de forma plúrima não importa na legitimação processual do *parquet*, que para sua ativação depende da natureza do direito a ser protegido e do interesse socialmente relevante. Recurso de Revista conhecido e provido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Nulidade – suspeição da juíza relatora. – Recurso não conhecido. II – Nulidade – cerceamento de defesa. – Recurso não conhecido. III – Ilegitimidade ativa do Ministério Público – ação civil pública – obrigação de fazer

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

– pagamento de adicional de periculosidade – descaracterização de direitos individuais homogêneos – impossibilidade jurídica do pedido. – Conhecido por violação do artigo 83, inciso III, da Lei Complementar nº 75. – Mérito – provido. (*Processo nº TST-RR-700.903/00 – Ac. 1ª Turma – Rel. Juiz Convocado Vieira de Mello Filho – DJU 28.6.2002*)

LEGITIMIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. COOPERATIVA

RECURSO DE REVISTA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. INTERESSE SOCIAL RELEVANTE. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. O Ministério Público do Trabalho tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos. A situação da sociedade cooperativa, em que se configura a fraude no propósito de intermediação de mão-de-obra, com a não-formação do vínculo empregatício, configura direito individual homogêneo revestido de interesse social relevante. Revista conhecida e provida.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Ação civil pública – legitimidade do Ministério Público – intermediação de mão-de-obra – fraude – contratação por intermédio de cooperativa – direitos individuais homogêneos – relevante interesse social. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – provido. (*Processo nº TST-RR-612.525/99 – Ac. 1ª Turma – Rel. Min. Wagner Pimenta – DJU 21.6.2002*)

MULTA. ART. 477 DA CLT

RECURSO DE REVISTA. MULTA DO ARTIGO 477 DA CLT. RUPTURA DO CONTRATO DE TRABALHO PELO EMPREGADO. APLICABILIDADE. A não-observância dos prazos a que alude o parágrafo 6º do artigo 477 da CLT, qualquer que seja a causa ou forma da dissolução contratual, gera a aplicação da multa prevista no parágrafo 8º do mesmo dispositivo, extraindo-se deste último a única hipótese em que o legislador expressamente a afastou, qual seja, quando comprovadamente o trabalhador der causa à mora. Assim, o fato de ter sido de iniciativa do empregado a ruptura do contrato de trabalho, por si só, não afasta a mencionada penalidade. Recurso de revista não provido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Multa – artigo 477 da CLT – atraso no pagamento das verbas rescisórias – aplicabilidade – rescisão do contrato de trabalho por iniciativa do empregado. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – negado provimento. (*Processo nº TST-RR-415.156/98 – Ac. 1ª Turma – Rel. Juiz Convocado Guilherme Augusto Caputo Bastos – DJU 23.8.2002*)

MULTA. JUSTA CAUSA. MATÉRIA CONTROVERTIDA

RECURSO DE REVISTA. MULTA. JUSTA CAUSA. O fato objetivo da falta de pagamento das verbas rescisórias, ainda que por reconhecida em juízo como devidas, quer em decorrência do reconhecimento da relação de emprego ou da inexistência de justa causa praticada pelo empregado, atrai a multa prevista em lei. O pagamento oportuno

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

tuno de verbas outras que não as rescisórias não exime o empregador da multa de que trata o § 8º do artigo 477 da CLT. O inadimplemento, no termo fixado, constitui em mora o empregador, que só se exime do pagamento da multa decorrente se comprovada culpa do empregado para o atraso.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Multa – artigo 477 da CLT – atraso no pagamento das verbas rescisórias – aplicabilidade – controvérsia a respeito do desligamento – justa causa ou despedida injusta. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – negado provimento. (*Processo nº TST-RR-525.767/99 – Ac. 1ª Turma – Rel. Juíza Convocada Maria de Lourdes Sallaberry – DJU 11.10.2002*)

NULIDADE. CONTRATAÇÃO. CONCURSO PÚBLICO

CONTRATO DE EMPREGO. ENTE PÚBLICO. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. NULIDADE. ARGÜIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. 1. Não é atribuição funcional do Ministério Público do Trabalho argüir na fase recursal matéria de defesa como se fora procurador da Fazenda Pública, suplementando-lhe as omissões. Cabe-lhe, sim, pugnar pela obediência à lei nos limites em que a petição inicial e a contestação balizam a lide. 2. Assim, se a nulidade do contrato de trabalho celebrado com o empregado não foi objeto de contestação, carece de legitimidade o “Parquet” para suscitar, de ofício, a declaração de nulidade à luz do artigo 37, inciso II, e § 2º, da Constituição Federal, pois é desdobração de atividade de típica defesa vedada ao Ministério Público. 3. Recurso de revista de que não se conhece.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: Recurso do Ministério Público do Trabalho. I – Ilegitimidade ativa *ad causam* – Ministério Público – argüição de ofício na fase recursal – nulidade absoluta – matéria de defesa – servidor público – contratação – ausência de concurso público. – Recurso não conhecido. Recurso da reclamada. I – Auxílio-alimentação – natureza jurídica – integração ao salário. – Recurso não conhecido. (*Processo nº TST-RR-537.386/99 – Ac. 1ª Turma – Rel. Min. João Oreste Dalazen – DJU 21.6.2002*)

SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTAMENTO SALARIAL

SERVIDOR MUNICIPAL. REAJUSTE SALARIAL VINCULADO AOS ÍNDICES DO DIEESE. Não viola o texto constitucional a previsão inserta em lei municipal que garante aos servidores celetistas reajustamento salarial vinculado aos índices do DIEESE. Recurso de revista do Ministério Público conhecido e não provido. Recurso do Município não conhecido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: Recurso do Ministério Público. I – Preliminar de nulidade do acórdão regional por negativa de prestação jurisdicional – omissão – embargos declaratórios. – Recurso não conhecido. II – Servidor público municipal – reajuste salarial – lei municipal – constitucionalidade – índice do DIEESE. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – negado provimento. Recurso do município. I – Servidor público municipal – reajuste salarial – lei municipal – constitucionalidade – índice do DIEESE. – Recurso não conhecido. (*Processo nº TST-RR-451.529/98 – Ac. 1ª Turma – Rel. Juiz Convocado Altino Pedrozo dos Santos – DJU 28.6.2002*)

VÍNCULO EMPREGATÍCIO. TOMADOR DE SERVIÇO

I – VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM O BANCO CENTRAL DO BRASIL. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 4595/64. CONTRATAÇÃO POR EMPRESA INTERPOSTA ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Diante dos termos do art. 52, I, da Lei nº 4595/64, segundo a qual a contratação do pessoal do Banco Central deve ser precedida de concurso público, sob pena de nulidade, não se aplica o princípio da primazia da realidade, por ser incabível o reconhecimento de vínculo empregatício diretamente com o banco. O referido dispositivo, recepcionado pela Constituição Federal de 1988, não contraria o art. 19 do ADCT, que garante a estabilidade ao servidor público civil da autarquia que estava, na data da promulgação da Constituição de 1988, em exercício há pelo menos cinco anos continuados. No caso do Banco Central do Brasil, não se aplica o art. 19 do ADCT porque faltou condição *sine qua non* para que a autora fosse considerada servidora pública civil da referida autarquia federal: passar pelo crivo do concurso público. II – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. O item IV do Enunciado nº 331 do TST, cuja redação foi recentemente alterada pela Resolução do TST nº 96/2000, publicada no DJ de 18-9-2000, confirma a responsabilidade subsidiária dos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista. Revista conhecida e provida parcialmente.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Vínculo empregatício – Banco Central do Brasil – tomador de serviços – contratação por empresa interposta em período anterior à CF/1988 – ausência de concurso público – responsabilidade subsidiária. – Conhecido por violação do inciso I do artigo 52 da Lei nº 4.595/1964. – Mérito – parcialmente provido. (*Processo nº TST-RR-317.816/96 – Ac. 1ª Turma – Rel. Min. Ronaldo José Lopes Leal – DJU 21.6.2002*)

SEGUNDA TURMA

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. ELETRICITÁRIO

RECURSO DE REVISTA – BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE DOS ELETRICITÁRIOS – INCLUSÃO DE VERBAS SALARIAIS – DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS – COMPETÊNCIA. O art. 1º da Lei nº 7.369/85 concede o adicional de periculosidade aos empregados em contato com energia elétrica, garantindo-lhes o direito a um adicional de 30%, calculado sobre os salários que perceberem. Da precisa leitura desse artigo conclui-se que esse adicional de periculosidade deve incidir sobre o salário pago, vale dizer, a remuneração habitual, e, não, sobre o salário básico, conforme prevê o Enunciado nº 191 do TST, que interpreta situação genérica, na forma do § 1º do art. 193 da CLT, o que não é o caso dos eletricitários. Não mais subsiste dúvida acerca da competência desta Justiça do Trabalho para retenção dos descontos previdenciários, tendo em vista o disposto no § 3º do art. 114 da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 20, de 15-12-1998. O mesmo se diga quanto ao recolhimento fiscal incidente sobre a condenação trabalhista, em face da

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

expressa previsão do art. 46 da Lei nº 8541/92. Recurso de Revista conhecido e parcialmente provido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Adicional de periculosidade – eletricitário – base de cálculo – salário básico acrescido das verbas de natureza salarial. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – negado provimento. II – Competência da Justiça do Trabalho – descontos previdenciários e fiscais. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – provido. (*Processo nº TST-RR-424.640/98 – Ac. 2ª Turma – Rel. Juiz Convocado José Pedro de Camargo – DJU 30.8.2002*)

ADMISSIBILIDADE. RECURSO JUDICIAL. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO

RECURSO DE REVISTA. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. O recurso de revista em causa sujeita ao procedimento sumaríssimo somente será admitido por contrariedade à súmula de jurisprudência uniforme desta Corte e violação direta à Constituição da República. A alegação de divergência da decisão recorrida com orientação jurisprudencial da SDI não autoriza o conhecimento do recurso no presente caso. Aplicabilidade do art. 896, § 6º, da CLT, com a redação dada pela Lei nº 9957, de 12-01-2000. Recurso de revista não conhecido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Admissibilidade – recurso de revista – rito sumaríssimo – contrariedade a orientação jurisprudencial da SDI – inviabilidade. – Recurso não conhecido. (*Processo nº TST-RR-00042-2002-005-19-00-9 – Ac. 2ª Turma – Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva – DJU 18.10.2002*)

ANISTIA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

RECURSO DE REVISTA. ANISTIA – LEI Nº 8878/94 – SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. O direito à anistia foi assegurado pela Lei nº 8878/94 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, que foram dispensados no período de 16-3-90 a 30-9-92, com violação de dispositivo constitucional, legal, regulamentar, de cláusula de acordo, convenção ou sentença normativa, ou por motivação política. A verificação de preenchimento dos requisitos à obtenção da anistia coube à Comissão Especial de Anistia (CEA), criada pelo Decreto nº 1153, de 8-6-94. Pela verificação de irregularidades por ausência de motivação das decisões proferidas nos processos de concessão de anistia pela citada Comissão, foi criada a Comissão Especial de Revisão dos Processos de Anistia (CERPA), à luz do Decreto nº 1499, de 24-5-95, que, até o momento, vem analisando todas as anistias concedidas. Recurso a que se nega provimento.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: Recurso do Ministério Público. I – Preliminar de nulidade do acórdão regional por negativa de prestação jurisdicional – embargos declaratórios – omissão. – Preliminar não conhecida. II – Anistia – Lei nº 8878/1994 – aplicabilidade – sociedade de economia mista. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – negado provimento. Recurso de Furnas. – Prejudicado. (*Processo nº TST-*

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

RR-545.983/99 – Ac. 2ª Turma – Rel. Juiz Convocado Márcio Eurico Vitral Amaro – DJU 18.10.2002)

APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EXTINÇÃO DO CONTRATO

CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO LABORAL APÓS A APOSENTADORIA ESPONTÂNEA DO SERVIDOR. NOVO CONTRATO DE TRABALHO CELEBRADO SEM PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. EFEITOS. O art. 37, inciso II, da CF/88 não contempla a hipótese de continuidade da prestação laboral à empresa integrante da Administração Pública Indireta, após a aposentadoria espontânea do empregado, como verificado no caso em tela. Tal circunstância, aliada à suspensão da execução e aplicabilidade dos §§ 1º e 2º do art. 453 da CLT, determinada em liminar de ADIn pelo Excelso STF, leva à conclusão de que a situação descrita implica nova e peculiar relação contratual que emerge no mundo jurídico, mas certamente às margens dos requisitos exigidos pelo artigo 37, incisos II e XVI, da Constituição Federal, posto que, enquanto vigente a liminar concedida, inexistente comando legal expresso a obstar a readmissão do empregado público que espontaneamente se aposenta, não se havendo falar na nulidade da segunda contratação, nem em limitação das verbas rescisórias devidas. Revista conhecida e provida.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Aposentadoria voluntária – extinção do contrato de trabalho – recontração – ausência de concurso público – verbas rescisórias – período posterior à aposentadoria. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – provido. (*Processo nº TST-RR-621.168/00 – Ac. 2ª Turma – Rel. Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes – DJU 11.10.2002*)

COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. AVISO PRÉVIO. INDENIZAÇÃO

RECURSO DE REVISTA POR CONVERSÃO – AVISO PRÉVIO – EFEITOS – TEMPO NECESSÁRIO À COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA ATINGIDO NO CURSO DO PRÉ-AVISO – POSSIBILIDADE. Viabilizado o processamento do apelo, seja por divergência válida, seja, também, por violação direta do § 1º do art. 487 da CLT, há de se reconhecer que o direito à complementação de aposentadoria, sujeito à condição de implemento de determinado tempo de serviço, não pode ser obstado pelo despedimento injusto (art. 120 do Código Civil). E essa condição pode ser validamente aceita como verificada no curso do período do aviso prévio, mesmo indenizado, que deve ser computado para todos os efeitos contratuais. Trata-se, ademais, de vantagem que estava em formação regular e, não, de pretensão inédita e excepcional, buscada pelo empregado quando já denunciado o contrato, o que a Jurisprudência desta C. Corte não aceita, como, por exemplo, registro de candidatura de dirigente sindical (OJ 35) e as estabilidade provisórias (OJ 40), situações diversas. Agravo provido. Recurso de Revista conhecido e provido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Preliminar de nulidade do acórdão regional por negativa de prestação jurisdicional – falta de fundamentação. – Preliminar não conhecida. II – Aposentadoria no período de projeção do aviso prévio indenizado –

integração no tempo de serviço – direito à complementação de aposentadoria e à inclusão no programa assistencial da reclamada. – Conhecido por violação do artigo 487, parágrafo 1º da CLT e por divergência jurisprudencial. – Mérito – provido. (*Processo nº TST-RR-725.866/01 – Ac. 2ª Turma – Rel. Juiz Convocado José Pedro de Camargo – DJU 25.10.2002*)

DECADÊNCIA. PRESCRIÇÃO. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

DECADÊNCIA – PRESCRIÇÃO – EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO – ART. 7º, INCISO XXIX, DA CARTA MAGNA. O biênio previsto constitucionalmente é prazo prescricional e não decadencial, uma vez que limita o exercício do direito de ação para todo e qualquer crédito trabalhista não adimplido no curso do contrato de trabalho. Como prazo decadencial não está sujeito à interrupção, o prazo do citado dispositivo constitucional só pode ser prescricional, já que o simples ajuizamento da Reclamatória produz o efeito de interromper a prescrição, já que encerra a vontade do trabalhador de procurar o direito violado pelo empregador. **PRESCRIÇÃO – ARGÜIÇÃO EM SUSTENTAÇÃO ORAL – ENUNCIADO Nº 153 DO TST.** Mesmo considerando que a sustentação oral esteja englobada na instância ordinária, não se apresenta como momento adequado para se argüir a prescrição, visto que a parte contrária não terá oportunidade para rebater tal argumento. A sustentação oral refere-se às razões articuladas no recurso, a teor do art. 554 do CPC, não podendo versar sobre tema que não constou do recurso ordinário interposto. A última oportunidade para a parte pleitear a decretação de prescrição é o recurso ordinário, quando, então, a Recorrida poderá contra-arrazoar os argumentos expostos e ter assegurada a garantia constitucional do art. 5º, LV. Conclui-se, pois, que a disposição do Enunciado nº 153 do TST deve ser acatada de forma que princípios elementares do processo, quais sejam, do contraditório e da ampla defesa sejam preservados. Recurso de Revista conhecido e não provido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Prazo para ajuizamento de reclamação trabalhista – natureza jurídica – prescricional ou decadencial – interrupção. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – negado provimento. II – Prescrição – argüição em sustentação oral – momento oportuno – princípios do contraditório e da ampla defesa. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – negado provimento. (*Processo nº TST-RR-510.921/98 – Ac. 2ª Turma – Rel. Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes – DJU 7.6.2002*)

DIARISTA. RELAÇÃO DE EMPREGO

FAXINEIRA. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. A faxineira que presta serviços semanalmente em casa de família não tem vínculo empregatício, por não preencher, na espécie, todas as condições necessárias à sua caracterização – posição que adoto por disciplina judiciária. Recurso a que se dá provimento.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Vínculo empregatício – diarista – prestação de serviço em alguns dias da semana. – Conhecido por divergência jurisprudencial. –

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

Mérito – provido. (*Processo nº TST-RR-463.298/98 – Ac. 2ª Turma – Rel. Min. José Luciano de Castillo Pereira – DJU 4.10.2002*)

ESTABILIDADE. SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA

RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE. EMPREGADO PÚBLICO. O Supremo Tribunal Federal, a quem compete apreciar em último grau as questões de natureza constitucional, manifestou-se no sentido de que a estabilidade de que trata o art. 41 da Constituição da República é aplicável aos ocupantes de cargos e de empregos públicos, visto que o referido artigo refere-se genericamente a servidores. Também a atual orientação da SBDI-II é no sentido de que a estabilidade prevista no art. 41, § 1º, da Constituição Federal se aplica tanto ao servidor público estatutário quanto ao celetista, uma vez que o regime jurídico único, anterior à Emenda Constitucional nº 19/98, podia ser o celetista, caso adotado em algumas unidades da federação. Recurso de revista a que se nega provimento. DIFERENÇAS SALARIAIS. LEI MUNICIPAL. O Regional não emitiu tese acerca da competência para estabelecer normas e critérios para a concessão de qualquer vantagem pecuniária, tampouco acerca dos elementos que envolvem a aplicação do Enunciado nº 58 do TST, incidindo na hipótese a regra do Enunciado nº 297 deste Tribunal. Não conheço. CESTAS BÁSICAS. Conforme assertiva do Regional, a declaração de inconstitucionalidade a que se refere o reclamado não alude à concessão das cestas básicas. O art. 67 da Constituição da República, por sua vez, não se refere à questão específica aqui discutida, inexistindo violação literal do referido dispositivo. Não demonstrado o atendimento dos pressupostos do art. 896 da CLT, o tópico não merece conhecimento.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Estabilidade – artigo 41 da CF/1988 – servidor público regido pela CLT – município – ingresso por concurso público – reintegração. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – negado provimento. II – Servidor público municipal – regime celetista – aplicação da política salarial federal – vantagens previstas em lei municipal. – Recurso não conhecido. III – Cesta básica – integração – natureza jurídica – benefício instituído por lei municipal. – Recurso não conhecido. (*Processo nº TST-RR-572.669/99 – Ac. 2ª Turma – Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva – DJU 27.9.2002*)

HORA EXTRA. INTERVALO

RECURSO DE REVISTA. INTERVALO INTRA-JORNADA. ART. 71 DA CLT. CONDENAÇÃO EM HORAS EXTRAS PELA NÃO-CONCESSÃO INTEGRAL DO INTERVALO. DEDUÇÃO DOS MINUTOS COMPROVADAMENTE USUFRUÍDOS PELO RECLAMANTE. PROVIMENTO. A alteração promovida no art. 71 da CLT por intermédio da Lei nº 8923/94, introduzida em seu parágrafo 4º, implicou o reconhecimento do direito obreiro ao recebimento, como hora extra, do intervalo não concedido no decorrer da jornada de trabalho. Até esta alteração, a não-concessão do intervalo implicava simples irregularidade de caráter administrativo, não atraindo para o empregador qualquer condenação, desde que não ultrapassada a jornada regular de trabalho. O preciso entendimento que se faz do citado artigo consolidado é o

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

de que tem o empregado direito a uma hora de intervalo para repouso e descanso, nos casos em que a jornada diária ultrapassar seis horas. Em não sendo concedido tal intervalo, surge para ele o direito de receber tal período como extraordinário. Assim sendo, nos casos em que usufruído o repouso em período inferior ao que a lei confere ao trabalhador, deverá a empresa pagar o remanescente como extraordinário, segundo a dicção do § 4º do art. 71 da CLT. Impossível não reconhecer os minutos de intervalo usufruídos pelo empregado e deduzi-los do montante a ser apurado a título de horas extras, sob pena de afronta ao § 2º do próprio art. 71, segundo o qual os intervalos de descanso não serão computados na duração do trabalho. Revista conhecida e provida para determinar a dedução dos quinze minutos usufruídos pelo Reclamante, quando da apuração das horas extras decorrentes da não concessão integral do intervalo previsto no art. 71 do estatuto legal consolidado.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Intervalos intrajornada – repouso – não concessão em sua totalidade – dedução dos minutos usufruídos pelo reclamante no cálculo das horas extras. – Conhecido por divergência jurisprudencial e por violação do artigo 71 da CLT. – Mérito – provido. (*Processo nº TST-RR-462.517/98 – Ac. 2ª Turma – Rel. Juíza Convocada Maria de Assis Calsing – DJU 21.6.2002*)

SALÁRIO RETIDO. COMPENSAÇÃO

RECURSO DE REVISTA – DESCONTOS AO SALÁRIO RELATIVO AO USO DO CHEQUE ESPECIAL – SALÁRIO DO MÊS DE AGOSTO DE 1995. O contrato de mútuo (adiantamento de crédito em conta corrente) tem natureza jurídica civil diversa daquela do contrato de trabalho. Portanto, o caráter alimentar do salário prevalece sobre o débito, quando há pagamento sob a forma de crédito do referido salário na mesma conta corrente. O empregador, ainda que instituição bancária, não tem a disponibilidade ilimitada da verba alimentar. A utilização, pelo reclamante, da quantia-limite do cheque especial, se deu na condição de cliente comum do Banco-reclamado, não de empregado. Assim é ilegal o desconto realizado ao salário do autor – remuneração do mês de agosto de 1995. A alegada infringência do art. 462 da CLT não está caracterizada. Recurso que é parcialmente conhecido e não provido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Preliminar de nulidade do acórdão regional por negativa de prestação jurisdicional – artigo 7º, inciso XXVI, da CF/1988 – omissão de tese. – Preliminar não conhecida. II – Salário – empregado de banco – retenção pelo empregador na conta corrente do empregado para pagamento de dívida de natureza civil – contrato de mútuo – cheque especial – compensação extrajudicial de crédito e dívida de naturezas jurídicas diversas. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – negado provimento. (*Processo nº TST-RR-529.122/99 – Ac. 2ª Turma – Rel. Juiz Convocado Carlos Francisco Berardo – DJU 16.8.2002*)

SERVIDOR PÚBLICO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. TETO REMUNERATÓRIO

RELAÇÃO DE EMPREGO. EMPREGADO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. TETO CONSTITUCIONAL. Somente após as alterações advindas da

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

Emenda Constitucional nº 19/98 é que o art. 37, XI, constitucional passou a se referir às empresas públicas e às sociedades de economia mista, limitando sua aplicação aos casos em que tais empresas recebem recursos da Fazenda Pública para cobrir despesas de pessoal ou custeio. Recurso de Revista conhecido em parte e provido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Preliminar de nulidade do acórdão regional por negativa de prestação jurisdicional – omissão – redutor salarial determinado em mandado de segurança – reclamantes – pólo ativo. – Preliminar não conhecida. II – Servidor público – sociedade de economia mista – remuneração – aplicação do teto salarial previsto na CF/1988. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – provido. (*Processo nº TST-RR-412.840/97 – Ac. 2ª Turma – Rel. Min. José Luciano de Castillo Pereira – DJU 2.8.2002*)

SERVIDOR PÚBLICO. TETO REMUNERATÓRIO

RECURSO DE REVISTA. SERVIDOR PÚBLICO DE EMPRESA PÚBLICA. TETO REMUNERATÓRIO. INAPLICABILIDADE DE LEI ESTADUAL QUE INSTITUI REDUTOR. O artigo 173, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988, na redação anterior à Emenda Constitucional nº 19/1998, equipara as empresas públicas e as sociedades de economia mista às empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas. A implementação do redutor salarial, a ser aplicado nos salários dos empregados, quando estes ultrapassarem os vencimentos dos Secretários de Estado, de que tratam as Leis Estaduais nºs 9105/1989 e 10331/1993, representa nítida alteração contratual de caráter lesivo ao trabalhador, em afronta direta ao princípio constitucional da irredutibilidade de salários, contido no artigo 7º, inciso VI, da Carta Magna. Recurso de revista conhecido e provido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Inconstitucionalidade das Leis Estaduais nºs 9105/1989 e 10331/1993 – servidor público celetista – empresa pública – redutor salarial – teto. – Conhecido por violação do artigo 7º, inciso VI, da CF/1988. – Mérito – provido. (*Processo nº TST-RR-553.196/99 – Ac. 2ª Turma – Rel. Juiz Convocado Altino Predozo dos Santos – DJU 27.9.2002*)

TRABALHADOR RURAL. CARACTERIZAÇÃO

EMPRESA DE FLORESTAMENTO E REFLORESTAMENTO – NATUREZA DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO DE SEUS EMPREGADOS. O enquadramento do empregado como rurícola encontra-se diretamente relacionado ao caráter agroeconômico da atividade que a empresa desenvolve. Observa-se que inúmeros julgados do TST, dos quais a parte é a própria CENIBRA, rezam no sentido de reconhecer a sua qualidade de empregadora rural por explorar atividade agroeconômica – plantio e exploração de madeira -, apesar de o destino desta atividade encontrar-se íntima e diretamente ligado à industrialização. Destarte, são rurícolas os empregados das empresas de reflorestamento que exerçam suas atividades em estabelecimento agrário, enquadrando-se no art. 3º, § 1º, da Lei nº 5889/73. MULTA – EMBARGOS DECLARATÓRIOS. O parágrafo único do art. 538 do CPC determina que o valor da multa por embargos

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

protelatórios seja calculado sobre o valor da causa. Revista conhecida em parte e parcialmente provida.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Preliminar de nulidade do acórdão regional por negativa de prestação jurisdicional. – Preliminar não conhecida. II – Rurícola – caracterização – empresa de reflorestamento. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – negado provimento. III – Multa – artigo 538 do CPC – embargos declaratórios protelatórios – base de cálculo – valor da causa. – Conhecido por violação do artigo 538 do CPC. – Mérito – provido. IV – Rurícola – caracterização – empresa de reflorestamento – prescrição. – Recurso não conhecido por aplicação do Enunciado nº 333 do TST. V – Multa de 40% do FGTS – incidência sobre o período de projeção do aviso prévio indenizado. – Recurso não conhecido. VI – Desvio de função – configuração – diferenças salariais – plano de cargos e salários. – Recurso não conhecido. (*Processo nº TST-RR-415.002/98 – Ac. 2ª Turma – Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira – DJU 2.8.2002*)

TERCEIRA TURMA

AÇÃO ANULATÓRIA. COMPETÊNCIA FUNCIONAL. TRT

PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUNTA DE CONCILIAÇÃO E JULGAMENTO PARA JULGAR ORIGINARIAMENTE AÇÃO ANULATÓRIA QUE VISA ATINGIR CLÁUSULA DE CONVENÇÃO COLETIVA. A incompetência absoluta é insanável, improrrogável, devendo o Juiz, a princípio, declarar-se incompetente (*ratione materiae, ratione personae* e funcional), que poderá ser argüida em qualquer tempo ou instância, conduzindo à nulidade da sentença que for proferida. A incompetência absoluta será aquela em que os limites da jurisdição, fixados pelos critérios objetivos e funcional, são invariáveis. Arts. 111, 113 e 485, II, CPC. Sendo a Junta de Conciliação e Julgamento, órgão jurisdicional absolutamente incompetente, é totalmente ilegítimo o processamento da Ação Declaratória de Nulidade cumulada com obrigação de fazer, da Cláusula 50ª da Convenção Coletiva firmada entre os sindicatos profissionais e patronais do setor de lavanderias, padecendo de nulidade insanável, por decorrência, os atos decisórios proferidos pelo Juiz (CPC, arts. 113, § 2º, 122, 485, II); essa situação de ilegitimidade é adverso à correção ou convalidação, daí representar direito da parte – e dever do Juiz – a argüição e o reconhecimento (inclusive de ofício), a qualquer tempo e grau, da incompetência absoluta (arts. 113 e 301, II e § 4º). Recurso de Revista conhecido e provido para declarar a incompetência absoluta da Junta de Conciliação e Julgamento para processar e julgar a presente Ação e, em consequência, anular a sentença proferida e determinar a remessa dos Autos ao Tribunal Regional da Segunda Região, a quem compete, originariamente o julgamento, como entender de direito. Prejudicados os demais itens do Recurso de Revista.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Preliminar de incompetência absoluta da Junta de Conciliação e Julgamento – ação anulatória – cláusula normativa – competência do Tribunal Regional do Trabalho. – Conhecido por divergência jurisprudencial. –

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

Mérito – provido. (*Processo nº TST-RR-435.618/98 – Ac. 3ª Turma – Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula – DJU 7.6.2002*)

ASSISTÊNCIA GRATUITA. FASE RECURSAL

BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA SOLICITADO NA FASE RECURSAL. A necessidade de obtenção do benefício da Justiça Gratuita é fruto do estado econômico da parte, podendo advir a qualquer momento. Em sendo assim, não necessitando dela o trabalhador por ocasião do ajuizamento da ação, isto não significa que, havendo premência da assistência judiciária no curso da lide, inclusive por ocasião da interposição do recurso ordinário, não possa dela utilizar-se. Havendo pedido da parte de isenção de custas e demais despesas processuais deve ser deferido o benefício até porque inexistente imposição legal, delimitando o momento para que o pedido seja formulado. Em face do que estabelecem os arts. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, 4º, § 1º e 6º da Lei nº 1060/50, 1º da Lei nº 7115/83 e 789, § 9º, da CLT, o benefício da justiça gratuita pode ser assegurado em qualquer tempo ou grau de jurisdição, bastando declaração da parte no sentido de que não está em condições de pagar as custas do processo, os honorários de advogado e os honorários periciais, sem prejuízo próprio ou de sua família. Recurso conhecido e provido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Assistência judiciária gratuita – requerimento para sua concessão – momento oportuno – fase recursal – validade. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – provido. (*Processo nº TST-RR-596.355/99 – Rel. Juíza Convocada Eneida M. C. de Araújo – DJU 28.6.2002*)

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. RAZÃO DO LUGAR

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – EMPREGADO ESTRANGEIRO QUE PRESTOU SERVIÇOS NO BRASIL – FACULDADE PREVISTA NO ART. 651, § 3º, DA CLT – LOCAL DA CONTRATAÇÃO OU DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. Discute-se a competência da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar Reclamação Trabalhista ajuizada por empregado estrangeiro que prestou serviços no Brasil. *In casu*, além da prestação e remuneração de serviços, houve comprovada regulação do vínculo, pela CLT, e termo de rescisão e quitação do contrato de trabalho havido entre 1986 e 1993. O *caput* do art. 651 da CLT estabelece que a competência é determinada pela localidade em que o empregado prestar serviços ao empregador, “(...) ainda que tenha sido contratado noutro local ou no estrangeiro.” O § 3º do mesmo art. 651, por seu turno, faculta ao empregado eleger o foro onde promoverá a ação trabalhista: “Em se tratando de empregador que promova realização de atividades fora do lugar do contrato de trabalho, é assegurado ao empregado apresentar reclamação no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respectivos serviços.” É inegável, portanto, que o Autor ao ajuizar a ação perante a Justiça brasileira – exerceu faculdade amparada pelo preceito legal, exurgindo a competência do Judiciário Trabalhista nacional para conhecer e julgar a Reclamação. Recurso conhecido e provido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional – omissão e obscuridade. – Preliminar não apreciada – artigo 249,

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

parágrafo 2º, do CPC. II – Competência da Justiça do Trabalho brasileira – empregado estrangeiro – contratação no exterior – prestação de serviços no exterior e no Brasil – parcelas referentes ao período de trabalho no Brasil – faculdade do empregado – ajuizamento – foro do local da prestação dos serviços ou foro do local da celebração do contrato. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – provido. (*Processo nº TST-RR-478.490/98 – Ac. 3ª Turma – Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi – DJU 21.6.2002*)

COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. IDADE MÍNIMA

RECURSO DE REVISTA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. IDADE MÍNIMA PARA A OBTENÇÃO DE APOSENTADORIA. O Reclamante foi admitido já na vigência da Lei nº 6.435/77 (15-07-77) e seu Decreto Regulamentador nº 81.240/78 (20-01-78), que previam, com vistas à obtenção da complementação integral dos proventos de aposentadoria, a observância do requisito idade mínima (55 anos), o que não foi preenchido pelo Autor. O fato de o regulamento interno do empregador, vigente à época da admissão do empregado, não contemplar a referida exigência, não afasta a necessidade de sua observância, dado o caráter de ordem pública inerente à Lei nº 6.435/77, que vinculou a constituição, organização e funcionamento das entidades de previdência privada à expressa observância de suas disposições. O dispositivo legal independe de regulamentação, pelo que, nesse ponto, tem aplicação imediata. Recurso de Revista a que se nega provimento.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Preliminar de nulidade do acórdão regional por negativa de prestação jurisdicional – embargos declaratórios – omissão. – Preliminar não conhecida. II – Complementação de aposentadoria – plano de aposentadoria complementar – requisitos – idade mínima – empregado admitido após a edição do Decreto nº 81.240/1978 e antes da alteração e homologação do novo estatuto. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – negado provimento. (*Processo nº TST-RR-587.910/99 – Ac. 3ª Turma – Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula – DJU 23.8.2002*)

DATA BASE. INDENIZAÇÃO ADICIONAL

1. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. A hipótese de negativa de prestação jurisdicional decorre da omissão relativa a questões oportunamente levantadas, essenciais ao deslinde da controvérsia, o que não ocorreu na hipótese ora examinada. Revista não conhecida. 2. DATA BASE. INDENIZAÇÃO ADICIONAL. Esta Corte já firmou entendimento, consubstanciado no Enunciado nº 314 do TST, que “Ocorrendo a rescisão contratual no período de trinta dias que antecede à data-base, observado o Enunciado nº 182 do TST, o pagamento das verbas rescisórias com o salário já corrigido não afasta o direito à indenização adicional prevista nas Leis nºs 6.708/79 e 7.238/84.” Assim, é irrelevante o fato de não existir nos autos Convenção ou Acordo Coletivo que demonstre a data-base da categoria da Reclamante, ou que comprove estar a Autora vinculada a sindicato de categoria profissional, tendo em vista que foram comprovados reajustes salariais decorrentes da data-base nos meses de janeiro dos anos de 1994, 1995, 1996 e 1997. Ademais, a lei não condiciona o pagamento

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

da indenização referida à existência de acordo ou convenção ou à vinculação do empregado a qualquer sindicato, pois o art. 4º, § 2º, estabeleceu que os empregados não enquadrados na hipótese prevista no § 1º, terão como data-base a data do seu último aumento ou reajuste, ou, na falta desta, a do início da vigência do contrato de trabalho, buscando proteger o empregado mesmo em face de dúvidas quanto à sua data-base. Por outro lado, a lei também não condiciona a indenização a aumento salarial da categoria na data-base, visto que esta deve corresponder ao valor indenizatório do mês da dispensa, além do que, tendo sido consignado na parte final Enunciado nº 314 que nem mesmo o pagamento das verbas rescisórias com o salário já corrigido não afasta o direito à indenização adicional, muito mais a existência ou não de aumento salarial dos funcionários da Reclamada em janeiro de 1998 é irrelevante à configuração do direito em cotejo. Revista conhecida e não provida.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Preliminar de nulidade do acórdão do TRT por negativa de prestação jurisdicional – princípio da isonomia – reajuste salarial – princípio da legalidade. – Preliminar não conhecida. II – Indenização adicional – Lei nº 7238/1994 – dispensa do empregado no trintídio que antecede a data-base. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – negado provimento. (*Processo nº TST-RR-536.684/99 – Ac. 3ª Turma – Rel. Juíza Convocada Eneida M. C. de Araújo – DJU 18.10.2002*)

DEMISSÃO INCENTIVADA. MULTA DO FGTS. AVISO PRÉVIO

DEMISSÃO INCENTIVADA – MULTA DO FGTS, AVISO PRÉVIO. A adesão voluntária a programa de demissão incentivada obstaculiza a percepção da multa de 40% do FGTS e do aviso prévio, verbas inerentes aos casos de rescisão contratual imotivada, mormente porque o incentivo assegurou ao obreiro indenização superior àquela prevista na CLT. Recurso de Revista conhecido e desprovido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Plano de demissão voluntária – adesão – rescisão do contrato de trabalho – verbas indenizatórias – não incidência sobre aviso prévio e multa do FGTS. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – negado provimento. (*Processo nº TST-RR-463.149/98 – Ac. 3ª Turma – Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi – DJU 28.6.2002*)

DESCONTO ASSISTENCIAL. CLÁUSULA. ACORDO COLETIVO DE TRABALHO

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. Havendo indícios de violação dos arts. 5º, XX e 8º, V, da Carta Magna, impõe-se o provimento do agravo de instrumento para melhor exame do recurso de revista que teve seu seguimento negado. Agravo provido. RECURSO DE REVISTA. DESCONTO ASSISTENCIAL. Empregados não filiados. Inexigibilidade. A previsão em acordo coletivo, convenção coletiva ou sentença normativa de desconto de taxa assistencial de empresas não filiadas ao sindicato fere o princípio da livre associação e sindicalização insculpido nos arts. 5º, XX e 8º, V, da Carta Magna. Recurso de revista conhecido e provido para absolver a reclamada da condenação que lhe foi imposta.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Cláusula normativa – contribuição assistencial – abrangência – associados e não associados. – Conhecido por violação dos artigos

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

5º, inciso XX e 8º, inciso V, da CF/1988. – Mérito – provido. (*Processo nº TST-RR-4.495/02 – Ac. 3ª Turma – Rel. Juiz Convocado Paulo Roberto Sifuentes Costa – DJU 23.8.2002*)

DIRIGENTE SINDICAL. ESTABILIDADE

PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDI-CIONAL. O recurso não foi fundamentado em ofensa a dispositivos legais (art. 896, alínea c, da CLT). ESTABILIDADE SINDICAL – AÇÃO PROPOSTA A UM DIA DO FINAL DO PERÍODO ESTABILITÁRIO. A estabilidade não é uma garantia pessoal do empregado, mas sim uma prerrogativa da categoria para possibilitar o exercício da representação sindical. O escopo da garantia do dirigente sindical contra a dispensa arbitrária se encontra na proteção do direito de defesa dos interesses coletivos da categoria profissional. Torna-se difícil crer que a intenção da reclamante, ao pleitear sua reintegração, fosse beneficiar a coletividade profissional, uma vez que o ajuizamento da ação se deu no dia anterior ao fim da estabilidade. Nem a reclamante podia alegar desconhecimento das conseqüências da inércia, principalmente porque fez constar ressalva no verso do TRCT, e porque ocupou cargo no sindicato, de vice-presidente. Assim, como a reclamante não pleiteou sua imediata reintegração e só o fez quando já expirava o período estabilitário, demonstrando pouco interesse na defesa de sua categoria como líder sindical, não faz jus à pretensão. NULIDADE DO TERMO DE RECIBO E RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. O v. acórdão mencionou que a recorrente alegou que a rescisão ocorreu sem a assistência do sindicato da categoria, no entanto, não se pronunciou expressamente sobre a questão, segundo a exigência do Enunciado nº 297 do TST, motivo pelo qual é impossível a aferição da violação ao art. 477, § 1º, da CLT e contrariedade ao Enunciado nº 330 do TST. INDENIZAÇÃO DOBRADA – MULTAS. *In casu*, se não foi reconhecida a estabilidade pleiteada pela obreira, resta afastado o pleito daí decorrente, qual seja, a reintegração no emprego. Assim, não fazendo jus à reintegração, não há falar-se em conversão dessa em indenização, e muito menos, de forma dobrada. A recorrente não tem interesse em recorrer da multa por atraso de pagamento das verbas rescisórias, uma vez que a sentença já havia deferido a multa prevista no art. 477, da CLT. A obreira pleiteou a reforma da decisão para deferir a multa convencional, no entanto, não expôs fundamento para amparar o recurso de revista, no particular. DIFERENÇAS SALARIAIS – PISO SALARIAL. O Eg. Regional não apreciou a matéria em discussão à luz dos arts. 7º, VI, da Constituição Federal e 468 da CLT, segundo a exigência de prequestionamento prevista no Enunciado nº 297 do TST, restando inviabilizada a demonstração de ofensa aos citados dispositivos. DOBRA DO ART. 467 DA CLT. Não apontou a recorrente fundamento para o seu apelo, segundo o permissivo legal (art. 896 da CLT). Se não foi reconhecido direito ao piso salarial, as diferenças pleiteadas não se mostram incontroversas, conforme quer fazer crer a recorrente. Recurso de revista não conhecido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Preliminar de nulidade do acórdão regional por negativa de prestação jurisdicional. – Preliminar não conhecida. II – Estabilidade provisória – dirigente sindical – reintegração – ação proposta um dia antes do final do

período estabilitário – ausência de interesse na defesa da categoria. – Recurso não conhecido. III – Termo de recibo e rescisão do contrato de trabalho – nulidade – ausência de assistência do sindicato da categoria – prequestionamento. – Recurso não conhecido. IV – Piso salarial – majoração – não repasse à reclamante – diferença salarial. – Recurso não conhecido. (*Processo nº TST-RR-9546-2002-900-09-00-0 – Ac. 3ª Turma – Rel. Juiz Convocado Luiz Carlos de Araújo – DJU 16.8.2002*)

PRESCRIÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA

AÇÃO DECLARATÓRIA – PRAZO PRESCRICIONAL. A ação declaratória erige em figura geral da tutela preordenada a obtenção da certeza com fim em si mesma. Não interrompe o prazo prescricional para o ajuizamento da ação que objetiva a reintegração, cujo direito foi declarado em ação própria, com trânsito em julgado em 20-9-93. O termo inicial coincide com o nascimento da ação para alcançar a reparação do direito violado, ou seja, a dispensa, em datas anteriores a dezembro de 1990. Ajuizada a ação em 1995, acolhe-se a prescrição argüida. Recurso de Revista conhecido por divergência jurisprudencial a que se nega provimento.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Prescrição – ação declaratória cumulada com ação condenatória – prazo prescricional das ações condenatórias. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – negado provimento. (*Processo nº TST-RR-500.017/98 – Ac. 3ª Turma – Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula – DJU 9.8.2002*)

PRESCRIÇÃO. AVISO PRÉVIO INDENIZADO COMPENSAÇÃO DE HORAS EXTRAS FGTS. MULTA. ÔNUS DA PROVA

1. **PRESCRIÇÃO. AVISO PRÉVIO INDENIZADO.** A decisão regional apresenta-se em conformidade com a Orientação Jurisprudencial nº 83 da SBD11 do TST, o que afasta a possibilidade de violação legal ou constitucional, assim como resultam superados os arestos tidos por divergentes. Revista não conhecida, no tópico. 2. **COMPENSAÇÃO DE HORAS EXTRAS.** O próprio Regional reconheceu que se havia omitido na apreciação das normas coletivas que previam a compensação de horas extras, na forma do que exigido no art. 7º, XIII, da Constituição Federal, o que permitia imprimir-se efeito modificativo ao julgado, nos termos do Enunciado nº 278 do TST. Revista conhecida e provida, nesta matéria. 3. **FGTS E MULTA. ÔNUS DA PROVA.** É da Reclamada o ônus de comprovar haver efetuado o correto recolhimento dos valores alusivos ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, pois o art. 17 da Lei nº 8036/90 estabelece que os empregadores obrigam-se a comunicar, todos os meses, aos empregados os valores recolhidos ao FGTS, devendo, ainda, repassar-lhes todas as informações sobre suas contas vinculadas recebidas da Caixa Econômica Federal ou dos Bancos depositários. Não havendo o empregador demonstrado que cumpriu as exigências emanadas da norma jurídica que disciplina o Fundo de Garantia, teria o ônus de, no curso da lide, provar o correto recolhimento das quantias recolhidas para o FGTS. A existência dos depósitos do FGTS, nas quantias corretas e nos valores devidos, é fato extintivo da pretensão da parte em obter o reconhecimento judicial do direito perseguido. É o que se pode extrair

do quanto agasalhado no art. 818 da CLT e no inciso II do art. 333 do CPC, combinados com a norma específica contida no art. 17 da Lei nº 8036/90. Revista conhecida, mas a que se nega provimento, nesta matéria.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Prescrição – marco inicial – contagem do prazo – aviso prévio indenizado. – Recurso não conhecido. II – Regime compensatório – acordo tácito – validade – horas extras. – Conhecido por contrariedade ao Enunciado nº 278 do TST. – Mérito – provido. III – FGTS – diferenças – recolhimento – ônus da prova. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – negado provimento. (*Processo nº TST-RR-460.777/98 – Ac. 3ª Turma – Rel. Juíza Convocada Eneida M. C. de Araújo – DJU 28.6.2002*)

PRESCRIÇÃO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO

I – AGRADO DE INSTRUMENTO – PROVIMENTO – DANO MORAL – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. O julgado apresenta especificidade necessária a demonstrar divergência jurisprudencial, porquanto traz tese no sentido de que ao dano moral é aplicável a prescrição prevista no Código Civil, mesmo que seja decorrente do contrato de trabalho, e, não, a prevista no art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, como entendeu o eg. Regional (fls. 366/367). Dá-se provimento ao agravo de instrumento para, convertendo-o em recurso de revista, determinar a reatuação do processo e a publicação da certidão de julgamento, para ciência e intimação das partes e dos interessados de que o julgamento da revista dar-se-á na primeira sessão ordinária subsequente à data da referida publicação, nos termos da Resolução Administrativa nº 736/2000 do eg. TST. Agravo provido. II – RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. Quando em juízo estão litigando as partes do contrato de trabalho, ambas agindo na condição de empregado e empregador, e tendo por objeto uma indenização decorrente de alegado ato ilícito patronal é forçoso reconhecer que a pretensão de direito material deduzida na reclamatória possui nítida natureza de crédito trabalhista que, portanto, sujeita-se, para os efeitos da contagem do prazo de prescrição, à regra estabelecida no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal. A matéria deve ser dirimida à luz da norma jurídica específica acerca de créditos de contrato de trabalho, no caso, a norma constitucional referida, motivo pelo qual não se aplica o art. 177 do Código Civil. Recurso de Revista desprovido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Prescrição – indenização por danos morais – caracterização como crédito trabalhista. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – negado provimento. (*Processo nº TST-RR-8871-2002-900-02-00-4 – Ac. 3ª Turma – Rel. Juíza Convocada Terezinha Célia Kineipp Oliveira – DJU 13.9.2002*)

RECURSO DE REVISTA. JUSTIÇA GRATUITA

RECURSO DE REVISTA. JUSTIÇA GRATUITA. Os benefícios da Justiça gratuita podem ser reconhecidos em qualquer fase processual, uma vez atendidos os pressupostos legais. Recurso de revista conhecido e provido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Deserção – custas processuais – requerimento do benefício da justiça gratuita em recurso ordinário – possibilidade de postulação

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

em qualquer fase recursal – requisitos legais. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – provido. (*Processo nº TST-RR-502.971/98 – Ac. 3ª Turma – Rel. Juiz Convocado Paulo Roberto Sifuentes Costa – DJU 30.8.2002*)

QUARTA TURMA

ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. APLICABILIDADE

NORMAS COLETIVAS. LOCAL DE TRABALHO. APLICAÇÃO. Aplicam-se ao empregado as normas coletivas vigentes no seu local de trabalho, ainda que distinto do local da contratação, pena de se criar numa mesma base territorial disparidade de tratamento que contraria o princípio da isonomia, circunstância inadmissível em bom Direito. Recurso de Revista improvido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Diferenças salariais – norma coletiva – empregado que trabalha em local distinto daquele da contratação – aplicação da norma coletiva vigente no local de trabalho. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – negado provimento. (*Processo nº TST-RR-650.326/00 – Ac. 4ª Turma – Rel. Juíza Convocada Anelia Li Chum – DJU 27.9.2002*)

ACÚMULO DE FUNÇÕES. SALÁRIO ADICIONAL

ACÚMULO DE FUNÇÕES. SALÁRIO ADICIONAL. Se a prova dos autos demonstra a execução sem acréscimo de jornada, de tarefas que excedem, em quantidade e responsabilidade, ao pactuado no contrato de trabalho, o empregado tem direito a um aditivo remuneratório. O contrato de trabalho é sinalagmático. Dele resultam obrigações contrárias e equivalentes. Logo, qualquer alteração na qualidade ou na quantidade do labor exigido desnatura aquela equivalência ínsita à natureza comutativa e onerosa do vínculo e exige um reequilíbrio que, no caso de acúmulo de funções, será o pagamento de um “plus” salarial. Recurso de revista não conhecido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Acumulação de funções – chefe da seção de orçamento e assistente da diretoria financeira – exercício simultâneo – ônus da prova – acréscimo salarial. – Recurso não conhecido. II – Salário *in natura* – ajuda-alimentação – natureza jurídica – integração ao salário. – Recurso não conhecido. (*Processo nº TST-RR-403.535/97 – Ac. 4ª Turma – Rel. Juiz Convocado Horácio R. de Senna Pires – DJU 11.10.2002*)

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PROPORCIONALIDADE

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE PROPORCIONAL – VALIDADE DA NORMA COLETIVA – FLEXIBILIZAÇÃO CONSTITUCIONAL. Existindo cláusula de instrumento coletivo prevendo a proporcionalidade do pagamento do adicional de periculosidade, não há que se falar em supremacia da lei sobre a vontade das partes, ante o que dispõe o inciso XXVI do art. 7º da Constituição Federal. Trata-se de hipótese típica de prevalência do negociado sobre o legislado, em flexibilização autorizada pela própria Carta Política. Isso porque a redução do adicional de periculosidade à sua

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

percepção proporcional ao tempo de exposição ao risco encontra respaldo nas hipóteses de flexibilização autorizadas pela Constituição Federal, pois se a Carta Magna admite a redução dos dois principais direitos trabalhistas, que são o salário (CF, art. 7º, VI) e a jornada de trabalho (CF, art. 7º, XIII e XIV), todos aqueles que deles decorrem também são passíveis de flexibilização. Assim, tendo o adicional de periculosidade natureza salarial e não meramente indenizatória, comporta negociação coletiva quanto aos parâmetros de sua percepção. Revista conhecida e provida.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Adicional de periculosidade – proporcionalidade prevista em norma coletiva – validade – limitação ao tempo de exposição. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – provido. (*Processo nº TST-RR-483.120/98 – Ac. 4ª Turma – Rel. Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho – DJU 15.3.2002*)

CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA. INDEFERIMENTO. PERÍCIA

PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVA FONOGRAFODOCUMENTOSCÓPICA DENEGADO – FALTA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA INSTALAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA – INEXISTÊNCIA DE CERCEIO DE DEFESA. Estando as decisões das instâncias ordinárias alicerçadas no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, que exige a autorização judicial para a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, não há que se falar em cerceio de defesa, quando negado o pedido de prova pericial (exame fonografodocumentoscópico) visando a confirmar a procedência da voz gravada, se a escuta telefônica procedida pela Reclamada fez-se sem a referida autorização. Acresça-se a isso o magistério do STF, que, intérprete máximo da Constituição, aponta para a impossibilidade de admissão da escuta telefônica, sem autorização judicial prévia, como meio de prova lícito. De fato, a ilicitude da forma como produzida a prova, sem atenção à designação da lei, culminaria na contaminação de todos os atos processuais nela lastreados, entre os quais a perícia fonografodocumentoscópica, figurando, aí, a indesejada consequência preconizada pela “Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada” (“Fruits of the Poisonous Tree”). Recurso de revista não conhecido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Cerceamento de defesa – indeferimento de pedido de prova pericial – exame fonografodocumentoscópico – escuta telefônica sem autorização judicial – impossibilidade de utilização de prova ilícita em juízo. – Recurso não conhecido. (*Processo nº TST-RR-373.356/97 – Ac. 4ª Turma – Rel. Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho – DJU 1.3.2002*)

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ACIDENTE DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL

I – RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. AÇÕES POR DANOS MATERIAL E MORAL PROVENIENTES DE INFORTÚNIOS DO TRABALHO. COMPETÊNCIA DO JUDICIÁRIO DO TRABALHO EM RAZÃO DA MATÉRIA. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 114, 7º, INCISO XXVIII, E 5º INCISO X DA CONSTITUIÇÃO. As pretensões provenientes da moléstia profissional ou do acidente do trabalho reclamam proteções distintas, dedutíveis em ações igualmente distintas,

uma de natureza nitidamente previdenciária, em que é competente materialmente a Justiça Comum, e a outra, de conteúdo iminentemente trabalhista, consubstanciada na indenização reparatória dos danos material e moral, em que é excludente a competência da Justiça do Trabalho, a teor do artigo 114 da Carta Magna. Isso em razão de o artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição, dispor que “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, seguro contra acidente de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”, em função do qual impõe-se forçosamente a ilação de o seguro e a indenização pelos danos causados aos empregados, oriundos de acidentes de trabalho ou moléstia profissional, se equipararem a verbas trabalhistas. O dano moral do artigo 5º, inciso X, da Constituição, a seu turno, não se distingue ontologicamente do dano patrimonial, pois de uma mesma ação ou omissão, culposa ou dolosa, pode resultar a ocorrência simultânea de um e de outro, além de em ambos se verificar o mesmo pressuposto do ato patronal infringente de disposição legal, sendo marginal o fato de o cálculo da indenização do dano material obedecer o critério aritmético e o da indenização do dano moral, o critério estimativo. Não desautoriza, de resto, a ululante competência do Judiciário do Trabalho o alerta de o direito remontar pretensamente ao artigo 159 do Código Civil. Isso nem tanto pela evidência de ele reportar-se, na verdade, ao artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição, mas sobretudo em face do pronunciamento do STF, em acórdão da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, no qual se concluiu não ser relevante para fixação da competência da Justiça do Trabalho que a solução da lide remeta a normas de direito civil, desde que o fundamento do pedido se assente na relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho (Conflito de Jurisdição nº 6959-6, Distrito Federal). Recurso provido. II – AGRADO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA. Agravo a que se nega provimento por não preenchidos os requisitos intrínsecos do recurso de revista.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: Agravo de instrumento da reclamada. I – Nulidade de dispensa – reexame de matéria fática – honorários advocatícios – consonância com enunciado do TST. – Conhecido. – Mérito – negado provimento. Recurso do reclamante. I – Competência da Justiça do Trabalho em razão da matéria – indenização por danos materiais e morais – doença profissional. – Conhecido por violação do artigo 114 da CF/1988. – Mérito – provido. (*Processo nº TST-RR-788.505/01 – Ac. 4ª Turma – Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen – DJU 25.10.2002*)

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS

JUSTIÇA DO TRABALHO – CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E FISCAIS – DETERMINAÇÃO DOS DESCONTOS – COMPETÊNCIA – CRITÉRIO DE DEDUÇÃO – TOTALIDADE DOS CRÉDITOS DA CONDENAÇÃO – RESPONSABILIDADE. I – Os arts. 46 da Lei nº 8.541/92 e 43 da Lei nº 8.212/91 disciplinam, respectivamente, o recolhimento do Imposto de Renda e da contribuição previdenciária. O § 3º do artigo 114 da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 20/98, não deixa dúvida alguma quanto à competência material da

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

Justiça do Trabalho, competência essa que esta Corte tem reiteradamente proclamado (Orientação nº 141 da SDI-1). II – Segundo o artigo 46 da Lei nº 8.541/92, “o imposto sobre a renda incidente sobre os rendimentos pagos em cumprimento de decisão judicial será retido na fonte pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento, no momento em que, por qualquer forma, o rendimento se torne disponível para o beneficiário”. Verifica-se, pois, que o referido desconto tem por fato gerador a existência de sentença condenatória e a disponibilidade dos valores dela decorrentes ao empregado. A lei, ao determinar que o tributo seja retido na fonte, deixa incontroverso que a sua incidência se dará sobre a totalidade dos valores recebidos. Nesse contexto, não há margem para o entendimento segundo o qual os descontos fiscais devem incidir sobre os créditos decorrentes da condenação judicial, considerados mês a mês, e desde que ultrapassados os limites legais de isenção, sob pena de se estar promovendo ilícita alteração no fato gerador da obrigação tributária, bem como na respectiva base de cálculo. O mesmo raciocínio se aplica aos descontos previdenciários, tendo em vista o comando inserto no artigo 43 da Lei nº 8.212/91, quando dispõe que, uma vez discriminadas as parcelas na sentença, afastam-se aquelas que não compõem a base de cálculo da contribuição previdenciária, sendo que, sobre as demais, o desconto incide, considerando-se o valor total da condenação apurado em liquidação. Por outro lado, o art. 11, parágrafo único, alíneas “a” e “c”, do mencionado diploma legal define como sujeitos da obrigação tributária, em relação às contribuições sociais, os empregadores e os empregados. Logo, considera-se que a referida lei expressamente prevê a forma de dedução dos descontos previdenciários pelo seu valor total, que serão suportados pelo reclamante e pelo reclamado, responsáveis, cada qual com sua quota-parte, pelo custeio da Seguridade Social, na forma do artigo 195 da CF/88. III – O Imposto de Renda, a cargo do reclamante, deve ser retido e recolhido pelo reclamado, enquanto os descontos previdenciários são suportados pelo reclamante e pelo reclamado, responsáveis, cada qual com sua quota-parte, pelo custeio da Seguridade Social. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Preliminar de nulidade por cerceamento de defesa – violação não ocasionada pela própria decisão recorrida – prequestionamento. – Preliminar não conhecida. II – Competência da Justiça do Trabalho – descontos previdenciários e fiscais – incidência sobre o valor total da condenação. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – provido. III – Juros de mora – débitos trabalhistas – empresa em liquidação extrajudicial – sucessão trabalhista. – Recurso não conhecido. (*Processo nº TST-RR-512.987/98 – Ac. 4ª Turma – Rel. Min. Milton de Moura França – DJU 6.9.2002*)

DISSÍDIO COLETIVO. HOMOLOGAÇÃO

ACORDO COLETIVO – HOMOLOGAÇÃO – DISSÍDIO COLETIVO – CONDIÇÕES DE TRABALHO – INCORPORAÇÃO – CONTRATO INDIVIDUAL DO TRABALHO – LEI Nº 8.542/92 – IMPOSSIBILIDADE – ENUNCIADO Nº 277 DO TST – APLICABILIDADE. Ao aludir a acordo coletivo, o artigo 1º da Lei nº 8542/92 refere-se, obviamente, ao pacto celebrado extrajudicialmente entre sindicato e uma ou

mais empresas da correspondente categoria econômica, com vistas ao estabelecimento de condições de trabalho (CLT, art. 611, § 1º) e não ao acordo homologado nos autos de dissídio coletivo, que possui natureza jurídica diversa. Realmente, à luz do artigo 764 da CLT, os dissídios coletivos submetidos ao crivo da Justiça do Trabalho estão sempre sujeitos à conciliação, sendo lícito às partes celebrar acordo que ponha termo ao processo. Nessa hipótese, dispõe o artigo 831, parágrafo único, da CLT, que o termo lavrado vale como decisão irrecurável e, portanto, somente desconstituível por meio de ação rescisória (Enunciado nº 259 do TST). Nesse contexto, o acordo celebrado e homologado nos autos de dissídio coletivo possui, inequivocamente, a natureza de sentença normativa, atraindo, assim, a aplicação da orientação sumulada no Enunciado nº 277 do TST, que veda a integração definitiva aos contratos individuais das condições de trabalho judicialmente alcançadas.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Acordo em dissídio coletivo – homologação judicial – natureza jurídica – sentença normativa – incorporação das cláusulas ao contrato de trabalho – impossibilidade – Enunciado nº 277 do TST – Lei nº 8542/1992 – aplicabilidade – acordo extrajudicial. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – provido. (*Processo nº TST-RR-742.339/01 – Ac. 4ª Turma – Rel. Min. Milton de Moura França – DJU 28.6.2002*)

FALÊNCIA. FGTS. MULTA

FALÊNCIA – MULTA SOBRE OS DEPÓSITOS DO FGTS. A quebra não é motivo para extinção dos contratos de trabalho, cuja resilição ou decorre da vontade do síndico ou da cessação da atividade da empresa, conforme se depreende do artigo 449 e seu § 2º, da CLT. Tampouco pode ser equiparada à força maior de que trata o artigo 18 § 2º, da Lei nº 8.036/90. É que a falência, mesmo que não seja fraudulenta, insere-se no risco inerente ao próprio negócio, não sendo classificada como acontecimento inevitável em relação à vontade do empresário, cuja precipitação decorre não raro de uma má gestão do empreendimento. Além disso, a multa de 40% do FGTS, apesar da sua titulação, não tem sentido punitivo, como o tem as normas dos artigos 467 e 477, da CLT, que a jurisprudência do TST entende serem inaplicáveis à massa falida. Desfruta ela, na realidade, de claro conteúdo indenizatório, segundo se constata do artigo 7º, inciso I, da Constituição, combinado com o artigo 10, inciso I, do ADCT. Recurso provido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Multa – FGTS – rescisão contratual – empresa em processo falimentar. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – provido. II – Multa – artigo 477 da CLT – atraso no pagamento das verbas rescisórias – empresa em processo falimentar. – Recurso não conhecido. (*Processo nº TST-RR-814.296/01 – Ac. 4ª Turma – Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen – DJU 27.9.2002*)

FGTS. DEPÓSITO. MULTA

FGTS – MULTA DO ARTIGO 22 DA LEI Nº 8.036/90 – BENEFICIÁRIO. A multa do artigo 22 da Lei nº 8.036/90 possui natureza administrativa e se refere especificamente à hipótese de o empregador não efetuar, no prazo legal, segundo o artigo 15

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

da Lei nº 8.036/90, os depósitos do FGTS, em conta vinculada do empregado, daí por que não se reverte a seu favor, mas sim do Fundo. A cobrança dos depósitos não realizados pelo empregador são acrescidos de juros e correção, de forma a preservar seu valor efetivo, para saque do empregado, nas condições expressas em lei, enquanto que a multa se destina ao Fundo, gestor e responsável pelo inadimplemento das obrigações assumidas pelo empregador, como consequência da impossibilidade da gestão e aplicação dos recursos em programas aprovados pelo Conselho Curador, segundo prescrevem os artigos 6º e 7º da Lei nº 8.036/90. Recurso de revista conhecido e provido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – FGTS – multa de 20% – penalidade de natureza administrativa – artigo 22 da Lei nº 8.036/1990 – atraso no recolhimento dos depósitos – diferenças. – Conhecido por violação do artigo 22 da Lei nº 8.036/1990. – Mérito – provido. II – Plano de Incentivo ao Desligamento – PID – depósito em conta-corrente – ônus da prova. – Recurso não conhecido. (*Processo nº TST-RR-575.359/99 – Ac. 4ª Turma – Rel. Min. Milton de Moura França – DJU 18.10.2002*)

GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. SUPRESSÃO

GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. SUPRESSÃO. INTANGIBILIDADE DO CONTRATO. O reclamante ocupava cargo cujo exercício se dava em condições especiais (Motorizado V) e, em razão de acidente do trabalho, houve a alteração da função. Nem toda gratificação de função implica cargo de confiança e se, a estes, se aplica o comando da reversão, sem invalidade da alteração contratual, nem mesmo quanto a eles a lei estabelece ou impõe a perda de gratificação. A cessação de exercício, pelo empregado acidentado, de cargo em condições especiais não pode levar à desconsideração das gratificações que ele vinha recebendo, porque se tornaram integrantes de seu patrimônio. Deve ser preservada a estabilidade financeira, porque a intangibilidade prejudicial do contrato é a regra, afirmada no art. 468 da CLT. Recurso de Revista provido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Gratificação pelo exercício de função em condições especiais – alteração no cargo decorrente de acidente do trabalho. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – provido. (*Processo nº TST-RR-515.852/98 – Ac. 4ª Turma – Rel. Juíza Convocada Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro – DJU 11.10.2002*)

HORAS EXTRAS. COMPENSAÇÃO DE HORÁRIO

HORAS EXTRAS. ESCALA DE DOZE HORAS DE SERVIÇO POR TRINTA E SEIS DE DESCANSO. O art. 7º, inciso XIII, da Constituição Federal faculta a implantação de jornada de trabalho superior a quarenta e quatro horas semanais mediante negociação coletiva (acordo ou convenção coletiva de trabalho). Inexistindo norma coletiva contemplando a compensação de jornada, o empregado que trabalha em escala de doze horas de serviço por trinta e seis de descanso tem direito apenas ao adicional concernente às horas extras excedentes da 8ª nos dias de efetivo trabalho. Incidência do Enunciado nº 85 do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista conhecido e provido parcialmente.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Preliminar de nulidade do acórdão regional por negativa de prestação jurisdicional e por cerceamento de defesa – atraso no pagamento

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

das verbas rescisórias. – Preliminar não conhecida. II – Regime compensatório – 12 x 36 – validade – adicional de horas extras – decisão normativa – violação à coisa julgada. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – parcialmente provido. III – Multa do artigo 477, parágrafo 8º, da CLT – supressão – validade – anotação na ficha do reclamante. – Recurso não conhecido. (*Processo nº TST-RR-379.817/97 – Ac. 4ª Turma – Rel. Juiz Convocado Horácio R. Senna Pires – DJU 9.8.2002*)

JORNADA DE TRABALHO. DIGITADOR

RECURSO DE REVISTA – PROGRAMADORES DE COMPUTADOR – NÃO-APLICAÇÃO DO ART. 72 DA CLT. Os programadores de computadores, situação dos Reclamantes, tendo por outras funções que não as de digitação, por exemplo, a de coleta de dados, como informou a Corte de origem, não fazem jus ao intervalo insculpido no art. 72 da CLT, que tem por destinatárias as funções permanentes de mecanografia e similares. *In casu*, a decisão regional reconheceu que os Autores não eram digitadores e não faziam jus à jornada a eles pertinente, mas, numa postura salomônica, concedeu-lhes o intervalo típico dos digitadores, de forma proporcional a 80% da jornada de trabalho. Tal postura não tem respaldo legal e não condiz com a melhor exegese da norma, pois se os Reclamantes não digitavam o tempo todo, mas alternavam a digitação com outras atividades em 20% da jornada, é justamente essa alternância que propicia o descanso em relação ao trabalho meramente mecânico, atingindo-se o objetivo da norma consolidada e dispensando o intervalo. Recurso de revista provido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: Recurso da reclamada. I – Programador de computador – jornada de trabalho – intervalo – aplicação analógica do artigo 72 da CLT – inviabilidade de equiparação ao digitador – alternância com outras atividades. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – provido. Recurso de revista adesivo dos reclamantes. I – Digitador – jornada de trabalho. – Recurso não conhecido. (*Processo nº TST-RR-416.762/98 – Ac. 4ª Turma – Rel. Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho – DJU 13.9.2002*)

JUSTA CAUSA. CARACTERIZAÇÃO. GRADAÇÃO DA PENA

RECURSO DE REVISTA. JUSTA CAUSA. OFENSA FÍSICA (CLT, ART. 482, “k”). CONFIGURAÇÃO. Não há dúvidas de que, em recurso de revista, não são revolidos fatos e provas (Enunciado nº 126 do TST), concentrando-se a atividade do Tribunal Superior do Trabalho na realidade que o acórdão regional revelar. Tanto decorre da função uniformizadora do direito que lhe reserva a Lei. O postulado, no entanto, não impede que, com base nas premissas de fato a que se apegar a decisão revisanda, venha esta Corte a pesquisar a adequação do resultado jurídico dado. Esta é, em verdade, vocação da instância extraordinária. Sem se perder de vista que a Lei não consagra o instituto da gradação de penas, quando se cuida de justa causa, não se poderá admitir uma tal exigência, diante de ofensa física. Não há razoabilidade em impor-se ao empregador que se submeta, pacientemente, a repetidos ataques por parte de empregado seu, para que, somente quando – muito provavelmente – já sem defesa, venha a poder dissolver o pacto laboral motivadamente. Em tal caso, qualquer que seja a extensão da conduta obreira,

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

imperativa será a configuração de justa causa, pois não se tolera, como basilar princípio de convivência em sociedade, o risco à integridade física das pessoas. À ausência de legítima defesa, submete-se à disciplina do art. 482, “k”, da CLT a trabalhadora que arremessa objetos contra sua superiora hierárquica, manifestamente tentando feri-la. Autorizada resta, na hipótese, a resolução contratual. Recurso de revista provido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Justa causa – caracterização – ofensa física – gradação de pena. – Conhecido por violação do artigo 482, letra k, da CLT. – Mérito – provido. (*Processo nº TST-RR-640.442/00 – Ac. 4ª Turma – Rel. Juiz Convocado Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira – DJU 2.8.2002*)

NULIDADE. CONTRATAÇÃO. CONCURSO PÚBLICO

NULIDADE DA CONTRATAÇÃO POR FALTA DE CONCURSO PÚBLICO – ARGÜIÇÃO DE OFÍCIO PELO RELATOR NO TRT – COMPROVAÇÃO DA APROVAÇÃO EM CERTAME FEITA NA FASE RECURSAL – ADMISSÃO PELA SÚMULA Nº 8 DO TST – VIOLAÇÃO DO DIREITO AO CONTRADITÓRIO. A decisão regional que acolhe preliminar, suscitada de ofício pelo Relator, de extinção do feito, por carência de ação, porquanto se cogitou de contratação pela Administração Pública Indireta, após 1988, sem concurso público, admite oferecimento de contraprova na fase recursal, com juntada de documento novo, nos termos da Súmula nº 8 do TST, pois a hipótese de levantamento de fato não discutido na sentença é análogo ao da própria ocorrência de fato novo, quando não havia dúvida das partes, nem do julgador originário, sobre sua existência, o que dispensou sua prova na fase instrutória. Inadmitir a possibilidade da Reclamante oferecer prova de ser concursada, na fase recursal, é ferir o princípio do contraditório, erigido pela Carta Magna não só em resguardo do Réu, mas também do Autor. Recurso de revista conhecido em parte e provido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Preliminar de nulidade do acórdão regional por negativa de prestação jurisdicional – erro de julgamento. – Preliminar não conhecida. II – Carência de ação – argüição de ofício pelo relator no TRT – nulidade da contratação por ausência de concurso público – matéria não discutida na reclamação trabalhista pelas partes – violação do princípio do contraditório e da ampla defesa – validade de apresentação de prova da aprovação em concurso público na fase recursal – documento novo – aplicabilidade do Enunciado nº 8 do TST. – Conhecido por violação do artigo 5º, inciso LV, da CF/1988. – Mérito – provido. (*Processo nº TST-RR-411.112/97 – Ac. 4ª Turma – Rel. Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho – DJU 22.3.2002*)

NULIDADE. INTIMAÇÃO VÍNCULO EMPREGATÍCIO. ESTAGIÁRIO

PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. RECLAMAÇÃO PROPOSTA POR MENOR DE IDADE ASSISTIDO POR SEU REPRESENTANTE LEGAL. Em nenhuma das normas de Direito do Trabalho que regem a intervenção do Ministério Público para atuar como *custus legis*, há a afirmação da existência de obrigatoriedade de sua presença no primeiro grau de jurisdição em caso de litígio versando

sobre interesse de menores. Já o dispositivo que versa acerca da atuação da Procuradoria do Trabalho no primeiro grau de jurisdição sustenta a obrigatoriedade de sua intervenção tão-somente nas situações em que funcionar como curador à lide, e isso, quando houver a ausência do representante legal (art. 793 da CLT). Sublinhe-se, ainda, por oportuno, que o processo só pode ser considerado nulo quando a Lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério Público. Destarte, se o legislador processual quisesse abranger as causas dessa natureza, o teria mencionado expressamente. Recurso não conhecido. CONTRATO DE ESTÁGIO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. Extrai-se da decisão recorrida ter o Regional se limitado na conclusão pela configuração de estágio a se reportar à relevância e aos benefícios auferidos pelo estudante no ajuste firmado, não fazendo alusão ao preenchimento dos requisitos dos arts. 1º, §§ 1º, 2º e 3º da lei nº 6.494/77, bem como do Decreto nº 87.497/82, mesmo após instado via embargos de declaração, a impedir a deliberação desta Corte sobre a matéria, na esteira do Enunciado nº 297 do TST.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Preliminar de nulidade processual por ausência de intimação do Ministério Público – atuação como “custos legis” – menor assistido pelo representante legal. – Preliminar não conhecida. II – Estagiário – relação de emprego – preenchimento dos requisitos – Lei nº 6.494/1977 – Decreto nº 87.497/1982 – prequestionamento. – Recurso não conhecido. (*Processo nº TST-RR-616.332/99 – Ac. 4ª Turma – Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen – DJU 16.8.2002*)

PROMOÇÃO. NULIDADE

PROMOÇÃO – REGULAMENTO DE PESSOAL – DESRESPEITO – ECT. Sendo a reclamada empresa pública federal e, portanto, integrante da administração pública indireta, sujeita-se aos princípios básicos constantes no art. 37, *caput*, da Constituição, dentre eles o da legalidade, por isso a inobservância de preceitos constitucionais e/ou legais, assim como de seu regulamento e demais normas que produz, não pode situar-se na esfera jurídica de sua discricionariedade, mas, ao contrário, deve-se ajustar expressamente à exigência normativa que a disciplina, sob pena de o ato praticado em dissonância com seu comando resultar nulo e, assim insuscetível de gerar direitos. Assim, as promoções dos paradigmas, porque deferidas com *infringência ao princípio da legalidade*, consagrado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, visto que não observada a alternância dos critérios de merecimento e antigüidade previstos no próprio Regulamento Interno, como reconhecido pelo Regional, constituem atos nulos, que não geram nenhum direito para quem deles se beneficiou, não podendo, assim, servir de suporte jurídico para o atendimento da pretensão dos reclamantes. Recurso de revista conhecido e provido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Pedido de promoção por isonomia – empresa pública – quadro de carreira – paradigmas promovidos sem observância do regulamento interno da empresa – inobservância do princípio da legalidade – caracterização de nulidade do ato. – Conhecido por violação do artigo 37 da CF/1988. – Mérito – provido. (*Processo nº TST-RR-515.855/98 – Ac. 4ª Turma – Rel. Juíza Convocada Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro – DJU 11.10.2002*)

RECURSO DE REVISTA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL

COMPETÊNCIA TERRITORIAL. CRIAÇÃO DE NOVOS ÓRGÃOS DE JURISDIÇÃO TRABALHISTA DE PRIMEIRO GRAU. Trata-se de modificação de competência territorial competência relativa -, em virtude da criação de novos Órgãos Jurisdicionais Trabalhistas de Primeiro Grau. De se destacar, por importante ao convencimento decisório, o preceito 41, da referida Lei 8432 de 11 de junho de 1992. Transcrevo: “A competência territorial das Juntas de Conciliação e Julgamento atualmente existentes somente será alterada, na data de instalação dos órgãos jurisdicionais criados por esta Lei”. O processo de interpretação teleológica leva à conclusão de que as áreas já cobertas pela jurisdição especial subsistem até que novo órgão, por igual especializado, venha a ser criado ou instalado. Interpretação diversa, *data venia* levaria a declinar-se à Justiça Comum litígio que anteriormente já estaria sob jurisdição trabalhista. Procedimento restritivo e anacrônico aos anseios dos jurisdicionados e ao próprio Poder Judiciário, preocupado este em oferecer, com mais eficiência e especialização, a entrega da prestação jurisdicional. O princípio regente à interpretação da Lei nº 8432/92 é o evolutivo, no sentido da competência territorial especial. Revista conhecida e não provida.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Modificação de competência territorial – criação de Juntas de Conciliação e Julgamento pela Lei nº 8.432/1992. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – negado provimento. (*Processo nº TST-RR-419.129/98 – Ac. 4ª Turma – Rel. Juíza Convocada Helena e Mello – DJU 13.9.2002*)

REGIME DE REVEZAMENTO. HORISTA

TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO – FIXAÇÃO DE SALÁRIO-HORA – INVIABILIDADE DE REDUÇÃO SALARIAL. O legislador constituinte, ao instituir a jornada especial de 6 horas para os trabalhadores sujeitos ao sistema do turno ininterrupto de revezamento (art. 7º, XIV, da Constituição Federal), visou tutelar a saúde do trabalhador pelo desgaste físico-psíquico. Nesse contexto, ainda que, para o caso do horista, a unidade salarial seja mensurada pela hora trabalhada, a redução de turno de 8 (oito) para 6 horas diárias não pode redundar em redução do valor percebido mensalmente. E isso porque o empregado, contratado inicialmente para cumprir jornada de 220 horas, ao sofrer redução de turno para 180 horas mensais, tendo em vista o trabalho em turnos ininterruptos, deve manter o mesmo padrão salarial adquirido, quando sujeita à jornada anteriormente prestada, devendo-se proceder ao recálculo do valor da hora trabalhada, com o escopo de atender à nova situação jurídica instituída, em estrita observância da garantia maior da irredutibilidade salarial consagrada no art. 7º, VI, da Constituição Federal. Sendo assim, se houve trabalho em horas extras, essas são devidas integralmente, de modo que se torna totalmente equivocada a alegação de que seriam devidos apenas os adicionais respectivos, sob o entendimento de que a remuneração normal e mensal do empregado já estaria remunerando as 7ª e 8ª horas diárias. Recurso de revista conhecido e não provido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Turnos ininterruptos de revezamento – empregado horista – redução da jornada – pagamento das 7ª e 8ª horas como extras –

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

salário-hora – novo cálculo – hora extra – adicional. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – negado provimento. II – Sucessão trabalhista – caracterização – responsabilidade do sucessor – princípio da despersonalização do empregador. – Recurso não conhecido por aplicação do Enunciado nº 333 do TST. (*Processo nº TST-RR-701.804/00 – Ac. 4ª Turma – Rel. Min. Milton de Moura França – DJU 2.8.2002*)

SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA. VINCULAÇÃO. SALÁRIO MÍNIMO

PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. VINCULAÇÃO DA REMUNERAÇÃO DE EMPREGADOS PÚBLICOS AO SALÁRIO MÍNIMO. DECRETO MUNICIPAL Nº 7810/88, FORTALEZA – CE. ARTS. 7º, IV, E 37, XIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. 1) Em princípio, não padece de inadequação constitucional a definição, por lei, de remuneração em múltiplos do salário mínimo. 2) Tal determinação, porém, não pode ser observada para efeito de reajustes salariais, com utilização do salário mínimo como indexador de obrigações contratuais. 3) Como, no caso concreto, a pretensão deduzida na inicial é o pagamento das diferenças salariais decorrentes do caráter vinculativo emprestado ao salário mínimo pela referida lei municipal, tem-se como efetivamente vulnerado o art. 7º, IV, da Constituição Federal. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Servidor público municipal – regime celetista – plano de cargos e salários criado por decreto municipal – remuneração em múltiplos do salário mínimo – vinculação para efeito de reajuste salarial – inconstitucionalidade – vedação. – Conhecido por violação dos artigos 7º, inciso IV, e 37, inciso XIII, da CF/1988. – Mérito – provido. II – Prescrição – ausência de arguição na instância ordinária. – Recurso não conhecido. (*Processo nº TST-RR-416.984/98 – Ac. 4ª Turma – Rel. Juiz Convocado Horácio R. de Senna Pires – DJU 4.10.2002*)

VÍNCULO EMPREGATÍCIO. DIARISTA

DIARISTA. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO DE EMPREGO DOMÉSTICO. AUSÊNCIA DE CONTINUIDADE. Para a caracterização do empregado, regido pela CLT, exige-se a prestação de serviços “de natureza não eventual” (CLT, art. 3º): embora o trabalhador venha a não laborar por todos os dias da semana, sua condição não estará desnaturada, quando as atividades de seu empregador admitirem tal comportamento e assim se houver pactuado. Já a Lei nº 5.859/72 exige que o empregado doméstico preste serviços de “natureza contínua”, no âmbito residencial da família, o que equivale a, em princípio, trabalho em todos os dias da semana, com ressalva do descanso semanal remunerado (Constituição Federal, art. 7º, inciso XV e parágrafo único). Não se pode menosprezar a diferença do tratamento dado pelo legislador a cada qual. São situações distintas, em que os serviços do trabalhador doméstico corresponderão às necessidades permanentes da família e do bom funcionamento da residência. As atividades desenvolvidas em alguns dias da semana, com relativa liberdade de horário e vinculação a outras residências, havendo a percepção de pagamento, ao final de cada dia, apontam para a definição do trabalhador autônomo, identificado como diarista. Os autos não revelam a intenção das Partes de celebrar contrato de trabalho doméstico, para

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

prestação de serviços de forma descontínua, o que, embora possível, não se pode presumir, diante da expressa dicção legal e da interpretação que se lhe deve dar. O aplicador do direito não pode, sem respaldo na Lei, transfigurar relacionamento jurídico eleito pelas partes, dando-lhe, quando já produzidos todos os efeitos esperados, diversa roupagem. Haveria, aí, o risco inaceitável de se provocar instabilidade social e jurídica.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Vínculo empregatício – diarista – prestação de serviço em alguns dias da semana – ausência de continuidade. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – negado provimento. (*Processo nº TST-RR-548.762/99 – Ac. 4ª Turma – Rel. Juiz Convocado Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira – DJU 2.8.2002*)

QUINTA TURMA

ABONO SALARIAL. ÔNUS DA PROVA AJUDA-ALIMENTAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA

ABONO SALARIAL – ÔNUS DA PROVA. Quando o Tribunal Regional entendeu que o Reclamado deveria demonstrar em juízo que não atingira o resultado operacional positivo no exercício de 1996, e, por isso, manteve a sentença de procedência do pedido de abono salarial, houve indevida inversão do ônus de prova, pois o réu limitou-se a negar o fato constitutivo alegado pelo autor, sem afirmar a existência de outros fatos modificativos, impeditivos ou extintivos da pretensão deduzida na inicial, de modo que nenhum ônus de prova lhe incumbia, sendo violados os artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC. Recurso de Revista conhecido e provido, nesse particular. AJUDA-ALIMENTAÇÃO – NATUREZA JURÍDICA. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. ALTERAÇÃO. Ao consignar que uma convenção coletiva de trabalho não pode alterar a natureza da ajuda-alimentação, de salarial para indenizatória, em se tratando de conquista dos bancários por via de negociação coletiva e, portanto, não assegurada em lei, o egrégio Tribunal Regional negou vigência à regra do inciso XXVI do art. 7º da Constituição Federal, que reconhece validade e eficácia às convenções e acordos coletivos de trabalho, e prestigia a negociação coletiva como forma de solução autônoma dos conflitos coletivos de trabalho, contando com a participação obrigatória dos sindicatos da categoria patronal e profissional, em que as partes fazem concessões mútuas que pacificam as relações trabalhistas (CF, art. 8º, VI e CCB, art. 1025). Recurso de Revista conhecido e provido, nesse particular.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Abono salarial – ônus da prova do empregador – fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. – Conhecido por violação dos artigos 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC. – Mérito – provido. II – Ajuda-alimentação – norma coletiva – natureza jurídica – integração ao salário. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – provido. III – Descontos previdenciários e fiscais – incidência sobre o valor total da condenação ou mês a mês. – Conhecido por divergência jurisprudencial e por violação dos artigos 43 e 44 da Lei nº 8212/1991 e 46, parágrafo 1º, da Lei nº 8541/1992. – Mérito – provido. IV – Adicional de transferência – bancário – exercente de cargo de confiança – transferência definitiva. – Conhecido por

divergência jurisprudencial. – Mérito – provido. V – Horas extras – base de cálculo – integração – gratificação semestral. – Recurso não conhecido. (*Processo nº TST-RR-657.194/00 – Ac. 5ª Turma – Rel. Juiz Convocado Walmir Oliveira da Costa – DJU 31.5.2002*)

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. PERÍCIA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMPRESA TOMADORA DE SERVIÇOS. RESPONSABILIZAÇÃO. Aparente contrariedade ao Enunciado nº 331, inc. IV, do TST. Agravo de instrumento a que se dá provimento. RECURSO DE REVISTA. EMPRESA TOMADORA DE SERVIÇOS. RESPONSABILIZAÇÃO. “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 (artigo 71 da Lei nº 8666/93)” (Enunciado nº 331, IV, do TST). ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PERÍCIA. REALIZAÇÃO. PROVA EMPRESTADA. Decisão recorrida em que se registrou que a hipótese em exame era análoga à descrita no laudo pericial elaborado em outro processo. Violação do art. 195, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho demonstrada. Recurso de revista a que se dá provimento.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Responsabilidade subsidiária – tomador de serviços – empresa prestadora de serviço. – Conhecido por contrariedade ao inciso IV do Enunciado nº 331 do TST. – Mérito – provido. II – Adicional de periculosidade – perícia obrigatória – prova emprestada – validade. – Conhecido por violação do artigo 195, parágrafo 2º, da CLT. – Mérito – provido. (*Processo nº TST-RR-699.787/00 – Ac. 5ª Turma – Rel. Min. Gelson de Azevedo – DJU 6.9.2002*)

ADICIONAL NOTURNO. PRORROGAÇÃO

RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL NOTURNO. REDUÇÃO FICTA. PRORROGAÇÃO DA JORNADA EM HORÁRIO DIURNO. O art. 73, § 5º, da CLT estabelece que as disposições constantes desse capítulo, que trata da duração do trabalho, devem ser aplicadas aos casos de prorrogação da jornada noturna. Assim, se o art. 73 da CLT, em seu *caput* e § 1º, determina que sobre a hora noturna incida adicional de, no mínimo, 20% e seja essa hora computada como de 52 minutos e 30 segundos, tal norma tem aplicação também em relação às horas em que o empregado trabalha em prorrogação da jornada noturna, sendo, portanto, devidos o adicional e a redução ficta quanto às horas prorrogadas. Recurso de Revista conhecido e provido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Prorrogação da jornada noturna em período diurno – hora extra – incidência do adicional noturno. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – provido. (*Processo nº TST-RR-479.107/98 – Ac. 5ª Turma – Rel. Min. João Batista Brito Pereira – DJU 30.8.2002*)

AUMENTO SALARIAL. ALTERAÇÃO DE CONTRATO. CONVERSÃO

DIREITO DO TRABALHO. REMUNERAÇÃO. AUMENTO DE SALÁRIO CONCEDIDO POR LIBERALIDADE EMPRESARIAL. CONVOLAÇÃO, POSTERIORMENTE, EM ANTECIPAÇÃO SALARIAL COMPENSÁVEL. ANUÊNCIA EXPRESSA DOS EMPREGADOS SEM PARTICIPAÇÃO DE ENTIDADE SINDICAL. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DO SALÁRIO. O art. 7º, inc. VI da Constituição Federal, estabelece o princípio da irredutibilidade salarial, apenas flexibilizado por meio de acordo ou convenção coletiva que, pela sistemática da Lei Maior, deverá sempre ser determinada com a assistência efetiva da entidade de classe, que defende os interesses coletivos ou individuais da categoria (art. 8º, inc. III), não se confirmando, no caso dos autos, a participação do sindicato, federação ou confederação (art. 617 e §§, CLT), sem os quais torna inválido o procedimento. Recurso de revista não provido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Diferenças salariais – aumento real previsto em norma coletiva – conversão em antecipação salarial compensável – acordo – nulidade – não participação do sindicato profissional – alteração unilateral do contrato de trabalho. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – negado provimento. (*Processo nº TST-RR-464.157/98 – Ac. 5ª Turma – Rel. Juiz Convocado Aloysio Santos – DJU 9.8.2002*)

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. SERVIDOR PÚBLICO. REGIME JURÍDICO

RECURSO DE REVISTA. I – INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – LIMITAÇÃO – PLEITOS DO PERÍODO TRABALHADO SOB O REGIME ESTATUTÁRIO. A Revista não se viabiliza ante o óbice do Enunciado nº 333 do TST, porquanto a decisão impugnada está em consonância com o artigo 114 da Constituição da República e a Orientação Jurisprudencial nº 138 da SDI-1, *in verbis*: “Competência Residual. Regime Jurídico Único. Ainda que a reclamação trabalhista tenha sido ajuizada após a edição da Lei nº 8112/90, compete à Justiça do Trabalho julgar pedidos de direitos e vantagens previstas na legislação trabalhista, referentes a período anterior àquela lei.” Revista não conhecida. II – MUDANÇA DE REGIME JURÍDICO CELETISTA PARA ESTATUTÁRIO – PRESCRIÇÃO BIENAL. A Revista não se viabiliza, porque a decisão impugnada está em consonância com a Orientação Jurisprudencial nº 128 da SDI, segundo a qual: “MUDANÇA DE REGIME CELETISTA PARA ESTATUTÁRIO. EXTINÇÃO DO CONTRATO. PRESCRIÇÃO BIENAL. A transferência do regime jurídico de celetista para estatutário implica extinção do contrato de trabalho, fluindo o prazo da prescrição bienal a partir da mudança de regime”. Óbice do Enunciado nº 333 desta Corte. Revista não conhecida. III – DA COISA JULGADA – AÇÃO INDIVIDUAL – AÇÃO COLETIVA – DIFERENÇAS DO ÍNDICE DE 84,32. a) – Partes: Quando o sindicato defende direitos individuais homogêneos dos trabalhadores, em última análise, são os próprios trabalhadores os destinatários do resultado daquela providência jurisdicional. Assim, não há que se falar em diversidade de partes na ação coletiva ajuizada pelo sindicato e aquela individual ajuizada pelo integrante da

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

categoria profissional, postulando o mesmo direito. b) – Causa de pedir: Não se pode confundir causa de pedir com dispositivo de lei invocado. Numa causa as reclamantes, substituídas pelo sindicato, postulam diferença salarial com base no IPC e na outra o fato jurídico se repete, mudando apenas o dispositivo de lei. Verificando-se em ambas as ações, a presença da tríplice identidade dos elementos identificadores da causa, na forma do artigo 301, §§ 1º e 2º do CPC, tem-se que caracterizada a coisa julgada. Revista não conhecida.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Competência da Justiça do Trabalho – servidor público – mudança de regime jurídico – limitação – período de trabalho sob o regime celetista. – Recurso não conhecido por aplicação do Enunciado nº 333 do TST. II – Prescrição – marco inicial – contagem do prazo – servidor público – mudança de regime jurídico. – Recurso não conhecido por aplicação do Enunciado nº 333 do TST. III – Coisa julgada – não caracterização – causa de pedir diversa. – Recurso não conhecido. (*Processo nº TST-RR-449.782/98 – Ac. 5ª Turma – Rel. Juiz Convocado Guedes de Amorim – DJU 14.6.2002*)

DANO MORAL. INDENIZAÇÃO

DANO MORAL. REVISTA NA EMPREGADA. AVALIAÇÃO DA PROVA. Nos termos do v. acórdão do Tribunal Regional, a par da confissão feita na defesa, existe prova material da ofensa perpetrada ao patrimônio imaterial (moral) da Reclamante, submetida pela Reclamada a constrangimentos diuturnos em decorrência das “revistas completas”, incluindo seus pertences, com a finalidade de verificar, sem as cautelas exigidas nesse tipo de revista, se a empregada não estava subtraindo valores da empresa. Tal conduta caracteriza a prática de dano moral ressarcível, em face da violação do dever de confiança recíproca que alicerça o contrato de trabalho e do princípio constitucional do respeito à dignidade da pessoa humana do trabalhador. Incidência do Enunciado nº 126 deste Tribunal Superior. Recurso de Revista não conhecido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Preliminar de nulidade do acórdão regional por negativa de prestação jurisdicional – vício de nulidade formal. – Preliminar não conhecida. II – Dano moral – indenização – revista íntima de empregado – lesão à dignidade do reclamante – valoração da prova – reexame de matéria fática. – Recurso não conhecido. III – Competência da Justiça do Trabalho – dano moral – indenização. – Recurso não conhecido por aplicação do Enunciado nº 333 do TST. IV – Dano moral – prescrição. – Recurso não conhecido por aplicação do Enunciado nº 333 do TST. (*Processo nº TST-RR-426.712/98 – Ac. 5ª Turma – Rel. Juiz Convocado Walmir Oliveira da Costa – DJU 25.10.2002*)

DEMISSÃO. INCENTIVO. RENÚNCIA

PLANO DE INCENTIVO À APOSENTADORIA – RENÚNCIA EXPRESSA DOS DIREITOS DO CONTRATO DE TRABALHO. A renúncia, expressão da autonomia da vontade, consiste na abdicação de direito por seu titular, sem que se lhe atribua, a título de compensação ou contraprestação, qualquer vantagem econômica. Não se confunde com a transação, instituto em que há direito controverso e compõem-se os

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

interesses com renúncia ou sacrifício de uma ou de ambas as partes. O princípio geral da renunciabilidade pode sofrer restrições motivadas por circunstâncias específicas que impeçam ou limitem o exercício da autonomia, principalmente no direito do trabalho, em que há fatores básicos que atuam contra a livre admissão da renúncia. Em pactuação que objetiva incentivar o empregado à aposentadoria, cláusula expressa de renúncia genérica a quaisquer possíveis direitos decorrentes do contrato de trabalho rescindido peca pela generalidade e por abranger, virtualmente, parcelas de cunho alimentar. Recurso de Revista a que se nega provimento.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Plano de incentivo ao desligamento – acordo extrajudicial – quitação genérica do contrato de trabalho – cláusula expressa de renúncia dos direitos trabalhistas – validade. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – negado provimento. (*Processo nº TST-RR-666.904/00 – Ac. 5ª Turma – Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula – DJU 1.10.2002*)

ENQUADRAMENTO. ADVOGADO. BANCÁRIO

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Dá-se provimento ao agravo de instrumento quando se constata que o recurso era cabível por possível violação legal, artigo 20 da Lei nº 8906/94, bem como do Regulamento Geral do Estatuto, no que se refere a definição de dedicação exclusiva. RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. A decisão recorrida não padece da nulidade alegada, restando incólumes os dispositivos legais e constitucionais tidos como vulnerados. Não conheço. HORAS EXTRAS. ADVOGADO. CATEGORIA DIFERENCIADA. APLICABILIDADE DA LEI Nº 8906/94. Trata-se, na hipótese, de empregado advogado do Banco Recorrente. Desta forma, impõe-se fixar, antes de tudo, que o empregado que atua como advogado de instituição bancária exerce profissão diferenciada, por força de estatuto profissional (Lei nº 8906/94), em tudo se adequando ao disposto no artigo 511, § 3º, da CLT, não lhe sendo, portanto, aplicadas as disposições consolidadas pertinentes aos bancários. Quanto à determinação de que as horas extras fossem remuneradas pelo adicional de 100% (art. 20, § 2º, da Lei nº 8906/94), em detrimento do percentual de 50% fixado em norma coletiva firmada com a Federação dos Advogados, com fundamento no princípio da norma mais favorável ao empregado, revela interpretação razoável em torno do dispositivo legal em questão e o Banco não logrou comprovar o dissenso jurisprudencial alegado. Contudo, é incontroverso, no caso, que se o empregado foi contratado para exercer a função de advogado do Banco, a sua jornada normal é a de seis horas, estando, desta forma, enquadrado na hipótese prevista no *caput* do artigo 20 da Lei nº 8906/94, *in fine*, que ressalva a possibilidade de ser fixada uma outra jornada que não a de quatro horas, quando se tratar, como na hipótese, de dedicação exclusiva, posto que o contrato individual de trabalho do empregado prevê tal jornada. Conheço. DESCONTOS DA CASSI E PREVI. Inservível o aresto transcrito, nos termos do Enunciado nº 296 do TST, porque não aborda o suposto fático apontado pelo Regional de que uma vez rompido o contrato de trabalho, não se justificaria efetuar tais descontos sobre eventuais créditos trabalhistas reconhecidos por

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

decisão judiciária, em razão da falta da correspondente contraprestação previdenciária ou assistencial. Não conheço. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Preliminar de nulidade do acórdão regional por negativa de prestação jurisdicional – acordo individual – jornada de trabalho. – Preliminar não conhecida. II – Advogado – enquadramento – bancário – jornada de trabalho – horas extras – categoria diferenciada – legislação específica. – Conhecido por violação do artigo 20, *caput*, da Lei nº 8.906/1994. – Mérito – provido. (*Processo nº TST-RR-789.453/01 – Ac. 5ª Turma – Rel. Juiz Convocado João Ghisleni Filho – DJU 25.10.2002*)

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE

RECURSO DE REVISTA – EMPREGADA DOMÉSTICA GESTANTE – VEDAÇÃO DE DISPENSA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA. 1. A vedação de despedida prevista no art. 10, inciso II, alínea *b*, do ADCT não contempla a empregada doméstica, porquanto a proteção não se inclui entre os direitos assegurados pelo artigo 7º, parágrafo único, da Constituição da República aos trabalhadores domésticos. 2. Embora a lei não resguarde a empregada doméstica gestante da despedida arbitrária ou sem justa causa, deve o empregador pagar, a título de indenização, o equivalente ao salário-maternidade, visto que, com a denúncia do contrato, obsta o gozo da licença a que a trabalhadora teria direito, consoante disposição contida no art. 7º, XVIII, da Constituição da República, combinada com o parágrafo único do mesmo dispositivo. Recurso de Revista conhecido e parcialmente provido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Empregada doméstica – gestante – garantia de emprego – despedida sem justa causa – salário-maternidade – conversão em indenização. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – parcialmente provido. (*Processo nº TST-RR-426.347/98 – Ac. 5ª Turma – Rel. Juiz Convocado Carlos Mahle – DJU 11.10.2002*)

JORNADA DE TRABALHO. PROFESSOR. REDUÇÃO

PROFESSOR. REDUÇÃO DA CARGA HORÁRIA. Embora a remuneração do professor seja fixada pelo número de aulas semanais, nos termos do art. 320 da CLT, não se pode perder de vista que a variação do número de horas-aulas é própria do exercício dessa profissão, pois a grade horária de uma escola será feita de acordo com o número de alunos matriculados, e em conformidade com as disciplinas que são ministradas em cada série. Ademais, o art. 320 da CLT não garante a manutenção do número de horas-aulas do professor, mas apenas estabelece que a remuneração será calculada de acordo com o número de aulas semanais, na conformidade dos horários. Assim, pode ser ampliada ou reduzida a carga horária de um ano letivo para o outro, em face do número de alunos matriculados em cada série, sem afronta ao art. 468 da CLT. Recurso de revista conhecido e desprovido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Professor – redução de carga horária – alteração do contrato de trabalho. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito –

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

negado provimento. (*Processo nº 488.666/98 – Ac. 5ª Turma – Rel. Min. Rider Nogueira de Brito – DJU 8.3.2002*)

MULTA. ALTERAÇÃO UNILATERAL DE CONTRATO

RECURSO DE REVISTA. MULTA DIÁRIA. INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE ALTERAÇÃO CONTRATUAL CONSIDERADA ILÍCITA. DECISÃO FUNDADA NOS ARTS. 159 DO CÓDIGO CIVIL E 287 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. Acórdão recorrido em que se considera irrelevante a existência de dano e se impõe a obrigação de indenizar, a partir da data da prática do ato ilícito – alteração contratual/unificação de funções -, com fundamento nos arts. 159 do Código Civil e 287 do Código de Processo Civil. ART. 159 DO CÓDIGO CIVIL. Violação que se evidencia justamente pela desconsideração, no acórdão recorrido, do fato dano, quando o dispositivo legal que se fez incidir tem o citado fato como essencial para a determinação da responsabilidade civil. ART. 287 DO CPC. É logicamente absurdo que se utilize, para fundamentar o comando de imposição de obrigação de indenizar, de dispositivo legal que ampara a imposição de pena pecuniária apenas na hipótese de desatendimento desse mesmo comando. Ou seja: se a Corte Regional, para cominar à Recorrente a pena pecuniária, adotou como motivação a prática de ato reputado ilícito, não se pode embasar em dispositivo legal em que, para imposição de pena pecuniária, tipifica-se como motivação a desobediência à sentença. Subsunção equivocada das normas aos fatos, a caracterizar violação direta dos dispositivos legais mencionados. Recurso de revista a que se dá provimento.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Unificação de funções – alteração unilateral do contrato de trabalho – “jus variandi”. – Recurso não conhecido. II – Unificação de funções – alteração unilateral do contrato de trabalho – responsabilidade civil – caracterização – indenização por ato ilícito – multa diária – termo inicial – data da prática do ato. – Conhecido por violação aos artigos 159 do CC e 287 do CPC. – Mérito – provido. (*Processo nº TST-RR-718.694/00 – Ac. 5ª Turma – Rel. Min. Gelson de Azevedo – DJU 14.6.2002*)

NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. TESTEMUNHA

TESTEMUNHA – EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO DE IDENTIDADE – CERCEAMENTO DE DEFESA. O indeferimento da oitiva da testemunha por falta de apresentação de documento de identidade configura cerceamento de defesa tornando nulo o processo, em face da ausência de suporte legal para esta exigência. Recurso de Revista conhecido e provido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Nulidade – cerceamento de defesa – indeferimento de oitiva de testemunha por não apresentação de documento. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – provido. (*Processo nº TST-RR-533.710/99 – Ac. 5ª Turma – Rel. Min. João Batista Brito Pereira – DJU 14.6.2002*)

**RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LITIGANTE DE MÁ-FÉ.
ADVOGADO**

DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE REVISTA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. LIDE TEMERÁRIA. SOLIDARIEDADE DO ADVOGADO. Falece competência à Justiça para aplicar penalidade ao advogado da parte, que tem a sua conduta ético-profissional regida por lei própria. Se o Juízo chega à conclusão de que restou caracterizado o tipo descrito no artigo 32 e seu parágrafo único da Lei nº 8906/94, deverá determinar a extração de peças e o competente envio à respectiva Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, para que esta tome as providências que entender cabíveis. Recurso de revista conhecido, em parte, e parcialmente provido.

Tema(s) abordado(s) no acórdão: I – Admissibilidade – recurso de revista – decisão regional baseada no exame dos elementos fáticos constantes dos autos – litigância de má-fé. – Recurso não conhecido. II – Litigância de má-fé – multa – aplicação dos artigos 17 e 18 do CPC – inaplicabilidade no processo trabalhista – inovação recursal. – Recurso não conhecido. III – Litigância de má-fé – multa – condenação solidária do advogado – penalidade imposta à parte – lide temerária – necessidade de apuração em ação própria. – Conhecido por divergência jurisprudencial. – Mérito – parcialmente provido. (*Processo nº TST-RR-435.364/98 – Ac. 5ª Turma – Rel. Juiz Convocado Aloysio Santos – DJU 25.10.2002*)

Índices

ÍNDICE TEMÁTICO

JURISPRUDÊNCIA

| | |
|--|-----|
| Ação rescisória. Complementação de aposentadoria | 253 |
| Ação rescisória. Decadência | 256 |
| Ação rescisória. Erro de fato. Não-caracterização | 258 |
| Adicional de insalubridade. Cálculo. Salário mínimo | 262 |
| Agravo de instrumento. Interposição por <i>e-mail</i> | 267 |
| Agravo de instrumento. Pedido de reconsideração. Impossibilidade | 268 |
| Agravo de instrumento. Traslado. Mandato tácito. | 270 |
| Agravo de instrumento em agravo regimental | 273 |
| Aposentadoria espontânea. Servidor público. | 277 |
| Cerceamento de defesa. Autorização judicial para escuta telefônica | 280 |
| Competência da Justiça do Trabalho. Segurança bancária. | 283 |
| Devolutividade de matéria impugnada | 288 |
| Embargos de declaração. Complementação de aposentadoria. | 292 |
| Embargos declaratórios | 294 |
| Embargos declaratórios. Violação a dispositivo legal | 295 |
| Equiparação salarial. Cargo de confiança | 297 |
| Estabilidade. Pré-aposentadoria. Extinção do estabelecimento | 300 |
| Estabilidade da gestante. Renúncia | 304 |
| Execução. Admissibilidade. | 309 |
| Execução. Correção monetária. Débitos trabalhistas | 315 |
| Horas extras. Fato extraordinário. Ônus da prova | 321 |
| Horas extras. Turnos ininterruptos | 323 |
| Licença-prêmio. Magistrado. Conversão em pecúnia | 332 |
| Mãe-crecheira. Vínculo empregatício | 336 |
| Mandado de segurança. Cabimento | 339 |
| Mandado de segurança. Legitimidade. Ministério Público do Trabalho | 344 |
| Mandado de segurança. Liminar | 349 |
| Menor. Pedido de demissão. Validade | 354 |
| Multa. FGTS | 356 |
| Nulidade. Prestação jurisdicional | 359 |
| Reclamação correicional | 367 |
| Reclamação correicional | 370 |

EMENTÁRIO

| | |
|--|-----|
| Abono salarial. Ônus da prova ajuda-alimentação. Natureza jurídica | 418 |
| Ação anulatória. Competência funcional. TRT | 400 |
| Ação anulatória. Convenção coletiva de trabalho | 377 |

| | |
|--|-----|
| Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade | 378 |
| Ação rescisória. Homologação. Acordo | 381 |
| Ação rescisória. Violação a dispositivo legal. Dispensa durante a suspensão do contrato de trabalho | 382 |
| Acidente do trabalho. Estabilidade. Contrato de experiência | 387 |
| Acordo coletivo de trabalho. Aplicabilidade | 407 |
| Acordo coletivo. Horas extras | 378 |
| Acúmulo de funções. Salário adicional | 407 |
| Adicional de hora extra. Acordo coletivo | 379 |
| Adicional de periculosidade. Eletricitário | 393 |
| Adicional de periculosidade. Proporcionalidade | 407 |
| Adicional de periculosidade. Responsabilidade solidária. Perícia | 419 |
| Adicional noturno. Prorrogação | 419 |
| Admissibilidade. Recurso de revista. Procedimento sumaríssimo | 379 |
| Admissibilidade. Recurso judicial. Procedimento sumaríssimo | 394 |
| Admissibilidade. Recurso judicial. Remessa <i>ex officio</i> | 387 |
| Anistia. Sociedade de economia mista | 394 |
| Aposentadoria espontânea. Extinção do contrato | 395 |
| Assistência gratuita. Fase recursal | 401 |
| Aumento salarial. Alteração de contrato. Conversão | 420 |
| Cerceamento de defesa. Prova. Indeferimento. Perícia | 408 |
| Competência da Justiça do Trabalho. Acidente do trabalho. Indenização. Dano moral | 408 |
| Competência da Justiça do Trabalho. Descontos previdenciários e fiscais | 409 |
| Competência da Justiça do Trabalho. Razão do lugar | 401 |
| Competência da Justiça do Trabalho. Servidor público. Regime jurídico | 420 |
| Complementação de aposentadoria. Aviso prévio. Indenização | 395 |
| Complementação de aposentadoria. Idade mínima | 402 |
| Complementação de pensão. Companheira | 388 |
| Dano moral. Indenização | 421 |
| Data base. Indenização adicional | 402 |
| Decadência. Prescrição. Extinção do contrato de trabalho | 396 |
| Demissão incentivada. Multa do FGTS. Aviso prévio | 403 |
| Demissão. Incentivo. Renúncia | 421 |
| Desconto assistencial. Cláusula. Acordo coletivo de trabalho | 403 |
| Diárias. Integração ao salário | 380 |
| Diarista. Relação de emprego | 396 |
| Dirigente sindical. Estabilidade | 404 |
| Dissídio coletivo. Homologação | 410 |
| Enquadramento. Advogado. Bancário | 422 |
| Equiparação salarial. Regiões diversas | 380 |
| Estabilidade provisória. Gestante | 423 |
| Estabilidade. Servidor público celetista | 397 |

ÍNDICE TEMÁTICO

| | |
|--|-----|
| Execução. Coisa julgada. Violação | 380 |
| Falência. FGTS. Multa | 411 |
| FGTS. Depósito. Multa | 411 |
| Garantia de emprego. Regulamento da empresa | 388 |
| Gratificação de função. Supressão | 412 |
| <i>Habeas corpus</i> . Depositário infiel. Férias indenizadas. Incidência de FGTS | 382 |
| Hora extra. Intervalo | 397 |
| Horas extras. Compensação de horário | 412 |
| Horas extras. Turnos de revezamento. Horista | 388 |
| Horas <i>in itinere</i> . Divergência jurisprudencial | 389 |
| Isonomia salarial. Administração pública. Empresa prestadora de serviços | 389 |
| Jornada de trabalho. Digitador | 413 |
| Jornada de trabalho. Professor. Redução | 423 |
| Justa causa. Caracterização. Gradação da pena | 413 |
| Justa causa. Desídia | 390 |
| Legitimidade. Ministério Público. Ação civil pública. Adicional de periculosidade | 390 |
| Legitimidade. Ministério Público. Ação civil pública. Vínculo empregatício. Cooperativa | 391 |
| Mandado de segurança. Decisão interlocutória. Revelia | 384 |
| Mandado de segurança. Ministério Público. Legitimidade | 384 |
| Matéria administrativa. Desconto previdenciário. Função comissionada | 377 |
| Multa. Alteração unilateral de contrato | 424 |
| Multa. Art. 477 da CLT | 391 |
| Multa. Justa causa. Matéria controvertida | 391 |
| Nulidade. Cerceamento de defesa | 386 |
| Nulidade. Cerceamento de defesa. Testemunha | 424 |
| Nulidade. Contratação. Concurso público | 392 |
| Nulidade. Contratação. Concurso público | 414 |
| Nulidade. Intimação. Vínculo empregatício. Estagiário | 414 |
| Prescrição. Ação declaratória. | 405 |
| Prescrição. Aviso prévio indenizado. Compensação de horas extras. FGTS. Multa. Ônus da prova | 405 |
| Prescrição. Dano moral. Indenização | 406 |
| Promoção. Nulidade | 415 |
| Recurso de embargos. Cabimento. Ação cautelar | 381 |
| Recurso de revista. Competência territorial | 416 |
| Recurso de revista. Justiça gratuita | 406 |
| Regime de revezamento. Horista | 416 |
| Responsabilidade solidária. Litigante de má-fé. Advogado | 425 |
| Salário retido. Compensação | 398 |
| Servidor público celetista. Vinculação. Salário mínimo | 417 |
| Servidor público. Reajustamento salarial | 392 |

ÍNDICE TEMÁTICO

| | |
|---|-----|
| Servidor público. Sociedade de economia mista. Teto remuneratório | 398 |
| Servidor público. Teto remuneratório | 399 |
| Trabalhador rural. Caracterização | 399 |
| Vínculo empregatício. Diarista | 417 |
| Vínculo empregatício. Tomador de serviço. | 393 |