

LABORE

STARE PACTO
LABORE

REVISTA DO
TRT 9^a
PARANÁ

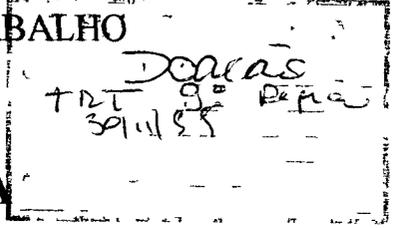
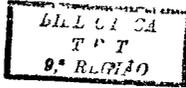


LEX

**REVISTA
DO TRIBUNAL
REGIONAL
DO TRABALHO
DA
9ª REGIÃO**

**DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA**

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO



REVISTA
DO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
DA 9ª REGIÃO

PUBLICAÇÃO SEMESTRAL

COMISSÃO DA REVISTA

Presidente: Juiz Ney José de Freitas

Membros: Juíza Rosemarie Diedrichs Pimpão
Juíza Marlene Teresinha Fuverki Suguimatsu

SECRETARIA JUDICIÁRIA
COORDENAÇÃO:

Diretor . Bel. Renato Wolf

SERVIÇO DE JURISPRUDÊNCIA:

Diagramação: Luciane Antunes de Oliveira
Regina Lúcia Motta Carvalho
Elizabeth Zimmermann

Revista do Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região/Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região, Serviço de Jurisprudência. v. 1, n. 1, 1976. –Curitiba, 1976 –

Semestral até o v.16, n.2, 1991.

Anual a partir do v.17, n.1, 1992.

Semestral a partir do v.21, n.1, 1996

1. Direito do Trabalho - Doutrina - Periódicos.

2. Direito - Doutrina - Periódicos. I. Brasil. Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região.

CDU: 34:331(05)

CDD: 341.605

Capa: Fotografia do afresco "Mural do Trabalho" executado pelo artista plástico Jairo Fernando Culau , servidor do TRT-9ª Região, exposto na sede do Tribunal Regional do Trabalho, em Curitiba.

Distribuição dirigida

**Correspondência
Av. Vicente Machado, nº 147
CEP 80.420-010
Curitiba – PR**

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO

(COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL EM JULHO DE 1999)

Presidente: Juíza Adriana Nucci Paes Cruz
Vice-Presidente: Juiz Tobias de Macedo Filho
Corregedor: Juiz Lauremi Camaroski

Composição das Seções de Dissídios Individuais e Coletivos

Seção de Dissídios Individuais I:

ADRIANA NUCCI PAES CRUZ (Presidente)
TOBIAS DE MACEDO FILHO (Vice-Presidente)
LAUREMI CAMAROSKI (Corregedor)
JOSE MONTENEGRO ANTERO
MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO
NACIF ALCURE NETO
ALTINO PEDROZO DOS SANTOS
MARCIA DOMINGUES
JUVENAL PEDRO CIM (Rep. Trabalhadores)
JOSE FRANCISCO SCHIAVON (Rep. Empregadores)
WILSON PEREIRA (Rep. Trabalhadores)
LUIZ FERNANDO ZORNIG FILHO (Rep. Empregadores)

Seção de Dissídios Individuais II:

ADRIANA NUCCI PAES CRUZ (Presidente)
TOBIAS DE MACEDO FILHO (Vice-Presidente)
LAUREMI CAMAROSKI (Corregedor)
LUIZ FELIPE HAJ MUSSI
ROSALIE MICHAELE BACILA BATISTA
NEY JOSE DE FREITAS
LUIZ CELSO NAPP
ARNOR LIMA NETO
SERGIO KIRCHNER BRAGA (Rep. Empregadores)
MARIO ANTONIO FERRARI (Rep. Trabalhadores)
ANTONIO LUCIO ZARANTONELLO (Rep. Trabalhadores)
RICARDO MAC DONALD GHISI (Rep. dos Empregadores)

SDC - Seção de Dissídios Coletivos

ADRIANA NUCCI PAES CRUZ (Presidente)
TOBIAS DE MACEDO FILHO (Vice-Presidente)
LAUREMI CAMAROSKI (Corregedor)
JOSE FERNANDO ROSAS (conv. ANA CAROLINA ZAINA)
WANDA SANTI CARDOSO DA SILVA
LUIZ EDUARDO GUNTHER
ROSEMARIE DIEDRICHS PIMPÃO
FERNANDO EIZO ONO (conv. DIRCEU PINTO JUNIOR)
CARLOS BUCK (Rep. Trabalhadores)
ARMANDO DE SOUZA COUTO (Rep. Empregadores)

1ª Turma

NACIF ALCURE NETO (*Presidente*)

MÁRCIA DOMINGUES

MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO

WILSON PEREIRA (*Representante dos Trabalhadores*)

JOSÉ FRANCISCO SCHIAVON (*Representante dos Empregadores*)

2ª Turma

LUIZ EDUARDO GUNTHER (*Presidente*)

JOSÉ FERNANDO ROSAS (conv. ANA CAROLINA ZAINA)

NEY JOSÉ DE FREITAS

MÁRIO ANTONIO FERRARI (*Representante dos Trabalhadores*)

RICARDO MAC DONALD GHISI (*Representante dos Empregadores*)

3ª Turma

ROSALIE MICHAELE BACILA BATISTA (*Presidente*)

WANDA SANTI CARDOSO DA SILVA

ALTINO PEDROZO DOS SANTOS

JUVENAL PEDRO CIM (*Representante dos Trabalhadores*)

SÉRGIO KIRCHNER BRAGA (*Representante dos Empregadores*)

4ª Turma

ROSEMARIE DIEDRICHS PIMPÃO (*Presidente*)

FERNANDO EIZO ONO (conv. DIRCEU PINTO JÚNIOR)

LUIZ CELSO NAPP

CARLOS BUCK (*Representante dos Trabalhadores*)

ARMANDO DE SOUZA COUTO (*Representante dos Empregadores*)

5ª Turma

JOSÉ MONTENEGRO ANTERO (*Presidente*)

LUIZ FELIPE HAJ MUSSI

ARNOR LIMA NETO

ANTONIO LÚCIO ZARANTONELLO (*Representante dos Trabalhadores*)

LUIZ FERNANDO ZORNIG FILHO (*Representante dos Empregadores*)

Juizes Togados do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região^(*)

Juiz Tobias de Macedo Filho 1
Juiz José Montenegro Antero 2
Juiz José Fernando Rosas
Juiz Manoel Antonio Teixeira Filho
Juíza Adriana Nucci Paes Cruz 3
Juiz Lauremi Camaroski 4
Juiz Fernando Eizo Ono 5
Juíza Wanda Santi Cardoso da Silva 6
Juiz Luiz Felipe Haj Mussi
Juiz Nacif Alcure Neto 7
Juíza Rosalie Michaele Bacila Batista 8
Juiz Luiz Eduardo Gunther 9
Juiz Ney José de Freitas 10
Juíza Rosemarie Diedrichs Pimpão 11
Juiz Altino Pedrozo dos Santos 12
Juiz Arnor Lima Neto 14
Juiz Luiz Celso Napp 13
Juíza Márcia Domingues 15

Juizes Classistas do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região^(*)

Juiz Carlos Buck
Juiz Mário Antonio Ferrari
Juiz Wilson Pereira
Juiz Antonio Lúcio Zarantonello
Juiz Armando de Souza Couto
Juiz Luiz Fernando Zornig Filho
Juiz Juvenal Pedro Cim
Juiz Sérgio Kirchner Braga
Juiz Ricardo Mac Donald Ghisi
Juiz José Francisco Schiavon

^(*) Ordem de Antigüidade - Situação em julho de 1999.

JUIZES DO TRABALHO PRESIDENTES DE JCJs(*)

JCJ DE APUCARANA
Marcos Eliseu Ortega
JCJ DE ARAPONGAS
Péricles Ferreira
Cortes
JCJ DE ARAUCÁRIA
Maria Walkiria
Cavalcanti Brizoto
JCJ DE ASSIS
CHATEAUBRIAND
Luiz Alves
1º JCJ DE
CASCAVEL
Sebastião T. da Silva
2º JCJ DE
CASCAVEL
Ana Maria das Graças
Velooso
JCJ DE CAMPO
MOURÃO
Antônio Cesar
Andrade
JCJ DE CASTRO
Suelli Gil El Rafihi
JCJ DE CIANORTE
Marcus Aurélio Lopes
JCJ DE COLOMBO
Márcio Dionisio
Gapski
JCJ DE CORNÉLIO
PROCÓPIO
Ziula Cristina da
Silveira Sbroglio
1º JCJ DE CURITIBA
Célio Horst Waldraff
2º JCJ DE CURITIBA
Archimedes Castro
Campos Júnior
3º JCJ DE CURITIBA
Nair Maria Ramos
Gubert
4º JCJ DE CURITIBA
Rubens Edgard
Tiemann

5º JCJ DE CURITIBA
Sérgio Guimarães
Sampaio
6º JCJ DE CURITIBA
Arion Mazurkevic
7º JCJ DE CURITIBA
Dirceu Pinto Júnior
8º JCJ DE CURITIBA
Sandra Maria da Costa
Ressel
9º JCJ DE CURITIBA
Roberto Dala Barba
10º JCJ DE
CURITIBA
Fátima Teresinha Loro
Ledra Machado
11º JCJ DE
CURITIBA
Eneida Cornel
12º JCJ DE
CURITIBA
Aparecido Sérgio
Bistafa
13º JCJ DE
CURITIBA
Ney Fernando Olivé
Malhadas
14º JCJ DE
CURITIBA
Ana Carolina Zaina
15º JCJ DE
CURITIBA
Marco Antonio Vianna
Mansur
16º JCJ DE
CURITIBA
Marlene Teresinha
Fuverki Suguimatsu
17º JCJ DE
CURITIBA
Valdecir Edson
Fossatti

(*) Situação em julho de 1999.

18° JCJ DE
CURITIBA
Elder de Souza
Pedroza
1° JCJ DE FOZ DO
IGUAÇU
José Aparecido dos
Santos
2° JCJ DE FOZ DO
IGUAÇU
Paulo da Cunha Bosal
JCJ DE FRANCISCO
BELTRÃO
Ilse Marcelina
Bernardi Lora
1° JCJ DE
GUARAPUAVA
Mauro Cesar Soares
Pacheco
2° JCJ DE
GUARAPUAVA
Paulo Ricardo Pozzolo
JCJ DE IRATI
Adayde Santos Cecone
JCJ DE IVAIPORÃ
Lisiane Sanson Pasetti
Bordin
JCJ DE
JACAREZINHO
Edmilson Antonio de
Lima
JCJ DE
JAGUARIAÍVA
Odete Grasselli
JCJ DE
LARANJEIRAS DO
SUL
Janete do Amarante
1° JCJ DE
LONDRINA
Dinaura Godinho
Pimentel Gomes
2° JCJ DE
LONDRINA
Francisco Roberto
Ermel
3° JCJ DE
LONDRINA
Neide Akko Fugivala
Pedroso
4° JCJ DE
LONDRINA
Eliane de Sá Marçigila
5° JCJ DE
LONDRINA
Manoel Vinícius de
Oliveira Branco

JCJ DE MAL
CÂNDIDO RONDON
Carlos Henrique O.
Mendonça
1° JCJ DE MARINGÁ
Claudia Cristina
Pereira Colombo
2° JCJ DE MARINGÁ
Cassio Colombo Filho
3° JCJ DE MARINGÁ
Reginaldo Melhado
4° JCJ DE MARINGÁ
Neide Alves dos Santos
JCJ DE
PARANAGUÁ
Eduardo Milleo
Baracat
JCJ DE PARANAÍ
Valéria Rodrigues
Franco da Rocha
JCJ DE PATO
BRANCO
José Eduardo Ferreira
Ramos
1° JCJ DE PONTA
GROSSA
Suely Filippetto
2° JCJ DE PONTA
GROSSA
Silvana Souza Netto
Mandalozzo
JCJ DE ROLÂNDIA
Giana Malucelli
Tozetto
JCJ DE SÃO JOSÉ
DOS PINHAIS
Gesira Medeiros da
Hora
JCJ DE TELÊMACO
BORBA
Morgana de Almeida
Richa
JCJ DE TOLEDO
Adilson Luiz Funéz
JCJ DE UMUARAMA
Irá Alves dos Santos
JCJ DE UNLÃO DA
VITÓRIA
Rosiris Rodrigues de
Almeida Amado
Ribeiro
JCJ DE
WENCESLAU BRAZ
Lisete Valsecchi
Fávoro

JUIZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS^(*)

Jorge Luiz Soares de Paula
Waldomiro Antonio da Silva
Neide Consolata Folador
Sidnei Lopes
Bráulio Gabriel Gusmão
Ana Maria Mansur Mäder Gisi
Patrícia de Matos Lemos
Luiz Carlos Schroeder
Sandra Mara Flügel Assad
Audrey Mauch
Sonia Maria Lugnani de Andrade
Mauro Vasni Paroski
Fabrício Nicolau dos Santos Nogueira
Daniel José de Almeida Pereira
Ana Gledis Tissot Benatti do Valle
Luiz Antonio Bernardo
Paulo Cordeiro Mendonça
Carlos Martins Kaminski
Paulo Henrique Kretzschmar E Conti
Leonardo Vieira Wandelli
Ana Cristina Patrocínio Holzmeister
José Mário Kohler
Marieta Jesusa da Silva Arretche
João Luiz Wentz
Mauricio Madeu
Adelaine Aparecida Pelegrinello
Panage
Angela Neto Roda
Sandra Mara de Oliveira Dias
Marcia Frazão da Silva
Helena Mitie Matsuda
Claudia Mara Pereira Gioppo
Marli Gomes Gonçalves
Bento Luiz de Azambuja Moreira
Amaury Haruo Mori
Emília Simeão Albino Sako
Fernando Hoffmann
Susimeiry Molina Marques
Liane Maria David

Ana Paula Sefrin Saladini
Simone Galan de Figueiredo
Ana Claudia Ribas
Derly Mauro Cavalcante da Silva
Luciane Rosenau
Daniel Rodney Weidman
Mauricio Mazur
Líbia da Graça Pires
James Josef Szpatowski
Rosangela Vidal
Déborah Madruga Costa
Edilaine Stínglin Caetano
Anelore Rothenberger Coelho
Carlos Augusto Penteado Conte
Flávia Teixeira de Meiroz Grilo Zappa
Hilda Maria Brzezinski da Cunha
Angélica Cândido Nogara Slomp
Antonio Marcos Garbuio
Armando Luiz Zilli
Nancy Mahra de Medeiros Nicolas
Oliveira
Patricia Benetti Cravo
Leonardo Frederico Fischer
Simone Ruas de Pinho

^(*) *Ordem de Antigüidade
Situação em julho de 1999.*

SUMÁRIO

DOCTRINA

- A transmodernidade do direito e as novas formas de
juridicidade
(*COELHO, Luiz Fernando*) _____ 17
- Dissídio individual e conciliação extrajudicial prévia
(*DALAZEN, João Oreste*) _____ 41
- Estabilidade ou garantia de emprego decorrentes de
interpretação de cláusula normativa ou regulamentar
(*SAMPAIO, Ricardo*) _____ 61
- O direito, a química e a realidade sindical
(*VIANA, Márcio Túlio*) _____ 75
- A verdade plebéia e a prova testemunhal no processo
do trabalho
(*WALDRAFF, Célio Horst*) _____ 79
- Divisor de horas extras para bancários
(*SZPATOWSKI, James Josef*) _____ 87
- Compensação anual de jornada e banco de horas
(*DALLEGRAVE NETO, José Affonso*) _____ 91

JURISPRUDÊNCIA

- ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA
9ª REGIÃO
- Justa causa. Porte de arma de fogo. _____ 123
- Dissídio coletivo de natureza jurídica. Declaração e limite
de dirigentes sindicais com direito à garantia provisória
de emprego. Incabimento. _____ 127
- Assédio sexual. Prova dificultada. Necessidade de

- Assédio sexual. Prova dificultada. Necessidade de apresentação de indícios probatórios. Motivo da dispensa imotivada diverso do alegado. _____	133
- Execução. Responsabilidade do herdeiro. _____	145
- Acordo de compensação. Ineficácia apenas nas semanas em que verificados extrapolações. Impossibilidade. _____	149
- Litispendência e coisa julgada. Aplicabilidade do código de defesa do consumidor. _____	159
- Justa causa. Mau procedimento. _____	185
- Indeferimento de prova testemunhal. Fato provado por documento. Inexistência de nulidade por cerceamento na produção da prova. _____	189
- Empregado rural. Parceria. Prestação de serviços para “parceiro”. Vínculo de emprego com a fazenda. _____	195
- Sócio retirante. Responsabilidade patrimonial. _____	201
- Indenização. Artigo 1.531 do Código Civil. Inaplicabilidade. _____	207
- Litigância de má-fé. Repetição de pedido que expressamente renunciou. _____	223
- Dano moral. Indenização devida. _____	231
- Mulher. Artigo 384 da CLT. Inconstitucionalidade. _____	237
- Impenhorabilidade. Bem de família. Aparelho televisor. _____	245

DOCTRINA

A TRANSMODERNIDADE DO DIREITO E AS NOVAS FORMAS DE JURIDICIDADE^(*)

*Luiz Fernando Coelho^(**)*

SUMÁRIO:

- 1. Globalização e transmodernidade.**
- 2. Globalização e pluralismo.**
- 3. O futuro do Estado.**
- 4. Uma ética jurídica da transmodernidade.**

1. Globalização e transmodernidade.

Duas idéias básicas identificam a época atual globalização e pós-modernidade. A globalização pode ser definida como um amplo processo, independente das fronteiras nacionais, de difusão de idéias, valores, meios e formas de produção e de comércio, procedimentos, bens e produtos, modelos de organização e tipos de conduta⁽¹⁾. Esse conceito se articula com outros dois, os de internacionalização e transnacionalização.

Internacionalização é o intercâmbio de pessoas, bens e serviços, entre Estados soberanos. Ela sempre ocorreu nas épocas históricas, mas incrementou-se com o surgimento dos Estados nacionais, entre cujos atributos está justamente a capacidade de manter relações com outros Estados.

A transnacionalização é um fenômeno distinto, que ocorre quando grandes organizações, especialmente as de caráter empresarial, desligam-se de seus limites nacionais e acabam por alçar-se a uma posição de

^(*) Conferência proferida na Universidade "Blas Pascal", em Córdoba, Argentina em 20 05 99 e na 2ª Conferência dos Advogados do Estado do Paraná, em Curitiba, 13 08 99.

^(**) Luiz Fernando Coelho é Professor de Filosofia do Direito na Universidade Paranaense – UNIPAR. Ex-professor de Filosofia do Direito nas Universidades Federal e Católica do Paraná. Autor de *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis* (Rio de Janeiro Forense, 2ª ed) e de *Teoria Crítica do Direito* (Porto Alegre Sergio Fabris, 2ª ed).

⁽¹⁾ TOMASSINI, Luciano "La Inserción de América Latina en el Proceso de Globalización" Seminario Internacional - *Globalização na América Latina: Integração Solidária* realizado no Rio de Janeiro em 28 e 29 de novembro de 1997, texto publicado pela Fundação Alexandre de Gusmão do Ministério das Relações Exteriores.

quase supra-nacionalidade; essas empresas e organizações supra-nacionais, mesmo não estando submetidas a um particular ordenamento jurídico nacional, devem ao mesmo tempo observar os limites impostos à sua própria atuação pelos mesmos ordenamentos. Embora de origens difusas na economia mundial, o fenômeno incrementou-se a partir dos anos sessenta, quando o valor da produção de grandes empresas industriais no exterior começou a superar o valor do comércio internacional. Essa transformação da economia, inicialmente circunscrita à produção, estendeu-se ao setor financeiro em consequência do extraordinário desenvolvimento dos mercados internacionais de capital nos anos setenta, quando o volume dos fluxos financeiros internacionais alcançou proporções bastante superiores aos investimentos estrangeiros diretos e ao próprio comércio internacional. Esse fenômeno é uma característica bem marcante da época atual, quando, impulsionado pelos recursos da informática, o volume do mercado de capitais e as possibilidades de transferência de dinheiro em todo o mundo passa a ser imenso, a ponto de ameaçar a estabilidade da economia mundial e de levar países à bancarrota.

O processo de globalização que marca a atualidade transcende em muito esses fenômenos; não se trata do simples intercâmbio internacional, nem se limita à transnacionalização dos sistemas de produção. A globalização impulsiona tudo isso, porém o faz mediante um poderoso processo de criação e difusão de idéias, valores, preferências, tecnologia, formas de produção e de organização, comportamentos públicos e privados e, principalmente, conhecimentos, informação e comunicações. Dentro deste processo, um país hoje não depende apenas de ter acesso a novos mercados com suas exportações, nem de receber uma nova fábrica de uma empresa estrangeira para transnacionalizar-se, mas se insere gradualmente na globalização à medida que seus cidadãos vêm o mundo através dos meios de comunicação, da televisão e dos “shopping centers”, e têm seu comportamento individual e social fortemente influenciado, pois o que se divulga não são apenas produtos, mas idéias sobre o mercado, a democracia, a divisão do trabalho, o papel das minorias, a educação, o matrimônio, a família, a sexualidade, o trabalho, o lazer e muito mais.

A globalização se verifica paralela ou articuladamente com outro fenômeno, ao qual se designa “pós-modernidade”, e que se verifica quando se acrescenta ao domínio da tecnologia o domínio da informação.

O momento culminante da modernidade fora o *consumismo*, essa necessidade inculcada nos indivíduos de trocar o velho pelo novo⁽²⁾. Num contexto em que a riqueza das nações radicava na capacidade de produzir sempre em maior quantidade e cada vez mais barato, estimulando-se o consumo de massa mediante a propaganda e a incorporação nos produtos industriais de novos avanços tecnológicos, os grandes progressos da informática e das comunicações produziram nova revolução industrial, a qual precisamente veio a caracterizar a *pós-modernidade*.

A partir dos anos sessenta, o fator que proporcionou um denominador comum a todas as cadeias tecnológicas foi a micro-eletrônica, a qual favoreceu o desenvolvimento das novas indústrias da informação e das telecomunicações, à nova biotecnologia, à construção de novos materiais, a novos processos e produtos, à vinculação instantânea entre o projeto, a produção e o mercado, e a novas formas de organização empresarial, urbana e familiar.

Mas a pós-modernidade está sobretudo ligada à capacidade de difundir esses elementos pelo mundo todo, ou seja, ela se articula com a globalização e permeia os espaços econômico, político e jurídico da sociedade. A pós-modernidade e a globalização expressam-se, definitivamente, na busca generalizada de maior igualdade de oportunidades, de democracia e de mercados.

Mas o aspecto decisivo destes tempos contemporâneos é de índole cultural, de evolução mais lenta, mas de conseqüências mais explosivas. Trata-se da chamada *crise da modernidade*,⁽³⁾ identificada na revolta contra a racionalidade obsessiva do mundo moderno em favor da espontaneidade e da liberdade criativa do homem.

Aliado aos conceitos de globalização e pós-modernidade, há outra convicção, não tão transparente, mas igualmente importante para a compreensão da época atual: a idéia do *fim da história*.

(2) MARCUSE, Herbert. *A Ideologia da Sociedade Industrial*. Trad. De Giasone Relená. 6ª ed. Rio de Janeiro: Zahar. 1982.

(3) THIELEN, Helmut. *Além da Modernidade*. Petrópolis: Vozes, 1998.

A tese do fim da história⁽⁴⁾ resgata a concepção hegeliana da história como processo de evolução do espírito universal rumo à auto-consciência. Pois bem, esse pleno auto-conhecimento do ser universal teria já ocorrido, com a derrocada dos facismos e autoritarismos e com o fim da utopia comunista, favorecendo a generalizada adesão da sociedade contemporânea ao liberalismo econômico e à democracia liberal. O fim da história propicia portanto a compreensão da contemporaneidade como uma sociedade organizada em Estados nacionais que tendem a perpetuar-se como suprema forma de organização social racional, como Estado de Direito que se manifesta politicamente como democracia liberal e economicamente como a possibilidade de acesso pela população aos bens de consumo e também à informação global.

Paradoxalmente, porém, uma sociedade cada vez mais estandardizada pela informação, cujos indivíduos são destituídos de qualquer ambição dirigida a valores transcendentais, eis que voltados para o imediatismo da felicidade material *hic et nunc*.

O fim da história retira da modernidade sua característica de ciclo histórico e a transporta para uma condição de a-historicidade, como se os fatos econômicos, políticos e sociais da contemporaneidade, ainda que tomados em sua concreção histórica, nada mais fossem do que a incorporação do ideal da civilização. Ou seja, a transmodernidade veio para ficar.

Como situar o direito, o Estado e a justiça nesse contexto da transmodernidade, delimitado pela globalização, e pelo fim da história?

Com o triunfo da forma estatal de organização social, o direito desse Estado que se diz democrático e liberal vem a ser a suprema realização do conceito de direito identificado na *lei*.

O fim da história é também o fim da filosofia, como também da filosofia social e jurídica: trata-se em suma da vitória da Dogmática Jurídica ocidental, calcada nos pressupostos da racionalidade objetiva das leis e da própria ordem jurídica enquanto representação ideológica da ordem social. Um direito cada vez mais complexo, técnico e informatizado.

⁽⁴⁾ FUKUYAMA, Francis. *The End of History and the Last Man*. New York: Penguin Books, 1992.

Temos que concordar que a filosofia nestes termos acabou, pois não há mais espaço nos estudos jurídicos para as teorias sobre o conceito do direito, para as doutrinas da Justiça e do Direito Natural, nem para teses sobre a objetividade e cientificidade do saber jurídico. Na verdade, o que resta da filosofia jurídica tradicional é a visão positivista de uma teoria geral como visão unitária das dogmáticas regionais, ou então certos desenvolvimentos do pensamento analítico consubstanciados na monumental obra de lógica proposicional do direito, não obstante distanciada da prática profissional.

Isso não obstante, um inventário do pensamento jurídico e político atual nos revela a persistente influência da filosofia continental europeia e da tradição analítica, mas numa interdisciplinariedade que deflui principalmente da história, da sociologia, da economia e da ciência política; além disso, ocorre o desenvolvimento de novas ideologias racionais⁽⁵⁾, paralelamente às tradicionais, e assim, a filosofia jurídica e política lida com anarquismo, conservadorismo, feminismo, liberalismo, marxismo, socialismo e outras menos elaboradas.

É claro que nesse contexto de um capitalismo néo-liberal triunfante verifica-se certa tendência a minimizar a importância da tradição europeia, sob o argumento de que já cumpriu seu papel. Assim, Locke, Hume, Kant, Rousseau, assim como os teóricos da esquerda acadêmica, Hegel, Marx, Engels, Althusser, Foucault, Habermas, Adorno e outros, são vistos como fora de moda, ultrapassados, e são substituídos pelos pensadores que hauriram seus conhecimentos e exercem seu magistério em universidades inglesas e americanas, consideradas representativas da civilização pós-moderna. Assim, mantém-se a tradição da Escola Analítica inglesa, e novos nomes ocupam os espaços de pesquisa nos mestrados e doutorados em direito, política e ciências sociais. Refiro-me especialmente a Wolff, Scanlon e Hurley, que tratam de esclarecer os princípios da justiça, a justificação da autoridade política, os limites da liberdade de expressão, a natureza do Estado liberal e a justificação da democracia; a Ronald Dworkin, que se ocupa da autonomia da pessoa, da estrutura da ordem jurídica e da ética política; a Joseph Schumpeter, que trata da democracia e do sufrágio universal; e a John Rawls⁽⁶⁾, com sua reformulação do conceito de justiça e reinterpretção dos conceitos de liberdade e igualdade para além das ideologias dos séculos XVIII e XIX; e os estudos políticos atuais voltam-se de modo prevaemente para as formas da

⁽⁵⁾ GRAMSCI, Antonio. *Os Intelectuais e a Organização da Cultura*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

⁽⁶⁾ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Oxford, 1972.

democracia, quando já não se fala em democracia simplesmente como o *governo do povo pelo povo*, mas em democracia liberal, populista, participativa, social, deliberativa, etc. Ela é estudada em seus benefícios, mas também em seus paradoxos e desarmonias, como o faz Bobbio⁽⁷⁾.

A teoria política da transmodernidade mantém a idéia do Estado-Nação, com sistema democrático de governo e concepção dogmática do direito, embora persistindo os velhos problemas: Estados nacionais subjugados pelo poder econômico; democracia apenas formal, fundada na alienação do povo; e direito como instrumento, não de conquista e promoção social dos mais pobres, mas de dominação, com tendências conservadoras do *statu quo*.

Entretanto, e paradoxalmente, assiste-se a renovado renascer da especulação filosófica sobre o direito e a justiça, se não em termos de uma busca de universais, pelo menos na redefinição de seus conceitos. E esta redefinição está a repercutir no próprio estatuto ontológico do ser social, com implicações para a conceituação do direito e do Estado e para a redefinição dos valores que podem ser considerados básicos para a humanidade.

2. Globalização e pluralismo.

Ao manter a concepção dogmática do direito e jurídicista do Estado, essa ideologia passa também a ser o referencial jurídico-político do renascimento da jusfilosofia na transmodernidade.

Entre os pressupostos ideológicos dessas concepções⁽⁸⁾, dois revestem-se de particular importância: o princípio da **unicidade**, que não reconhece nenhum outro direito que não o positivo, e o princípio da **estadualidade** ou **estatalidade**, fundado na presunção *superiorem non recognoscens*, que afirma o Estado como a instância única, ou pelo menos a suprema, na criação do direito através da lei.

O princípio do direito único tem alcance ontológico e enfatiza o fato de o direito positivo ser o fenômeno social por excelência ao qual se

⁽⁷⁾ *Qual Socialismo?* Trad. Iza de Salles Freara. 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

⁽⁸⁾ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 2ª. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

refere o significante "direito". E o princípio da estatalidade diz respeito à sua gênese, e declara o Estado como o órgão próprio criador do direito.

Quando se assinalam as insuficiências dessa ideologia, avultam as tentativas de sua superação no pensamento jusfilosófico. Elas se concentram na tese do pluralismo jurídico⁽⁹⁾, a qual atribui o caráter de juridicidade às ordens normativas estranhas à ordem estatal e que coexistem com o direito positivo no mesmo espaço político, e até com ele competem, aspirando a exercer sua soberania sobre o Estado considerado.

Assim, se na concepção monista somente um tipo de grupo social, o grupo político, detém o poder para criar e ditar normas jurídicas, para o pluralismo todo grupo de alguma consistência está habilitado a criar normas que podem adquirir o alcance de verdadeiras normas jurídicas; tal concepção confere ao direito um caráter essencialmente múltiplo e heterogêneo. É o que sustenta Miguel Reale, quando relaciona o pluralismo com a questão da positividade, isto é, que uma doutrina poderá ser rigorosamente considerada pluralista quando afirmar a existência de outras fontes de positividade jurídica, bem como de outros critérios para caracterizar a positividade, além do que nos é dado pela coercibilidade do poder público, colocando os ordenamentos jurídicos em um mesmo plano de igualdade ou admitindo apenas diferenças quanto à extensão da validade dos respectivos preceitos⁽¹⁰⁾.

Entretanto, quando se relaciona a positividade do direito com outras formas de normatividade social, a primeira é geralmente vista como o momento culminante de um processo evolutivo no sentido de progressivo aperfeiçoamento daquela normatividade.

Existe assim uma graduação na positividade das normas elaboradas no interior das diversas fontes de produção jurídica, cujo critério diferencial não é de caráter lógico, mas histórico; o mais alto grau de positividade radica no direito estatal simplesmente porque ele prevaleceu sobre os demais, exercendo uma força de atração e alcançando possuir a mais ampla e rígida organização unitária.

O que evidentemente escapa a essa teorização são os mecanismos ideológicos que mantêm a crença na estatalidade do direito, substituindo a realidade da dominação dos grupos microssociais hegemônicos,

⁽⁹⁾ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. São Paulo: Alfa Omega, 1994.

⁽¹⁰⁾ REALE, Miguel, *Teoria do Direito e do Estado*, 4ª ed. São Paulo, 1984.

através de seus reis, príncipes, monarcas, ditadores e parlamentares, pelo mito de uma força inerente ao ordenamento estatal. Ou seja, no imaginário jurídico da "*communis opinio*", as coisas são assim não porque alguns homens a fizeram mas porque toda a sociedade as fez em virtude de uma força social oculta que, significativamente, apoia o direito do Estado dominador e não as normas espontaneamente forjadas no interior dos grupos oprimidos da mesma sociedade.

O que o enunciado latino "*ubi societas ibi jus*" não diz é que ele se refere a um sentido amplo de direito, qual seja, a um conjunto de normas elaboradas no seio de um agregado social qualquer que as tutela com vistas ao seu efetivo cumprimento; e também que não se refere a qualquer tipo de organização social, mas a um tipo específico definido como sociedade política, cuja característica é justamente a possibilidade de imposição a seus membros dos padrões de comportamento que tais normas evidenciam: imposição coativa, não importando a forma de coação, desde que apta a revestir a norma de um mínimo de efetividade.

Parece portanto correto dizer que o direito, enquanto ordem normativa, é inerente a qualquer sociedade que disponha dos meios de garantir a efetividade de suas normas. E também que a sociedade é um aglomerado de grupos microssociais, justapostos ou sobrepostos, uns mais amplos que outros, e que tendem a hierarquizar-se em função dos fins que prosseguem e dos meios de coerção de que dispõem, acabando por integrar-se uns nos outros; o resultado dessa integração é quase sempre uma situação de hegemonia, quando certos grupos microssociais submetem os demais.

O pluralismo tradicional afirma suas teses em relação ao espaço normativo infra-estatal, no interior do território ou da nação abrangidos pela soberania do Estado. Com a influência cada vez maior do mercado, entretanto, induzindo à crescente diminuição do papel das instâncias políticas como fontes materiais do direito, o pensamento crítico tem sido levado a repensar os espaços de regulação social para além do pluralismo infra-estatal. E assim, surge nova forma de pluralismo jurídico, quando ordens normativas compostas por regulamentos, convenções, pactos, contratos e até mesmo práticas negociais tendem a desenvolver-se à margem do direito do Estado e até a prevalecer sobre ele. A gênese desse *jus novum* está ligada à globalização, mais precisamente, à transnacionalização dos mercados.

Convencionou-se denominar *crise do Estado contemporâneo*⁽¹¹⁾ ao crescente enfraquecimento da soberania do Estado em virtude da atuação dos grandes grupos empresariais de dimensão global. Ela se manifesta particularmente em face do surgimento de novos limites ao poder de fazer as leis, não mais os tradicionais do Estado de Direito, mas aqueles decorrentes dos interesses dessas mesmas organizações transnacionais, que se aproveitam das vantagens e toda sorte de incentivos oferecidas por governos municipais, provinciais, regionais e nacionais⁽¹²⁾. A realidade que as atuais políticas nacionais de privatização e de abertura dos mercados – apresentada como a tábua de salvação das economias nacionais – é que os governos nacionais e locais, nos diferentes escalões da organização política dos Estados, vêm-se compelidos a submeter-se ao poder de barganha dos conglomerados transnacionais, os quais tendem a exigir dos poderes públicos isenções fiscais, subsídios, créditos a juros favorecidos, infra-estrutura básica a custo zero e alterações drásticas nas legislações urbanística, ambiental, tributária, previdenciária e trabalhista. E lutando para atraí-las com a finalidade de alargar seu mercado de trabalho, cidades, nações e regiões acabam entrando numa competição predadora e selvagem, auto-destruindo-se em sua soberania relativa, em benefício de empresas estrangeiras e do grande capital internacional.

Paralelamente a esse fenômeno da transnacionalização das normas que regem o mercado global, ocorre também uma transnacionalização dos processos decisórios, na medida em que os interesses econômicos em jogo estabelecem limites às intervenções governamentais, pois a competição entre os governos para atrair investimentos para seus territórios tem levado o poder público a confundir-se com o poder econômico dos grupos empresariais, tal o número de concessões que é obrigado a fazer em detrimento do financiamento de políticas sociais e de sua capacidade de planejar o desenvolvimento de sua própria comunidade. E as grandes organizações empresariais passam a adaptar a seus próprios interesses as políticas nacionais e regionais de incentivos fiscais, estimulando a competição predatória entre Estados e províncias

(11) LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *A Reforma do Poder Judiciário*. In *Revista de Processo*, nº 89. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual e *Revista dos Tribunais*, 1998, p. 62.

(12) *Exemplo desse processo é a disputa entre governos estaduais no Brasil, que oferecem isenções tributárias e toda sorte de vantagens para atraírem fábricas de grande porte. Considere-se a soma de concessões que o governo brasileiro viu-se compelido a fazer para que uma fábrica de automóveis da empresa FORD se instalasse na Bahia, em detrimento de outros Estados, especialmente do Rio Grande do Sul, que antes já se havia qualificado para receber os investimentos.*

federadas, e entre nações de um mesmo bloco regional. E assim, já não é mais o Estado que impõe sua ordem jurídica sobre esses conglomerados; são estes que, podendo concentrar seus estabelecimentos fabris e mercantis nas regiões que oferecem as melhores contrapartidas para seus investimentos, selecionam as legislações nacionais e locais a que irão se submeter, agindo politicamente para que essas legislações se adequem a suas necessidades.

A autonomia decisória dos governos, como consequência, tende a subordinar-se às opções feitas em outros lugares, por empresas, instituições financeiras, fundos de pensão, governos estrangeiros, entidades governamentais ou não governamentais de caráter supranacional, organizações e agências internacionais.

Esse fenômeno da transnacionalização do direito provoca portanto o desenvolvimento de novas formas de juridicidade que transcendem os modelos dogmáticos e os negociais do direito oficial, pois pressupõem novas instâncias de poder, as quais têm o condão de engendrar ordenamentos jurídicos diferenciados, cujas normas coexistem no mesmo espaço social e até colidem entre si, anatematizando os velhos princípios dogmáticos, como os da unicidade e estadualidade, racionalidade e plenitude hermética do ordenamento jurídico, primado da lei e neutralidade do Estado, bem como os dogmas da racionalidade e neutralidade das decisões judiciais⁽¹³⁾.

É que esses princípios inerentes à ordem jurídica do Estado revelam-se insuficientes para serem aplicados à regulação normativa de situações extremamente particularizadas e heterogêneas constituídas por uma pluralidade de fatores sociais, econômicos, políticos e culturais cada vez mais complexos. Isso porque sua pretensão de abarcar uma intrincada e por vezes contraditória pluralidade de interesses e comportamentos particulares encontra a resistência ideológica dos próprios princípios, que postulam a manutenção de um ideal de coerência sistêmica e racionalidade formal, como exigência de sua auto-legitimidade como ordenamento científico, impossível de ser mantida em face dessa juridicidade transmoderna.

A globalização conjugada com a transmodernidade patrocina portanto a implantação de novo pluralismo jurídico, à medida que essas novas formas de juridicidade tendem a ocupar os espaços infra estatais e supra estatais, aqueles, por novos modelos negociais e por regulamentações autônomas no seio das mais diversas organizações, complementadas por

(13) COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. Ob. Cit.

modos não oficiais de resolução de conflitos. Aliás, um dos aspectos negativos desse fenômeno é a ocupação dos espaços de normatividade por organizações marginais, nos territórios dominados pelo crime organizado, pelo narcotráfico, pelo fundamentalismo religioso ou político e por organizações extremistas, inclusive de caráter terrorista; essa marginalidade muitas vezes encontra o apoio disfarçado de pessoas e governos cooptados através da corrupção.

Quanto às instâncias supra estatais de juridicidade, o que se verifica é a multiplicação de organizações governamentais e não governamentais de caráter multilateral, alguns ligados ou subsidiários das instituições internacionais oficiais como a ONU, a OEA, a CEE e o MERCOSUL, outros de configuração jurídica e política independente, como as empresas multinacionais, as grandes instituições financeiras mundiais, escritórios multinacionais de auditoria, associações corporativas, entidades não-governamentais, os chamados clubes de serviço e movimentos representativos da comunidade internacional.

A transnacionalização do mercado produz outro fenômeno no campo jurídico, que é a institucionalização a nível de uma ordem jurídica particular das normas que regem as próprias empresas, em suas relações com suas coligadas, congêneres, filiais, franqueadas e representantes, como consequência da fragmentação geoespacial das atividades produtivas. O que então se verifica é uma ampliação sem precedentes do comércio entre essas empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico, o que as leva a encarar como obrigatórias, num sentido quase idêntico ao da obrigatoriedade sancionada do direito oficial, as normas específicas dimanadas do centro, vale dizer, da sede do conglomerado econômico; assiste-se assim ao desenvolvimento de novos padrões normativos para distinguir entre o obrigatório ou permitido e o proibido ou facultado, estimulado ou desencorajado.

Esse conjunto de práticas, formas contratuais e princípios livremente concebidos e adotados pelas empresas atuantes nos mercados transnacionalizados para disciplinar suas relações constitui a chamada *lex mercatoria*, novo ramo do direito que não é nem público nem privado, nem mesmo estatal, mas comunitário-empresarial, destinando-se a regular as relações propriamente mercantis intra-comunidades, num plano a-estatal. Além desse direito, voltado mais propriamente para as relações de comércio, vislumbra-se outro ramo, também aspirante a certa autonomia em face do direito positivo, formado pelo conjunto de normas técnicas destinadas a

padronizar procedimentos e especificar padrões mínimos de qualidade e segurança dos bens e serviços em circulação no mercado transnacionalizado. Já se convencionou denominá-lo *direito da produção*, mas uma nomenclatura mais adequada que se propõe é simplesmente *direito tecnológico*, enfatizando sua finalidade e dependência dos resultados da pesquisa tecnológica patrocinada pela nova ordem jurídica global

Essa normatividade inerente às relações empresariais transnacionais acarreta importantes conseqüências para a velha organização jurídica fundada nos pressupostos da hierarquia das leis e supremacia da constituição, anatematizando tanto o dogma da estatalidade do direito positivo quanto o da relação ontológica entre espaço territorial e espaço jurídico.

É claro que o saber jurídico tem que levar em conta essa multidão fragmentária de regras e procedimentos normativos forjados no sistema econômico. Trata-se de sistemas jurídicos que ostentam normas, lógicas e processos próprios, os quais aspiram, ao menos doutrinariamente, a certa autonomia em face do direito positivo estatal, vislumbrando a coexistência de diferentes sistemas jurídicos dentro do mesmo espaço normativo; mais precisamente, a teoria do direito dá-se conta de um pluralismo jurídico de natureza outra que o das doutrinas pluralistas tradicionais, podendo-se mesmo falar em um pluralismo trans-estatal, quando se desenvolve uma ordem jurídica sem Estado, que não é uma ordem anárquica, mas um processo inexorável de flexibilização, desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização⁽¹⁴⁾ das atividades empresariais, envolvendo não somente as relações propriamente mercantis e outras definidas como empresariais, mas também os vínculos de trabalho subordinado, pouco importando a regulamentação do velho direito social, o qual tende a adaptar-se aos novos tempos sob a ótica de uma *flexibilização do direito do trabalho*⁽¹⁵⁾.

(14) SOUZA, Sérgio Alberto. *Direito, Globalização e Barbárie*. São Paulo: LTr., 1998.

(15) *Uma definição bastante realista de flexibilização em Direito do Trabalho fornece a medida do retrocesso e pode ser estendida aos outros eufemismos com que a dogmática jurídica os pretende disfarçar: "a flexibilização significa a possibilidade de alteração bilateral do contrato individual de trabalho ainda que prejudicial ao empregado".* CARDONE, Marly. *Introdução ao tema da flexibilização no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr. 54 - 7/849, p. 850, apud COELHO, Anna Maria de Toledo. *A flexibilização do Direito do Trabalho*. Curitiba: Juruá, 1992, p. 58.

Esse conjunto de normas plúrais de obrigação, esse novo direito material transestatal, vem caracterizar um pluralismo que pode ser identificado como *institucional*.

Mas as implicações da transmodernidade não se exaurem no advento de nova concepção do direito objetivamente considerado e no surgimento de novos ramos para além do direito positivo. Elas se fazem presente também nos processos de solução de conflitos, quando as normas adjetivas do direito estatal cedem lugar a mecanismos não oficiais de solução de conflitos, caracterizando um *pluralismo jurisdiccional*⁽¹⁶⁾.

Tal como em relação ao pluralismo institucional, essas novas formas de juridicidade adjetiva vão muito além das antigas manifestações de uma justiça espontânea das comunidades infra-estatais, exaustivamente estudadas no plano da sociologia do direito e envolvendo até mesmo o recurso à marginalidade como forma de composição de interesses em conflito. Trata-se do estabelecimento de um *poder judiciário paralelo*, instituído segundo critérios de racionalidade material e com um campo de atuação criteriosamente fixado com o fim de atender às demandas da nova ordem econômica mundial.

Essa *justiça transnacional*, espécie de *direito alternativo de direita*, pode ser classificada em quatro grupos:

a) justiças profissionais de conciliação e arbitragem, voltadas para a solução de conflitos intra-grupos, intra-comunidade e intra-classes.

b) organizações de vigilância empresarial, integradas por contadores, advogados, detetives e investigadores particulares – aí envolvendo a espionagem industrial – avaliadores, especialistas em classificação de créditos e analistas de risco; tais entidades, oficialmente estabelecidas ou não, são voltadas para a descoberta, avaliação e distribuição de informações estratégicas e para a fiscalização da atividade comercial e financeira mundial, e também para o assessoramento na tomada de decisões a nível transnacional;

(16) RAMOS Filho, Wilson. *O fim do Poder Normativo e a Arbitragem*. São Paulo: LTr., 1999. Tb. CALDANI, Miguel Angel Ciuro. *Filosofia de la Jurisdiccion*. Rosário: FIJ, 1998. Tb. SOUZA, José Guilherme de. *A Criação Judicial do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

c) organismos internacionais de negociação e mediação, como a *Chambre International du Commerce* em Paris, a *International Maritime Commission*, em Antuérpia, o *International Centre for Settlement of Investment Disputes*, e a *Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura* em Milão);

d) entidades transnacionais de normas técnicas, como a *International Organization for Standardization*, a *International Swap Dealer Association* ou o *Accounting Standards Committee*, destinadas a assegurar o cumprimento das normas técnicas oficiais, como as da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT – e das próprias regras e procedimentos criados pelos operadores econômicos.

A ação dessas entidades não se exaure no zelo pela qualidade e segurança de produtos e serviços, nem na promoção da pesquisa, diagnóstico e divulgação de resultados, mas destinam-se a vigiar a atuação empresarial e atuar como árbitros nos conflitos relacionados com o comércio mundial. Essa atuação tende a expandir-se no próprio interesse do mercado, que procura afastar a vigilância do Judiciário estatal, fazendo incluir, nas convenções e contratos dos vários escalões, cláusulas que impedem ou proíbem o acesso ao Judiciário. inconstitucionais é claro, mas aceitas como espécie de costume *contra legem*.

Já em relação aos órgãos judiciais do Estado, o pensamento crítico havia desmistificado a pretensão de neutralidade ideológica de seus operadores; com muito maior fundamento na realidade subjacente aos mitos do direito, as teorias críticas do direito⁽¹⁷⁾ vêm agora denunciar a atividade dessas instituições de vigilância, desses foros de negociação e desses órgãos técnico-normativos para a proteção dos interesses do mercado global, ainda que em total desconsideração às peculiaridades de cada povo ou nação.

Torna-se claro que a falência do Estado, em grande parte devida ao desmantelamento das economias nacionais e regionais, favorece a busca dessa justiça alternativa transnacional e a adoção desses mecanismos e processos para-estatais ou extrajurisdicionais, em detrimento da competência dos foros jurisdicionais estatais, pois aquela tende a oferecer processos de

⁽¹⁷⁾ COELHO, Luiz Fernando. *Política y legitimación: el punto de vista de la teoría crítica del derecho*. Conferência de abertura do curso de Mestrado sobre Teorias Críticas del Derecho en Iberoamerica. Universidad Internacional de Andalucía, La Rábida. Publicada na revista *TRAVESIAS*, nº 1, diciembre 1996, p.167/187.

resolução de conflitos muito mais confiáveis, rápidos e baratos. E a eficiência da justiça alternativa transnacional se conjuga com a crescente ineficiência dos órgãos do Poder Judiciário, afogado na parafernália legislativa e processual que o anacronismo das leis sói engendrar. Na medida em que aumenta o desencanto dos cidadãos e do povo em geral para com a justiça oficial, mais cresce a confiança nesse direito alternativo de direita, voltado para os interesses do mercado globalizado.

Fica assim comprometida a soberania do Estado. Não me refiro à soberania externa, caracterizada pelo reconhecimento do Estado como sujeito de direito e ocupação de um *locus* juridicamente estabelecido no âmbito internacional, reconhecido pelos demais Estados. Trata-se aqui da soberania interna, caracterizada pelo poder de criar leis e de fazê-las cumprir, e também, no Estado de Direito, de submeter-se às suas próprias leis. Se o Estado já não consegue disciplinar e regular sua sociedade por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais, seus governantes tendem a cada vez mais submeter-se às forças econômicas, políticas e sociais que o transcendem.

Trata-se de uma minimização da soberania, caracterizada principalmente pela redução do âmbito espacial de operosidade do ordenamento jurídico do Estado, cujas normas colidem, em flagrante desigualdade em termos de efetividade, com a intrincada engrenagem normativa promovida pelos diferentes setores econômicos no âmbito dos mercados transnacionalizados; mas também pela necessidade inexorável de compartilhar a própria soberania com o poder empresarial, já que a rigor não se pode falar em soberania empresarial, inerente aos centros transnacionais de produção normativa, cujas normas tendem a obter maior efetividade que as do próprio Estado que se define como soberano.

Ocorre portanto uma multiplicação das fontes materiais de direito, na medida em que o Estado se vê desprovido de condições de regular as diversas situações sociais e econômicas que a nova ordem mundial suscita; e assim, sem o controle dos órgãos de produção normativa, o direito positivo estatal vê-se invadido por uma quantidade impressionante de normas específicas, sem nenhum respeito à hierarquia das leis, com a conseqüente e progressiva perda da sistemicidade analítica de sua legislação e de seus códigos, os quais têm entre suas características essenciais a abstratividade, generalidade e impessoalidade; e assim, a nova juridicidade transmoderna desafia a tradição doutrinária ensinada nas aulas de Introdução ao Direito e de Teoria Geral do Direito, onde aquelas características essenciais das normas jurídicas, consolidadas a partir da civilística do sec. XIX, sempre foram ponto

pacífico. A diminuição da soberania interna do Estado revoluciona portanto a própria conceituação do direito e do Estado, na medida em que destrói os conceitos universais em que ela se baseia.

Todos esses fatores levam a um repensar da nomogênese do direito, à revisão da política jurídica *de lege ferenda* e *de sententia ferenda*, à reformulação da estrutura da ordem jurídica e do direito positivo como um todo, ao redimensionamento da jurisdição e competência das instituições judiciais, e, sobretudo, ao abandono de todo apriorismo no que concerne ao conceito do direito; este, mais do que nunca, só pode agora ser pensado como produção social específica, não de um povo ou nação, mas de comunidades específicas, sejam elas racionalmente organizadas ou não.

Este amplo processo não é todavia assumido pela doutrina jurídica, mas aparece eufemisticamente disfarçado sob os novos significantes engendrados pela Dogmática, quais sejam, flexibilização, desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização, eufemismos que legitimam a destruição do Estado como criador do direito e patrocina o retrocesso nas conquistas da democracia, do Estado de Direito e do Estado do bem-estar social. É que o avanço desse amplo processo de flexibilização, desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização engendra um espaço de anomia jurídica que possibilita a substituição do direito do Estado pelas novas formas de juridicidade dimanadas dos organismos transnacionais, e, é claro, na medida em que o afastamento de óbices trabalhistas, previdenciários, administrativos, legislativos e constitucionais, favorece a ocupação dos respectivos espaços normativos pelo direito transmoderno.

O avanço sistemático do direito transmoderno ocorre portanto na medida do recuo do Estado como causa eficiente do direito e da destruição do direito positivo como o *locus* privilegiado de refúgio das reivindicações e conquistas da sociedade, especialmente dos segmentos marginalizados que jamais se beneficiam dos avanços da civilização.

3. O futuro do Estado.

Todos esses fatores que conduziram a nova concepção do direito, a nova concepção de suas fontes materiais e a um repensar do problema da justiça e dos valores jurídicos, conduzem inexoravelmente a nova concepção do Estado enquanto unidade ôntica, pois o direito transnacionalizado está ligado à idéia de regulação autônoma ou semi-

autônoma de regiões, localidades, grupos e empresas, com tendência a marginalizar o direito estatal.

A típica imagem trans-moderna da sociedade é a de uma vasta estrutura de interesses, projetos, necessidades e exigências dos indivíduos, e também valores e crenças, expressados através de estruturas multifacetadas e transitórias providas pelo mercado financeiro e sistemas de produção e distribuição. E assim, se entendemos que o direito é um fenômeno social e que a sociedade em sentido político é produzida pelo direito, a fragmentação da sociedade nessas múltiplas unidades repercute na fragmentação do direito.

Na sociedade estatal o direito jamais deixou de ser o direito dos grupos sociais hegemônicos, forjado pela atuação de uma classe política que, embora declaradamente voltada para o bem-estar social, sempre esteve a serviço de seus próprios interesses e dos interesses dos segmentos hegemônicos. Esse fato não chegou a anular o lugar não hegemônico do direito da maioria dentro da legalidade estatal controlada pela minoria e nem a anular o dinamismo próprio dessas sociedades dependentes através dos movimentos sociais, a exemplo do que ocorre no Brasil com as chamadas "comunidades eclesiais de base", "associações de moradores" nas favelas construídas nas periferias das grandes cidades brasileiras, as mais das vezes a partir de uma ocupação "ilegal" do ponto de vista do direito oficial, e o movimento dos "sem-terra". Essas e outras manifestações dos movimentos sociais são indicadores de anomia jurídico-política em face do direito do Estado, anomia que perde sentido quando consideramos o direito como um fenômeno comunitário.

Em face dessa realidade, é perfeitamente legítimo questionar o Estado e seu futuro, pois ele não é eterno; a transformação do Estado implica a superação de uma forma particular de organização social, com seus privilégios e seu direito classista, para formar outras que podem perfeitamente não apresentar as tradicionais características do Estado, ou mantê-las acrescidas de outras. A teoria política sugere, por exemplo, as seguintes teorias sobre o futuro do Estado: a) um Estado mundial, interpretando-se a Organização das Nações Unidas como o fundamento político de um futuro Estado-mundial, mas a partir da limitação das soberanias dos Estados nacionais; b) um mundo sem Estados, tese que tem no pensamento anarquista e no marxismo-leninismo sua versão mais expressiva; c) um mundo de super-Estados, fundado na atual existência de Estados super-poderosos, que aos poucos assumem o encargo de custear a guerra e a paz, registrando-se a tendência à aglutinação dos Estados nacionais em blocos políticos; e d) a idéia

de múltiplos Estados do bem-estar social, tendência que se observa no aparecimento de uma cultura de massa como fenômeno universal, o que levaria à progressiva homogeneização da vida social⁽¹⁸⁾.

Há que lembrar que todas essas conjecturas sobre o futuro do Estado mantêm a idéia de nação como fundamento da organização política; as previsões todavia podem e devem levar em conta a sociedade concreta, sua divisão em grupos microssociais e classes, decorrentes da tendência hegemônica dos primeiros; e assim, novas formas de organização social podem dimanar da extrapolação territorial e nacional do conceito de Estado; por exemplo, as grandes empresas multinacionais hoje configuram autênticas formas de Estado, que se sobrepõem a Estados menores e até controlam seu governo e sua economia. Uma grande empresa, com milhares de empregados espalhados pelo mundo, cujo capital se despersonalizou e cuja administração é entregue a colegiados eleitos em assembleias gerais, só não constituem Estados porque a concepção jurídicista não o permite.

Levando em conta esses fatores, a jusfilosofia contemporânea tem sido levada à busca de novos conceitos, novas categorias, que possam servir de fundamento ontológico para a nomogênese do direito, à medida que ele se desliga do Estado. Para o autor deste estudo, o conceito que mais preenche os requisitos de um princípio ontológico do direito é o de *comunidade*, ora proposto não propriamente como estrutura social objetiva, mas como uma rede de compreensão sobre a natureza das relações sociais. Assim, ao lado da *sociedade*, a comunidade pode ser a nova categoria a substituir o Estado em sua relação ontológica com o direito; além disso, se necessitamos repensar o conceito de direito em termos pluralísticos, a unidade produtora do mesmo pode ser vislumbrada como *comunidade*, sendo que a produção espontânea infra-estatal pode ser incluída no mesmo conceito.

É claro que, na medida em que os indivíduos que compõem a comunidade estão ligados por alguma forma de intersubjetividade, ela pode ser considerada em termos objetivos. Neste caso, as interferências intersubjetivas de conduta fazem com que os membros do grupo se unam por laços de tradição, convergência de interesses econômicos, religião ou crença e afeição mútua; esses laços intersubjetivos possibilitam que, a partir de Weber, se construam tipos ideais de comunidades. a saber: a comunidade *tradicional*, definida como a coexistência de pessoas num espaço geográfico definido,

⁽¹⁸⁾ DALLARI, Dalmo de Abreu, *O futuro do Estado*, São Paulo: Ed. particular do autor, 1972.

unidas em virtude de um passado comum ou aproximadas pelo uso da mesma linguagem, na medida em que a linguagem reforça a identidade comunitária. O segundo tipo é a comunidade *instrumental* ou de interesses, a qual defluiu da convergência de interesses no interior de uma formação social, e aqui podem ser incluídas as comunidades empresariais de modo geral, sem embargo das possibilidades de sub-tipos. O terceiro é a comunidade do tipo *confessional*, como as sociedades religiosas, onde a unidade de crença enfatiza a solidariedade e a interdependência comunitárias. E o quarto tipo envolve a comunidade *afetiva*, na qual os indivíduos e grupos menores são unidos por laços de afeição, como a família, as entidades ligadas à vida social, clubes de serviço e simples grupos de amigos.

Se bem que esses tipos ideais não esgotem as possibilidades de uma tipologia comunitária, eles servem porém como ponto de partida para o estabelecimento de um conceito jurídico que possa oferecer um meio de repensar as relações do direito com a diversidade de agrupamentos sociais e redes de compreensão compartilhada que caracterizam a transmodernidade. O conceito de comunidade é portanto útil para a expressão normativa das relações de confiança, pois nele se vislumbra a variedade dessas relações e a diversidade de suas formas de expressão: conseqüentemente, facilita a visão pluralística do direito e favorece o repensar de sua função social, que se volta para o desenvolvimento de relações de confiança mútua, as quais são fundamentais para a auto-instituição da sociedade como conjunto de comunidades ligadas por laços de confiança, os quais devem permanecer ainda que em face das rápidas transformações e crescente diversidade cultural.

4. Uma ética jurídica da transmodernidade.

Em face dessa realidade econômica, política e social subjacente à transmodernidade, qual a resposta que a Filosofia do Direito pode proporcionar aos problemas que se apresentam? Qual a ética a orientar o ensino do direito e o pensamento jurídico, envolvidos pelas exigências que a substituição da política pelo mercado sói suscitar? Qual o alcance ético das novas posturas e das novas formas de juridicidade a respeito do meio ambiente, dos direitos humanos, da democracia e da própria organização social, se se aceita como basilar que a vocação do homem é ser feliz e que os valores básicos da dignidade humana devem permanecer como horizonte das transformações sociais?

Uma reflexão sobre os prós e os contras da transmodernidade põe em relevo o fato de que ela patrocina um recuo nos avanços humanistas e sociais, ao menos nos países periféricos.

Tal como ocorrera outrora em relação aos conflitos entre o direito e a moral, quando prevaleceu a normatividade jurídica a despeito das tentativas da doutrina para introduzir o *minimo ético* como algo eideticamente unido ao *jus*, as relações entre essas ordens normativas na disputa do mesmo espaço, ainda que conflitantes, culminam na submissão do direito positivo às exigências da transmodernidade. É que esse direito vê-se envolvido num processo inexorável que se auto-considera modernização, sendo que as opiniões em contrário são vistas como retrógradas, anacrônicas e impeditivas do acesso às benesses da economia global.

O início de uma conscientização sobre o caráter ideológico do direito transmoderno é o reconhecimento da existência de diferentes centros de produção normativa paralela ao direito positivo, produção que tende a ocupar seu próprio espaço social, seja integrado ao direito oficial, seja contra ele; e foi dentro desse enfoque que se afirmou o tradicional pluralismo relacionado com a gênese do direito, para revelar que a complexidade da organização social envolve a ocorrência de vários e diversificados centros de produção normativa. Além disso, o pluralismo ubicou o fenômeno jurídico ao nível da ontologia do ser social, pois, se é verdade que o direito positivo é uma forma jurídica que ocupou historicamente os espaços normativos verticais - *direito romano, direito senhorial, direito econômico, direito real, direito comercial e direito natural* - e horizontais - *religião, moral e convencionalismos* - é possível desligar a idéia do *jus* de uma ontologia do direito como único e estatal para ligá-lo à ontologia do social como um direito plural.

Esta ontologia nos revela a dialética dos movimentos sociais, onde a produção jurídica de uma classe tende à hegemonia pela absorção das demais num único sistema racionalmente formalizado. E assim, é possível vislumbrar novo fundamento ao pluralismo: o reconhecimento histórico de uma produção jurídica autônoma dos grupos microssociais oprimidos mas ascendentes, aliado à relatividade histórica dos direitos positivos nacionais.

Como essa dialética pode então afirmar-se diante da globalização, da transmodernidade e do pluralismo transnacional?

Inicialmente, na consideração de que, quando o Estado do futuro se afirma como Estado-empresa, mantendo a oposição entre o capital e o trabalho em detrimento deste, vislumbram-se as possibilidades de um Estado-trabalho a partir de uma organização transnacional dos trabalhadores mediante o fortalecimento de suas organizações, tanto a nível infra-estatal quanto supra-estatal

E quando o Estado do futuro se apresenta como o poderoso Leviatã que passa a estabelecer os critérios de distinção entre o bem e o mal nas relações internacionais e mesmo nas políticas internas das nações, a vigilância intelectual saberá distinguir entre os imperativos da ética social conjugados com a preservação dos valores autênticos dos povos, evitando as manifestações transmodernas de barbárie destrutiva

A articulação do pluralismo com os movimentos de libertação exige a contínua reflexão dos cientistas sociais, levando o jurista que se sente integrado nessa dialética a superar os idealismos teóricos revelados pelos jusnaturalismos, positivismos e inúmeras propostas que se dizem *críticas*, mas que carecem de consistência científica ou fundamento na realidade da vida individual e coletiva⁽¹⁹⁾, a conscientizar-se de seu papel educador e de atuação numa práxis, a partir do momento em que ele se sente interpelado pelas novas problematizações

Entretanto, as mais importantes implicações da globalização no plano ético dizem respeito à proteção ambiental, à questão democrática e aos direitos humanos

No concernente ao meio ambiente, levando-se em conta que as legislações estão sendo adaptadas de modo a não constituírem óbices ao desenvolvimento, na perspectiva transmoderna da economia, a consciência jurídica sera levada a enfatizar que as nações mais ricas e poderosas dessa civilização transmoderna, depois de terem dizimado suas reservas florestais e esgotado seus recursos naturais não renováveis, e, mais ainda, após haverem patrocinado o genocídio de suas populações nativas e a forma pós-moderna de genocídio que é a guerra total, têm o maior interesse na preservação das

⁽¹⁹⁾ Exemplos são as diversas tentativas pseudo "críticas", como as autodenominadas "direito alternativo", "positivismo de combate", "direito achado na rua", "direito insurgente", "nova escola jurídica brasileira" etc que se proclamam "teorias críticas" sem serem ao menos teorias e muito menos críticas no sentido desenvolvido pela teoria crítica do direito

riquezas do mundo periférico e na reserva de espaço geográfico onde possam colocar os refugiados das futuras guerras que sua tecnologia é capaz de engendrar.

Apesar de aparentemente inócua em face do extraordinário poder das potências que dominam o mundo transmoderno, a mesma vigilância intelectual sobre a barbárie do Leviatã poderá repercutir na opinião pública universal de modo a favorecer a tomada de decisões corretas no sentido de articular os imperativos da preservação ambiental com a exigência de melhor qualidade de vida para toda a sociedade e não apenas para os segmentos privilegiados.

Idêntico estado de vigilância intelectual deve ser mantido quanto à questão democrática, para que a produção e transmissão da informação, indispensável para que a representação democrática seja legítima, não estejam subordinadas ao critério único dos ganhos materiais; a transnacionalização dos mercados e o deslocamento dos foros decisoriais para fora do território nacional pode prejudicar, e até mesmo destruir, a autenticidade da representação popular; o esvaziamento do espaço político e sua substituição pelo mercado cada vez mais dominado pelos conglomerados transnacionais, sem nenhum compromisso com o contexto social em que atuam, exige a cobrança permanente das responsabilidades, seja nos foros internos do Estado, seja perante os organismos internacionais a quem se atribui alguma forma de poder judicante, seja perante os foros espontâneos exsurgidos da comunidade; essa vigilância e cobrança hão de ter como objetivo alcançar a plenitude democrática erigida em imperativo categórico da ação política, ainda que dominada pelo mercado.

Quanto à questão dos direitos humanos, embora seja ele o denominador comum da jusfilosofia contemporânea, e, coerentemente com a ideologia da globalização, encarado como uma terceira geração ligada à condição do homem como parte da humanidade, quando a autoridade estatal é relativizada em sua capacidade de impor a lei, cabe à sociedade plural estar permanentemente atenta para que os efeitos da globalização não importem em sua anulação, como conquista da humanidade.

Apesar do progresso verificado em face da derrocada dos totalitarismos e da maior politização dos povos, é inegável que os processos de flexibilização, desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização atualmente promovidos pelos Estados para melhor se

adaptar às exigências da avassaladora transnacionalização, configuram atentados às conquistas constitucionais relativas aos direitos humanos. Na civilização transmoderna o respeito aos direitos humanos seguramente deve constituir importante critério na orientação das ações individuais e coletivas no sentido de uma revitalização da liberdade e da dignidade de todos os seres humanos.

Cumprir observar que a globalização favorece a criação de uma consciência que pode expressar-se como uma opinião pública mundial, na medida em que as redes de telecomunicações podem servir para denunciar atentados à ecologia, à democracia e aos direitos humanos; mas podem igualmente expandir a consciência dos povos relativamente aos seus direitos como nação e como humanidade. Só que as redes mundiais de telecomunicações estão monopolizadas pelo capital internacional e, em função disso, elas também se reduzem ao mercado; com isso, são convenientemente controladas para revelar ao mundo os aspectos que interessam à dominação econômica e esconder o que não interessa.

Se a globalização possibilita a formação de uma opinião pública mundial, também abre a perspectiva do controle da mesma pela manipulação a que estão sujeitos os meios de divulgação global; por isso, não basta a divulgação, torna-se necessário criar uma consciência universal no sentido do respeito aos direitos humanos, à democracia e ao meio ambiente. Essa vigilância decorre do fato de que o respeito a esses valores são inseparáveis de garantias fundamentais e estas somente podem ser instrumentalizadas por meio de um aparato judicial adequado, que seja capaz de assegurar o seu reconhecimento e observância, ainda que no âmbito de Estados enfraquecidos em sua soberania. A vigilância social no sentido do respeito a essas conquistas da humanidade soerão evitar que os imperativos da transnacionalização dos mercados os possam minimizar ou abater.

Lutar pela universalização e efetivação dos direitos humanos, pelo respeito aos ditames da preservação ambiental e pela conquista e manutenção da democracia, no mundo globalizado, impõe a superação de obstáculos, entre os quais, o excesso de formalismo burocrático dos governos, bem como o excesso de dogmatismo na aplicação das leis, obstáculos que impedem a visão realista e abrangente da sociedade. Mas antes de tudo trata-se de evitar que a alienação e a cegueira intelectual impeçam a conscientização dos que se sintam solidários com as pessoas, grupos, povos e nações excluídos dos benefícios que o progresso da civilização poderia teoricamente proporcionar.

DISSÍDIO INDIVIDUAL E CONCILIAÇÃO EXTRAJUDICIAL PRÉVIA

João Oreste Dalazen^(*)

1. DA PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL DO EXECUTIVO

O Poder Executivo vem de submeter à apreciação do Congresso Nacional a proposta de emenda constitucional nº 623/98, em que se acrescenta o seguinte parágrafo ao art. 114, da Constituição Federal:

“Parágrafo 5º. O exercício do direito de ação individual perante a Justiça do Trabalho será obrigatoriamente precedido de tentativa extrajudicial de conciliação, utilizando-se, inclusive, a mediação, conforme dispuser a Lei.”
(NR)

Percebe-se que a proposição inscreve-se em elenco de outras medidas pelas quais busca o Estado redefinir o seu papel nas relações Capital-Trabalho, realçando a liberdade sindical, limitando o poder normativo da Justiça do Trabalho e, através da norma constitucional em foco, estimulando os interlocutores a obter solução negociada para os conflitos trabalhistas.

2. DA CONSTITUCIONALIDADE DA PROPOSTA

A instituição de uma instância prévia extrajudicial de mediação e conciliação **também** para os dissídios individuais (paralelamente à já contemplada hoje para o dissídio coletivo) pode suscitar, desde logo, alguma perplexidade no tocante à **constitucionalidade** da proposição.

Sabe-se que, em tese, é concebível a **inconstitucionalidade de norma constitucional**, exceto a **inconstitucionalidade de norma**

^(*) *João Oreste Dalazen é Ministro do Tribunal Superior do Trabalho. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.*

constitucional originária.⁽¹⁾ Efetivamente, não apenas vícios formais do processo legislativo --- isto é, mediante preparação e votação de emenda constitucional em desconformidade com parâmetro constitucional --- pode dar margem à inconstitucionalidade. Igualmente é concebível cogitar-se de norma constitucional padecendo do vício da inconstitucionalidade material quando, derivante de revisão constitucional, estiver em contradição com o teor de certas normas constitucionais erigidas em cláusulas pétreas através do poder constituinte originário.

A Constituição Federal vigente elevou a tal dignidade, entre outras, as normas integrantes dos “direitos e garantias individuais” de toda pessoa (art. 60, parágrafo 4º, inc. IV), ao proscrever qualquer proposta de emenda constitucional cujo objeto seja aboli-los. Ora, o art. 5º da Carta Magna, disciplinando os “direitos e garantias individuais”, estatui:

“XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Pertinente, pois, a questão consistente em saber se a pretendida exigência, em caráter absoluto, de submeter o litígio individual trabalhista a uma tentativa prévia de conciliação extrajudicial não conflita com a cláusula pétreia constitucional que garante a todos o acesso à Justiça.

Não vislumbro, todavia, qualquer inconstitucionalidade material na proposição.

Em primeiro lugar, porque a garantia insculpida no inc. XXXV do art. 5º dirige-se ao legislador ordinário, vedando-lhe criar entraves que subtraiam totalmente a causa da apreciação do Poder Judiciário. A vedação constitucional é clara: proíbe que a lei exclua da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. Ora, na espécie, além de tratar-se de norma de hierarquia também constitucional, contempla ela unicamente uma condição para ingresso em juízo, sem que tal implique eliminação do sacrossanto direito de ação.

Em segundo lugar, ninguém ignora que o aludido direito de ação não é direito absoluto, irrestrito e incondicionado, de simples acesso aos

⁽¹⁾ Cfr. JORGE MIRANDA, “Manual de Direito Constitucional”, Tomo II, Coimbra Editora, 2ª ed., 1988, p. 287 e segs.

tribunais. Bem ao contrário, a emissão de um juízo de mérito acerca da postulação sempre reclamou o atendimento das chamadas “condições da ação” (CPC, art. 267, inc. VI). Mais que isto: o legislador sempre previu a **perempção** do direito de ação, quer no âmbito do processo civil (CPC, art. 267, inc. V e 268. parágrafo único), quer no âmbito do processo trabalhista (perda transitória do direito de ação como sanção ao reclamante que provoca dois “arquivamentos” sucessivos: CLT, art. 732). Não consta, todavia, que jamais haja sido declarada a inconstitucionalidade de tais preceitos de lei ordinária. Porque, então, padeceria de tal vício uma norma de hierarquia constitucional que **não nega** o direito de ação?

A Profª ADA PELLEGRINI GRINOVER, mesmo a propósito do malgrado **Projeto de Lei 3.118/92**, que outrora cogitou da mesma exigência de tentativa prévia de conciliação **sem** permissivo constitucional, assinalou:

“É certo que a Constituição assegura a inafastabilidade do controle jurisdicional no inc. XXXV do art. 5º, mas é igualmente certo que o exercício do direito da ação não é absoluto, sujeitando-se a condições (as condições da ação), a serem estabelecidas pelo legislador.

Essas condições - desde que razoáveis, dentro do critério substancial das garantias do devido processo legal - são legítimas às categorias clássicas da possibilidade jurídica, da legitimação para a causa e do interesse de agir (art. 267, VI, CPC).

Ora, é exatamente, na categoria do interesse de agir que se inserem as técnicas pelas quais o legislador pode exigir, para o ajuizamento da ação, o esgotamento prévio das vias administrativas, desde que o faça em termos razoáveis. Visto o interesse de agir por seus indicadores fundamentais - a necessidade de tutela jurisdicional e sua utilidade (adequação) -, não haverá necessidade de recorrer às vias jurisdicionais enquanto caminhos alternativos

forem ainda capazes de levar à solução espontânea do conflito de interesse: o que se faz, no nosso caso, pela tentativa de conciliação e arbitragem.

Por isso é que inúmeros exemplos existem, no ordenamento brasileiro, de exigência de prévia exaustão das vias administrativas, que doutrina e jurisprudência consideraram e consideram constitucionais.²⁾

O único reparo a tão abalizada lição está em que não mais se exige hoje esgotamento da vida administrativa como condição para ingresso em juízo. Todavia, persistem situações, previstas em lei ordinária, em que o exercício do direito de ação:

a) ou pressupõe decisão definitiva na esfera administrativa se interposto recurso administrativo de efeito suspensivo;

b) ou pressupõe o atendimento de alguma exigência formal.

Para ilustrar a primeira hipótese bastará lembrar a Lei do Mandado de Segurança (art. 5º, I, da Lei 1.533, de 31.12.51), que veda a impetração contra ato atacado mediante recurso administrativo, dotado de efeito suspensivo. Significa que se interposto recurso administrativo dotado de efeito suspensivo para impugnar ato ou procedimento **comissivo de autoridade**, incabível o manejo **concomitante** da ação de segurança: é necessário aguardar-se o julgamento do recurso porque este impede que o ato seja operante e exeqüível.

Exemplo da hipótese “b” está na exigência de depósito prévio do débito para propositura de **ação rescisória** no âmbito do processo civil, sob pena de indeferimento da petição inicial e extinção do processo, sem exame de mérito (CPC, art. 488, II e 490. II).

Não havendo notícia de que em momento algum hajam sido inquinadas de inconstitucionalidade as normas infraconstitucionais em apreço, malgrado obstem ou dificultem, de certo modo, a provocação da tutela jurisdicional, com muito maior razão não há porquê se vislumbrar

⁽²⁾ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Órgãos extrajudiciais de conciliação. Revista de Direito do Trabalho*, nº 83, p. 17 e segs.

inconstitucionalidade na norma constitucional em comento, máxime porque não esvazia e, tampouco, aniquila a correlata garantia constitucional de invocação do Poder Judiciário.

Impende salientar, inclusive, que a proposta não constitui novidade em nosso ordenamento jurídico.

Recorde-se, com efeito, que o art. 161 da Constituição imperial de 1824 dispôs:

“Art. 161. Sem se fazer constar que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum”.

Preceito semelhante contemplava o Regulamento 737, de 25/11/1870, tendo os olhos fitos nas causas comerciais. Por sua vez, ainda no Império, o art. 185 da não menos vetusta Consolidação das Leis do Processo Civil, preparada pelo Conselheiro Antônio Joaquim Ribas, com eficácia de lei, prescrevia:

“Art. 185. Em regra nenhum processo pode começar sem que se faça constar que se tem intentado o meio conciliatório perante o juiz de Paz”.

Reputo, pois, **constitucional** a proposição que, de resto, é simplesmente uma questão de política judiciária do Estado, cometida à discricionariedade do Poder Legislativo.

3. BREVE DIAGNÓSTICO DO SISTEMA ATUAL DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS NO BRASIL

Resulta translúcido que os conflitos trabalhistas, por sua própria natureza e em virtude dos interesses em disputa, exigem um rápida solução, sob pena de provocarem uma lesão grave ou de difícil reparação e de comprometer-se perigosamente a paz social. Intolerável, assim, se se quer construir uma “sociedade livre, justa e solidária”, como proclama a Constituição brasileira (art. 3º, inc. I), que o conflito individual trabalhista, muitas vezes por prestações alimentares e vitais, prolongue-se por anos a fio.

Não é demasia repisar o adágio popular: justiça atrasada é justiça denegada. Ademais, como lembrou CAPPELLETTI, “a demora excessiva é fonte de injustiça social porque o grau de resistência do pobre é menor do que o grau de resistência do rico; este último, e não o primeiro, pode, sem dano grave, esperar uma justiça lenta”.⁽³⁾

No entanto, todos sabemos que, desafortunadamente, o diagnóstico unísono aponta para insuportável **lentidão** na solução do dissídio individual trabalhista brasileiro, advinda de **diversos fatores**, dentre os quais sobressaem:

1º) uma cultura social e jurídica arraigada de submeter todos os conflitos individuais trabalhistas **exclusivamente à solução jurisdicional do Estado**, em detrimento da desejável e mais expedita solução negociada;

2º) a inexistência de qualquer órgão extrajudicial de conciliação para atuar como anteparo da Justiça do Trabalho a essa pleora de processos;

3º) a globalização e a política econômica neoliberal, acentuando a automação e elevando sobremaneira o índice de desemprego e a rotatividade de mão de obra, o que contribui para um crescimento expressivo e alarmante de novas demandas trabalhistas a cada ano: somente em 1997 ingressaram nas JCI's cerca de dois milhões de novas ações; hoje há no Tribunal Superior do Trabalho, aguardando distribuição, cerca de 76.000 recursos de revista e mais de 30.000 agravos de instrumento!

4º) solução de reiteradas e graves crises econômicas mediante a edição de legislação intervencionista, quase sempre atropelando postulados constitucionais e gerando, assim, uma vastíssima proliferação de litígios trabalhistas;

5º) volúpia legiferante do Poder Executivo (medidas provisórias aos borbotões!) e, ao mesmo tempo, produção de normas **propositadamente** lacunosas, obscuras, imprecisas e ambíguas pelo Poder Legislativo, fruto de injunções políticas, nem sempre sãs, cujo desdobramento inevitável é a provocação do Judiciário para que o Juiz veja-se compelido à árdua compreensão das lacunas, dubiedades e obscuridades da norma;

⁽³⁾ CAPPELLETTI, Mauro. *El proceso como fenómeno social de masa*. III: *Proceso, ideologias, sociedade*. Buenos Aires: EJE, 1974. p. 133-134.

6º) a desnecessária multiplicação de dissídios envolvendo o Poder Público, que responde por um número babilônico de ações em trânsito na Justiça do Trabalho (e em outros segmentos do Judiciário);

7º) valor de alçada muito baixo e recursos em profusão, sem preocupação em se sancionar, a partir do recurso de revista, o recorrente vencido.

O quadro que se desenha, portanto, é bem conhecido de todos: malogra o Estado na tarefa de proporcionar à sociedade a desejável solução acessível, barata, rápida e eficaz aos dissídios individuais trabalhistas.

4. A EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO

De há muito, todavia, observa-se no direito Comparado um acentuada preocupação com meios alternativos de solução do conflito individual trabalhista, dentre os quais sobrepõem os mecanismos da conciliação, mediação e arbitragem.

Ressalte-se, a propósito, que a Organização Internacional do Trabalho (OIT), já na Recomendação nº 94, de 1952, propôs a criação de organismos de consulta e colaboração entre empregadores e trabalhadores, **no âmbito da empresa**, para prevenir ou conciliar as respectivas controvérsias, excluindo de suas atribuições apenas as questões compreendidas no campo da negociação coletiva (Reserva Sindical).

Presentemente, numerosos países adotam a tentativa de conciliação extrajudicial do conflito individual trabalhista, ou de forma obrigatória, ou de forma facultativa.

Na Argentina⁽⁴⁾, desde 1995, para combater a excessiva litigiosidade que também ali atulhou de causas os tribunais e dilatou prazos, houve uma preocupação, segundo GOLDIN, de promover uma “desjudicialização” do conflito individual trabalhista, na “linha de evolução

⁽⁴⁾ Lei nº 25.573, de 1995, art. 1º: “Institui-se em caráter obrigatório a mediação prévia a todos os julgos, mediação esta que será regida pelas disposições da presente lei. Este procedimento promoverá a comunicação direta entre as partes para a solução extrajudicial da controvérsia. As partes ficarão isentas do cumprimento deste trâmite se provarem que, antes do início da causa, existiu mediação perante os mediadores registrados pelo Ministério da Justiça”.

também generalizada nos sistemas europeus de solução dos conflitos” (...), o que determinou “a sanção de um regime de conciliação obrigatória nos conflitos individuais de trabalho, que deve necessariamente transitar como condição para aceitar a jurisdição”. As atribuições de conciliador foram confiadas a advogados “que exercem livremente sua profissão e que desempenham essa função conciliatória em seus próprios escritórios”. Alcançada a conciliação, deve ser submetida à Justiça ou a Administração do Trabalho para homologação, o que dota o acordo dos efeitos da coisa julgada.⁽⁵⁾

Na Espanha, igualmente, a “Lei de Procedimiento Laboral” de 1995 (art. 63 a 73), sob o sugestivo título “de la evitación del proceso”, considera obrigatório o intento de conciliação “perante o serviço administrativo correspondente”, como requisito prévio para a tramitação do processo. Desenvolve tal função, criado em 1997, o “Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación” (IMAC), órgão autônomo, de composição tripartite, que atua de forma complementar aos órgãos jurisdicionais trabalhistas. O acordado em conciliação tem força executiva entre as partes, sem necessidade de ratificação ante o Juiz ou Tribunal (art. 68).

Em realidade, nas economias capitalistas mais avançadas do mundo ocidental prevalecem os sistemas de conciliação, mediação e arbitragem, o que, inclusive, constitui política da OIT, com visto.

Entre os países nos quais os conflitos trabalhistas, em grande proporção, são dirimidos através de procedimentos acordados pelas partes figuram a Alemanha, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Grã-Bretanha, Suíça, Suécia e Estados Unidos da América do Norte (onde viceja um vasto sistema de arbitragem trabalhista voluntária privada, destinado, sobretudo, a resolver conflitos jurídicos individuais).

A respeito especificamente da relevância da conciliação no Direito Comparado, discorrem CAPPELLETTI e GARTH:

“O sistema jurídico japonês oferece exemplo do uso largamente difundido da

⁽⁵⁾ GOLDIN, Adrián O. “Os conflitos trabalhistas e suas formas judiciais e extrajudiciais de solução - anotações e reflexões”. In: “Anais do Seminário Internacional - Relações do Trabalho”, Edição do Ministério do Trabalho, Brasília, 1998, p. 288 e segs.

conciliação (169). Cortes de conciliação, compostas por dois membros leigos e (ao menos formalmente) por um juiz, existe há muito tempo em todo o Japão, para ouvir as partes informalmente e recomendar uma solução justa. A conciliação pode ser requerida por uma das partes, ou um juiz pode remeter um caso judicial à conciliação. Esse processo de conciliação, apesar de relativo declínio em seu uso e eficácia, ainda é muito importante no Japão (170). Sem deixar de considerar as condições favoráveis quase exclusivas ao Japão, a observação dos professores Kojima e Taniguchi não pode ser ignorada: “O fato de que a instituição nasceu e foi desenvolvida numa sociedade muito diferente da ocidental e de outras que não correspondem ao extremo oriente, não deve esconder sua validade como um meio adequado de solução de litígios (171).

Muitos países ocidentais, em particular a **França e os Estados Unidos**, estão comprovando a veracidade da instituição dos relatores japoneses. A experiência dos Estados Unidos, em 1978, com os “centros de justiça de vizinhança”, que será discutida a seguir, em conexão com os “tribunais populares” (172) constitui um exemplo importante da **renovada atenção dada à conciliação**, e a **nova instituição francesa do conciliador local** já passou do nível experimental. a experiência começou em fevereiro de 1977, em quatro departamentos franceses e, em fins de março de 1978, foi estendida a todos os 95 departamentos franceses (172a). Os conciliadores são membros respeitados da comunidade local que têm seu escritório geralmente nas prefeituras e detêm um mandato amplo para tentar reconciliar os litigantes com vistas à aceitação de uma solução mutuamente satisfatória. Os conciliadores, indicados pelo Primeiro Presidente da Corte de Apelação com jurisdição sobre a localidade, também são chamados a dar conselhos e

informações. Evidentemente, existe uma grande demanda na França pelos serviços oferecidos pelos conciliadores locais.”⁽⁶⁾

A bem de ver, o que se constata no Direito Comparado é uma **exuberante diversidade de sistemas** de solução do conflito individual trabalhista, mas em que assume papel destacado a conciliação, encetada sob forma organizativa que, pela variedade, constitui um verdadeiro mosaico. Há basicamente dois sistemas: a) privados, compreendendo métodos de solução do conflito criados pelas próprias partes; b) sistemas oficiais, de cuja manutenção e funcionamento encarrega-se o respectivo governo.⁽⁷⁾

Em sistemas governamentais de conciliação, esta se comete ou a um conciliador individual, ou a um órgão colegiado, que pode chamar-se junta, conselho ou comissão. A desvantagem que o primeiro sistema oferece reside em que sua eficácia depende da competência do conciliador individual e, além disso, leva tempo para se formar um corpo de conciliadores capazes, o que decerto demanda investimento estatal. A principal vantagem do sistema governamental colegiado está em que enseja a participação de representantes dos empregados e dos empregadores, o que inspira às partes maior confiança. De todo modo, os países ora conferem à conciliação um caráter voluntário, ora um caráter obrigatório.⁽⁸⁾

É comum a conciliação adquirir, em princípio, caráter obrigatório, em virtude de disposição legal que exija prévia submissão e participação das partes a uma sessão de conciliação para resolver o conflito mediante acordo. Em caso de descumprimento de tal exigência, costuma-se castigar a parte com uma sanção administrativa ou penal.⁽⁹⁾

Contudo, um sistema privado de conciliação que vem granjeando adesão em diversos países europeus, notadamente na Alemanha, é o que se opera, como assinala SUSSEKIND, através de “organismos intra-

⁽⁶⁾ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Fabris Editor, 1988. p. 84-85.

⁽⁷⁾ Cfr. *Conciliación y Arbitraje en los Conflictos de Trabajo. Estudio comparativo. Organización Internacional do Trabalho*. 2ª ed., 1987, p.97.

⁽⁸⁾ Cfr. *op. cit.* em nota anterior, p. 97 e 98.

⁽⁹⁾ Cfr. *op. cit.* em nota anterior, p. 99 e 100.

empresariais, com representação de administração da empresa e dos seus empregados”⁽¹⁰⁾.

5. DA CONVENIÊNCIA DA PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL

Frente à aguda crise da Justiça do Trabalho no Brasil e de sua comprovada inaptidão para a célere solução dos litígios individuais, na forma como se acha presentemente estruturada, a alternativa de dinamizá-la mediante a criação de novos órgãos já se revelou totalmente inócua e, por isso, indesejável. Recorde-se que desde a sua inauguração solene, em 1941, a Justiça do Trabalho apenas **agigantou-se** do ponto de vista quantitativo e isso não se mostrou suficiente para oferecer resposta pronta à solução do conflito Capital-Trabalho. De resto, é de descartar-se esse diretriz porquanto nunca haverá dotação orçamentária o bastante para atender à criação de órgãos judiciários segundo as necessidades do País.

De modo que a ótica há de ser outra: a valorização da conciliação extrajudicial como um dos mais importantes e dramáticos esforços para agilizar a Justiça do Trabalho, até porque, conforme pondera SUSSEKIND, os procedimentos conciliatórios perante tribunais do trabalho

“presentan, en mayor o menor grado, una serie de inconvenientes que comprometen la eficacia de la conciliación”⁽¹¹⁾.

Nesta perspectiva, penso que se pode endossar o que asseverou ADA PELLEGRINI GRINOVER acerca de proposição similar:

“O projeto insere-se no generoso filão, muito atual, que visa a revitalizar a conciliação prévia extrajudicial e a arbitragem, como vias alternativas ao processo, capazes de evitá-lo.”⁽¹²⁾

⁽¹⁰⁾ SUSSEKIND, Arnaldo. *Comissões de Conciliação Prévia*. Rev. LTr. 56-02/166, fevereiro de 1992, p. 166.

⁽¹¹⁾ Cfr. *op. cit.*, p. 165.

⁽¹²⁾ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Órgãos Extrajudiciais de Conciliação*. Revista de Direito do Trabalho 83, p. 17.

É de intuitiva percepção que a proposta de emenda constitucional em apreço, a par de bem inspirada no exemplo do Direito Comparado, atenderia, ao menos, aos seguintes imperativos:

1º) poderia satisfazer, com urgência, às necessidades vitais do trabalhador e até concorreria para solucionar a notória plethora de **demandas reprimidas**;

2º) atuando como um sistema de filtragem dos litígios, contribuiria sobremodo para descongestionar a Justiça do Trabalho, pressuposto fundamental para o funcionamento um regime de franquias democráticas, em que sobreleva o efetivo acesso do cidadão à Justiça,⁽¹³⁾

3º) permitiria expressiva redução de custos, quer os que recaem diretamente sobre os litigantes, quer o custo econômico de manutenção da máquina jurisdicional estatal para fazer face à verdadeira avalanche de demandas com que se vê a braços hoje a Justiça do Trabalho brasileira;

4º) importaria passo significativo rumo à modernidade nas relações trabalhistas, estimulando a negociação entre os interlocutores sociais e, assim, rompendo com a quase infinita cultura brasileira em confiar apenas à gestão jurisdicional estatal a solução dos dissídios; concorreria, assim, para a construção de relações trabalhistas menos conflituosas e mais cooperativas;

5º) prestaria maior contributo ao restabelecimento da paz social, pois obviamente preferível a solução negociada e voluntariamente acordada pelas partes à solução imposta autoritativamente pelo Estado, através da sentença, que não pacifica a lide sob o ângulo sociológico; bem se compreenderá tal circunstância se se considerar que enquanto no processo judicial geralmente resulta uma parte “vencedora” e a outra “vencida”, a conciliação rende ensejo a que se removam as causas mais profundas do litígio, restaurando a harmonia nas relações trabalhistas;

⁽¹³⁾ Bem salienta Octávio Bueno MAGANO: “O prevalecimento de procedimentos de autocomposição, sobre mecanismos de tutela, além de contribuir grandemente para o descongestionamento da Justiça do Trabalho, vai tornar o sistema brasileiro de solução de conflitos trabalhistas mais compatível com a moldura de democracia pluralista, instaurada pela Constituição de 5 de outubro de 1988.” (Revista LTr. 56-02/201).

6º) por derradeiro, um sistema eficaz de conciliação extrajudicial do conflito individual decerto contribuiria para proporcionar maior segurança nas relações trabalhistas, especialmente do empregador, considerado o prazo dilatado de prescrição (mormente do rurícola), é natural que se não se seguir à rescisão contratual uma alta composição válida, ante eventual conflito, daí advém incerteza jurídica para o empregador, o que o inibe de contratar trabalhadores formalmente; portanto, mitigando a insegurança jurídica nas relações trabalhistas, a conciliação extrajudicial, em última análise, estimularia a contratação de empregados registrados, diminuindo a alarmante informalidade.

Incontestemente, pois, a conveniência e utilidade da proposta de emenda constitucional: além de encorajar um valioso instrumento destinado a evitar que o conflito agrave a questão social (demora, custos, sujeição do empregado demandante a acordos vis e, enfim, denegação de justiça), o projeto vem ao encontro das tendências processuais mais atuais de valorização de meios alternativos à sistemática atual de solução exclusivamente jurisdicional do dissídio individual.

Penso, todavia, que merece aprimoramento a redação da proposta, inclusive tendo presente que toda questão terminológica implica uma questão conceitual.

Em primeiro lugar, é imprópria a referência ao exercício do direito de “ação individual”. Sabe-se que no processo trabalhista há ação individual e ação plúrima, em se tratando de dissídio individual. Preferível, pois, aludir-se a “dissídio individual”, inclusive para harmonizar tal locução do parágrafo (5º) ao “caput” do art. 114.

Em segundo lugar, a redação da norma constitucional, como prevista, já a partir da promulgação da emenda, imporá sempre, de forma inafastável, a tentativa de conciliação extrajudicial em dissídio individual. A locução “conforme dispuser a lei”, ao final do preceito, parece vincular-se apenas à forma de organização dos mecanismos de conciliação e de mediação. Acresce notar que quando da promulgação da emenda pode ainda não estar aprovado o projeto de lei 4.694/98 que regula as Comissões de Conciliação Prévia e tão-somente para empresas com mais de cinquenta empregados. Afora isso, reza o art. 2º da PEC que, em 120 dias da promulgação da emenda, o Poder Executivo encaminhará ao Congresso Nacional (novo?) projeto de lei para disciplinar a conciliação extrajudicial.

Ante esse quadro e a prevalecer a redação proposta, receio que se atribua à norma constitucional eficácia plena, desde a promulgação, o que significaria que, desde então, todos os dissídios individuais deveriam ser precedidos de tentativa de conciliação extrajudicial, não obstante a inexistência de lei reguladora, ou virtualmente existente lei reguladora da conciliação para empresas com mais de cinquenta empregados. Está claro que este seria um cenário de caos.

Em terceiro lugar, a exemplo do direito espanhol, talvez seja conveniente afastar a exigência no caso de alguns poucos dissídios individuais, como, por exemplo, o intersindical de representatividade (futuramente confiado à competência material da Justiça do Trabalho). Parece-me absolutamente inútil exigir tentativa prévia de conciliação extrajudicial em casos que tais.

Convém, assim, para obviar os apontados riscos e inconvenientes, aclarar a redação da norma constitucional de modo a patentear-se que , **“na forma da lei”** é exigível a tentativa de conciliação prévia extrajudicial.

Poder-se-ia sugerir a seguinte redação:

“Parágrafo 5º. Na forma da lei, o exercício do direito de ação em dissídio individual perante a Justiça do Trabalho será obrigatoriamente precedido de tentativa extrajudicial de conciliação, utilizando-se, inclusive, a mediação” (NR)

Enfim, a proposição merece aplausos e aprovação, com pequenos reparos de redação.

6. DA LEI REGULADORA DA CONCILIAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Penso que se afigura praticamente consensual a idéia de estimular-se a conciliação extrajudicial do conflito individual trabalhista. As divergências substanciais repousam apenas no que tange à **forma organizativa** de tal mecanismo alternativo à tutela jurisdicional estatal relegada a futura lei ordinária.

Conquanto não seja objeto do presente parecer, julgo importante tecer breves considerações a respeito.

Impende recordar que, embora sem amparo em lei, o País já experimenta, de forma isolada, aqui e acolá, algumas iniciativas desse jaez. É o que sucede, por exemplo, com a experiência desenvolvida, aparentemente com sucesso, em Patos de Minas-MG, onde foi instituída uma **Comissão Intersindical de Conciliação Prévia**, com o apoio e incentivo da Junta de Conciliação e Julgamento daquela cidade. Nesta mesma linha, lembro também o Núcleo Intersindical de Conciliação Trabalhista Rural de Patrocínio (MG) e órgão análogo implantado em Maringá (PR). Do mesmo modo, recentemente noticiou-se que, através de acordo coletivo, os bancários de Campinas e o Banco Itaú S.A. criaram uma “Comissão Permanente de Solução de Conflitos Individuais”.

Por sua vez, como se sabe, o Poder Executivo apresentou ao Congresso Nacional, o projeto de lei nº 4.694/98, ora em tramitação, propondo a implantação de **Comissões de Conciliação Prévia** objetivando solucionar, mediante negociação direta entre empregado e empregador, no âmbito da empresa, os conflitos individuais de trabalho. Para tanto, acatou-se sugestão de Comissão de Ministros criada pelo TST, mas a idéia é muito antiga.

Conforme se percebe, o escopo do projeto é obter solução negociada, rápida e acessível para o litígio individual trabalhista, no próprio local de trabalho, a um custo patronal praticamente inexpressivo, eis que sequer contemplados com estabilidade provisória os integrantes da Comissão (desnecessária, eis que desprovidos de poderes decisórios).

Ademais, a proposta exhibe a notória virtude de não acrescentar despesas ao Poder Público: muito ao contrário, pode propiciar uma economia substancial de recursos humanos e materiais.

Inequivocamente, é o sistema mais adequado e conveniente à realidade brasileira e, por isso mesmo, o que parece haver granjeado maior simpatia da sociedade.

Não obstante, entendo que, como toda obra humana, talvez mereça aperfeiçoamento em alguns pontos, a saber:

a) não contempla mecanismo de conciliação extrajudicial no caso de empresas com **menos** de cinquenta empregados; neste passo, a proposta da Comissão de Ministros do TST **não** foi encampada pelo Executivo;⁽¹⁴⁾

b) não contempla sanção ao empregador que **não** comparece à Comissão para a negociação visando à conciliação extrajudicial;

c) esclarecer, no caso de empresa com mais de um **estabelecimento**, que a exigência concerne à implantação da Comissão em cada unidade com mais de cinquenta empregados;

d) atribuir à Comissão não apenas a **homologação** da rescisão do contato de trabalho, como também passar a exigi-la no caso de empregado com **menos** de um ano de tempo de serviço (hipótese em que a atual lacuna da lei tem gerado muitos dissídios individuais); igualmente, neste caso, emprestar eficácia de quitação da dívida trabalhista, não dos valores, ao recibo de rescisão submetida à homologação da Comissão (Súmula nº 330, do TST);

e) regular de forma mais detalhada o funcionamento da Comissão no caso de pessoa jurídica de direito público.

Não basta, contudo, que normas constitucional e legal compilam empregados e empregadores a buscar forçosamente a conciliação extrajudicial antes de o dissídio individual aflorar na Justiça do Trabalho. **Fundamental e imprescindível**, a meu juízo, é também criar mecanismos paralelos de estímulo econômico à conciliação.

Bem a propósito, ponderam CAPPELLETTI e GARTH (grifei):

“Outro método geral para evitar o litígio judicial é encorajar acordos pelo uso seletivo de incentivos econômicos. **É claro que fatores econômicos tais como os custos do julgamento, os métodos pelos quais esses custos são alocados**

⁽¹⁴⁾ *A proposição previa: “No caso de empregador, público ou privado, com menos de 50 (cinquenta) empregados, o ajuizamento de ação perante a Justiça do Trabalho será obrigatoriamente precedido de tentativa de conciliação perante a autoridade local do Ministério do Trabalho, aplicando-se, no que couber, o disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e seus parágrafos, bem como os arts. 6º e 7º da presente lei.”*

(incluindo os honorários antecipados), a taxa de inflação e a demora influenciam a disposição das partes para a conciliação, mesmo que esses fatores possam afetar direfentemente os diversos tipos de litigantes (178). A demora e os altos índices de inflação tornam um demandante em busca de numerário, especialmente quando se trata de um indivíduo isolado, mais ansioso por uma composição, de modo a poder receber alguma quantia desde logo. O valor elevado das custas, de modo especial (mas não exclusivo), na medida em que elas são impostas apenas ao sucumbente, também aumenta os riscos de um julgamento. Litigantes individuais são especialmente suscetíveis a essas pressões, porque não podem distribuir seus riscos entre diversas causas.

Reconhecendo a importância dos fatores econômicos, alguns sistemas judiciais criam incentivos para a conciliação extrajudicial.”⁽¹⁵⁾

Acerca de tais sistemas, CAPPELLETTI e GARTH exemplificam com o mecanismo chamado “sistema de pagar o julgamento”, usado prevalentemente na Inglaterra, Austrália e Canadá: consiste em apenar o autor que não aceite uma proposta de conciliação oferecida à Corte pela outra parte, quando, após o julgamento, comprove-se ter sido razoável essa proposta. Ressaltam igualmente os aludidos autores o sistema de Michigan em que se apena o réu, tanto quanto o autor, por recusar uma proposta razoável de acordo.⁽¹⁶⁾

Entendo, assim, que se faz indispensável criar condições efetivas de estímulo a uma real negociação extrajudicial, de tal modo que, ao contrário do que se dá hoje, não seja mais conveniente à parte, mormente ao empregador, postergar o pagamento do débito trabalhista através do processo. Nesta perspectiva, resulta sobremodo importante a paralela aprovação legislativa das seguintes normas:

⁽¹⁵⁾ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Fabris Editor, 1988. p. 87-88.

⁽¹⁶⁾ *Op. cit.*, p. 89-90.

a) elevação dos juros moratórios do débito judicial trabalhista para dois por cento, conforme já proposto no projeto de lei 4.696/98, ora em tramitação no Congresso Nacional;⁽¹⁷⁾

b) exigência, para participação em licitação, de certidão negativa de execução trabalhista em caráter definitivo, expedida pela Justiça do Trabalho da sede da pessoa jurídica, ou do domicílio da pessoa física, conforme igualmente já proposto no aludido projeto de lei 4.696/98;

c) urgente implantação do princípio da sucumbência para efeito de honorários advocatícios, a exemplo do que já se dá com os honorários periciais (Súmula nº 236/TST);

d) urgente aprovação do projeto de lei 4.695, em tramitação no Congresso Nacional, dispondo sobre custas e emolumentos na Justiça do Trabalho, inclusive na execução;

e) em sistema pródigo em recursos, sancionar, a partir do recurso de revista, o recorrente vencido;

f) criar-se também uma sanção à parte que recuse uma proposta de conciliação extrajudicial oferecida pela outra parte, quando, após o julgamento, comprove-se ter sido razoável essa proposta.

7. CONCLUSÕES

Do quanto se expôs, concluo:

⁽¹⁷⁾ A proposta tem o seguinte teor: "Art. 5º. O parágrafo 1º, do art. 39, da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, passa a vigorar com a seguinte redação: 'Art. 39. parágrafo 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 dos termos 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 termo de conciliação. A partir do trânsito em julgado da sentença, ou do descumprimento de obrigação prevista no acordo, o percentual de juros será de dois por cento".

1º) é constitucional a proposta de emenda constitucional exigindo obrigatória tentativa de conciliação extrajudicial para o conflito individual trabalhista;

2º) no mérito, merece apoio e aprovação, desde que aprimorada a redação;

3º) o projeto de lei nº 4.694/98, ora em tramitação no Congresso Nacional, criando Comissões de Conciliação Prévia no âmbito das empresas com mais de cinquenta empregados, constitui a resposta ideal à realidade brasileira para um mecanismo alternativo à solução jurisdicional do conflito individual trabalhista, mas requer aperfeiçoamento em alguns pontos;

4º) é fundamental e imprescindível ao sucesso da medida também criar mecanismos paralelos de estímulo econômico à conciliação.

ESTABILIDADE OU GARANTIA DE EMPREGO DECORRENTES DE INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA NORMATIVA OU REGULAMENTAR

Ricardo Sampaio^()*

Introdução

Escasso o emprego, muitas ações têm ingressado na Justiça do Trabalho postulando a reintegração, baseando-se em “interpretação” de cláusulas de regulamento empresarial, convenções e acordos coletivos. Buscam uma pretensa estabilidade, que redundaria da existência de roteiros para a dispensa por justa causa, em especial quando tenham sido por qualquer motivo desobedecidos.

Sustentam que a existência de uma previsão para o caminho da dispensa justificada, afasta a possibilidade empresarial de rescindir o contrato por vontade unilateral, ainda que pagando as verbas indenizatórias. Também sustentam a ilegalidade do ato patronal quando, em meio a um procedimento investigatório interno, dele desiste e impõe a dispensa imotivada.

Para obter então a reintegração, utilizam-se de um raciocínio que envolve várias etapas. Dizem que, sendo a norma regulamentar ou convencional vinculativa, só permite a dispensa por justa causa. Em consequência, deduzem que isto é uma forma de estabilidade contratual. Sendo-a, autorizaria implicitamente, se desobedecida, a reintegração.

Com alguma preocupante frequência, diversos julgados vêm acatando estas ponderações e mandado reintegrar empregados com poucos anos de serviço. Impõem, ainda, o pagamento integral dos salários do período de “afastamento”, com todos os consectários legais. Tais decisões, conquanto possam ter algum cunho benemerente e social, apresentam-se em geral equivocadas diante do direito vigente.

^(*) *Ricardo Sampaio é Advogado, Professor de Direito do Trabalho em Curitiba/PR, Juiz Aposentado e Ex-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região.*

2. Inexistência Constitucional de Estabilidade – Art. 7º, inc. I da Carta Magna

O primeiro fundamento a considerar é a *regra geral* da inexistência de *estabilidade* pelo sistema vigente na Constituição Federal de 1988. Dentre outros “direitos” dos empregados, não capitulou ela a garantia do emprego no extenso rol de seu art. 7º. Sobrevivem hipóteses raras, decorrentes de situações específicas e que reclamam uma tutela especial, como a maternidade, a direção sindical e a participação na CIPA, para falar de algumas.

CELSO RIBEIRO BASTOS, notório constitucionalista, ao examinar o dispositivo mencionado, adverte que “... nenhuma referência é feita à estabilidade. Em consequência, esse direito de não ser despedido deixa de existir.” (-in- “Comentários à Constituição do Brasil”, Ed. Saraiva, 2º vol., 1989, pág. 410).

Portanto, o julgador ou o intérprete não podem, em princípio, admitir a estabilidade por dedução, ante a exclusão da Lei Maior. Têm, antes, que redobrar as cautelas no exame de cláusulas normativas e regulamentares. É indispensável que a vantagem esteja inserta com clareza e indene de dúvidas. Do contrário, terão adentrado no terreno da inconstitucionalidade, quando concedem um tal direito, se nebulosas as cláusulas.

Reforçando a tese do desaparecimento estável, indaga ainda CELSO BASTOS: “*Pode a lei criar outras hipóteses de estabilidade?*” Ao que ele próprio soluciona: “*A resposta é negativa. (...) no caso presente, a Constituição exauriu integralmente a matéria, não contemplando a estabilidade, mas conferindo-lhe um direito substituto. (...) Ao empregador cabe a faculdade da dispensa; ao empregado cabe o direito à indenização...*” (-in- ob. cit., pág. 414, grifamos-seccionamos).

Dai, a conclusão inevitável do mestre, nem sempre obedecida: “*Em síntese, portanto, os casos de estabilidade encontram-se hoje limitados às exceções que a própria Constituição contempla.*” (-in- ob. cit. pág. 414).

É que o art. 7º, inc. I da Carta Magna de 1988 diz que a relação de emprego é protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, sim. Mas não pela estabilidade como regra geral (exceto nos casos disciplinados

pela própria Constituição). A “proteção” se dá mediante indenização compensatória.

Analisando tema correlato, envolvendo a necessidade de “interpretar” cláusula de regulamento empresarial, em que se dispunha quanto às etapas internas necessárias para a dispensa por justa causa, decidiu com propriedade o TRT-9a. Região (Paraná):

“Igualmente, o artigo 7º, I, da CF/88, viabiliza a criação de legislação complementar destinada à proteger a relação empregatícia contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Todavia, como expressamente determinado, é necessária a elaboração de lei complementar para a geração de eficácia ao dispositivo constitucional, que não corresponde, de forma imediata, a uma garantia de estabilidade como pretende o autor, mas sim, à possibilidade de criação de mecanismos assecuratórios de determinados benefícios ou elementos impeditivos ou que limitem a dispensa sem justa causa.” (-in- RO-10.838/94, Ac. 12.780/95, rel. desig. Juiz TOBIAS DE MACEDO FILHO, grifamos-destacamos).

“Forçar” a interpretação, para substituir na via judiciária a vontade do empregador, é ir contra a Constituição, a doutrina e a jurisprudência. A lesão também existe na hipótese já referida em que a organização empresarial abre mão da dispensa por justa causa, embora tendo motivos para tanto, e opta pela dispensa injustificada, com pagamento integral das rescisórias.

O empregado recebe e, depois, ajuíza ação pretendendo que só poderia ter havido dispensa por justa causa. Invoca o regulamento empresarial que trata do “*iter*” em casos tais, e não raro obtém provimento jurisdicional concessivo até de reintegração.

A empresa acaba punida porque indenizou o empregado, que com isto concordou expressamente. Em “*sui generis*” situação, é apenas porque cumpriu a regra tanto do art. 7º, inc. I da Lei Maior do país, como do art. 477 da CLT!

A concessão de uma vantagem imprevista pela Constituição Federal, a partir de contratos tipicamente privados, como o coletivo ou o regulamentar de trabalho, demanda extraordinária prudência do julgador e do

intérprete. Afinal, a interpretação do que houve na vontade de uma das partes é um ato de extremo subjetivismo.

Não há lugar, aqui, para o velho axioma “*na dúvida, em prol do empregado.*” Primeiro, porque a matéria é constitucional. Segundo, porque estamos diante de contratações coletivas, no caso do acordo e da convenção, em que as partes se encontram teoricamente no mesmo plano, sem hipossuficiência. Já que os próprios empregados estão assistidos por suas lideranças sindicais. E, no regulamento empresarial, o contrato é de adesão, mas a cláusulas benéficas.

3. Instituição da Estabilidade Regulamentar ou da Normativa

O texto constitucional não impede, como é óbvio, que tanto nos acordos e convenções, como no próprio regulamento empresarial, haja a concessão estabilitária. Na prática, porém, a instituição da vantagem implica em renúncia ao direito de dispensa imotivada.

Até por isto mesmo, a renúncia a algum direito assegurado na legislação tem que ser expressa, inequívoca, sem titubeios. Sendo a estabilidade uma vantagem extraordinária, pressupõe, conseqüentemente, que sua existência se mostre evidente, com todas as letras. Haverá, quando dito no texto a ser confrontado que ela existe: não haverá, sempre que for imprescindível uma análise mais detalhada do conteúdo clausular.

A largueza interpretativa ocasiona situações absurdas. Acabam “reintegrados” empregados com pouquíssimos anos de casa – dois, três ou até menos. Requisitos evidentemente menores do que os exigíveis quando havia a própria estabilidade decenal.

Por outro lado, mesmo que se esteja diante de uma disciplina para apuração de faltas graves, o empregador pode dispensar sem justa causa, desde que pagando as indenizações legais. Entendimento diverso leva a uma dupla renúncia “tácita”: à inexistência constitucional de garantia de emprego e à auto-limitação ao poder de dispensa.

Tratando-se este de um direito quase potestativo, qualquer renúncia a ele teria que ser muito clara, límpida e evidente.

É o que diz a jurisprudência maior da Seção De Dissídios Individuais - SDI do TST:

“Não se divisa estabilidade de norma regulamentar que disciplina a despedida por justa causa, traçando, cautelosamente, para tal hipótese, a diretriz de apurar os fatos que a determinam. Estabilidade não se presume: há de resultar inequívoca e expressa a auto-limitação do direito potestativo de rescisão contratual.” (TST - SDI, E-RR 77.478/93, Ac. 2.889/96, rel. Min. JOÃO ORESTE DALAZEN, -in- “DJU”, 21/fev/1997, pág. 3.009, grifamos).

Referida decisão foi consequência da cuidadosa decantação jurisprudencial das próprias Turmas do C. TST, em etapas recursais anteriores:

“Não se infere a estabilidade do fato de o regulamento empresarial assegurar a apuração de falta grave aos casos de dispensa com justa causa. Tal previsão se prende à teoria dos motivos determinantes, pela qual os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos.” (TST, 2ª T., RR-89.439/93, Ac. 1.248/94, rel. Min. JOÃO TEZZA, -in- “DJU”, 10/jun/1994, pág. 14.953, grifamos).

São arestos confortados também pela doutrina. Em artigo paradigmático no “Repertório IOB de Jurisprudência, 5/96, pág. 77, o consagrado professor ARION SAYÃO ROMITA ensina inexistir dúvida que *“... a corrente doutrinária mais acreditada apoia o entendimento de que a Constituição em vigor exclui a possibilidade de reintegração: já que o art. 7º, I, manda a lei complementar prever indenização compensatória, implicitamente veda a estabilidade absoluta como regra geral (só a admite nas hipóteses taxativamente enumeradas: dirigente sindical, gestante e diretor de CIPA)”* - grifamos.

Como já dito, a instituição de estabilidade pode ocorrer no regulamento ou mediante acordo ou convenção coletivas de trabalho. Mas “instituir” quer também dizer “evidenciar”, “mostrar”, “revelar”. Injurídico, ilegal e inconstitucional “presumi-la” por interpretação lata, distanciada dos cânones.

Estabilidade não há, então, toda vez que se interprete que ela existe de modo meramente tácito, à vista da posição da jurisprudência superior, já transcrita. Garantia de emprego, tampouco, pois apenas se obriga o empregador a um rito, a um *iter*, ao seguimento de alguns passos quando da dispensa por justa causa.

Situação ainda pior envolve os chamados “grupos econômicos”. Com inusitada frequência, tem-se “estendido” a estabilidade meramente “interpretada” de uma das empresas componentes do conglomerado, para beneficiar a empregado que trabalha em outra. Ocorre aqui nítida infração ao § 2º do art. 2º da CLT, que não tem tal extensão, e também ao inc. II do art. 5º da Constituição Federal.

4) Violação do Art. 5º, inc. II da Constituição Federal de 1988

Diz o dispositivo em epígrafe: “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.*” (grifamos).

Tal princípio de suma relevância tem sido argüido, às vezes, com prodigalidade condenável. Mas é perfeitamente invocável em casos como os que se analisam.

Afinal, inexistente hoje no Brasil qualquer lei concessiva de estabilidade a empregado às vésperas de mal completar dez anos de trabalho. Tampouco há lei determinando garantia de emprego na mesma situação. Muito menos há lei proibindo que uma rescisão contratual trabalhista, originalmente por justa causa, seja alterada ainda a tempo, com supressão da causa e as devidas indenizações.

A concessão estabilitária, pelo Judiciário, contra o verdadeiro propósito da empresa, infringe o chamado princípio da legalidade, definido pelo ex-presidente do Excelso Supremo Tribunal Federal, o eminente Ministro JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO: “*Ninguém, brasileiro ou estrangeiro, pode ser compelido a fazer, a deixar de fazer ou a tolerar que se faça alguma coisa, senão em virtude de lei.*” (-in- “Constituição Federal Anotada”, Ed. Saraiva, 1986, 2a. ed., pág. 429).

Certo que se referia à Carta de 1969, mas o preceito é repetido literalmente na de 1988. A conclusão é também do mesmo autor e inafastável:

“Apenas a lei em sentido formal, portanto, pode impor às pessoas um dever de prestação ou de abstenção. (...) Toda a matéria referente à liberdade individual só pode ser normada por leis formais.” (-in- ob. cit., pág. 429, grifos do autor).

Os pedidos e muitos julgados em prol desta anômala estabilidade deixam geralmente de apontar um só dispositivo legal a ampará-los, à exceção do art. 9º da CLT. Toma-se ele polivalente, com emprego equivocado, como se fosse a panacéia para qualquer reivindicação. Ora, não basta alegar a fraude àquele dispositivo; é preciso demonstrar qual outro ampara a pretensão.

Já por aí, pois, é invocável o inc. II do art. 5º da Constituição Federal, mormente quando provocado por Embargos de Declaração, o magistrado vê-se impossibilitado de apontar qualquer artigo, alínea, inciso ou parágrafo de lei, que ampare sua decisão, exceto o já mencionado art. 9º da CLT!

Se é socialmente louvável a atitude empresarial de inserir o trabalhador de forma permanente na vida da empresa, dando-lhe garantia de emprego e até a própria estabilidade, em contrapartida não se lhe pode impor isto quase que “a ferro e fogo”, por decisão judiciária.

A simples vinculação a condutas para a dispensa por justa causa não transgredir lei alguma, nem instituir garantia de emprego, ou a estabilidade. Apreciando tema idêntico, deliberou o Egrégio TRT da 10a. Região (Distrito Federal) que:

“A mera alusão acerca do critério administrativo a ser observado para aplicação de penalidades, decorrentes de infrações regulamentares cometidas pelo empregado, não revela, por si só, a desejada estabilidade regulamentar, inibindo, por conseguinte, o exercício do poder potestativo de rescisão do contrato de trabalho, sem justa causa, insito à figura do empregador. Estabelecendo o regulamento interno as formas de ruptura do vínculo de emprego, sem ocorrência de qualquer infração, ou seja, a critério do empregador, não há como confundir-lo com as regras fixadas para a ultimação de penalidades vinculadas à ocorrência de infrações internamente disciplinadas.” (TRT-10ª Reg., RO 2.226/94, Ac. 1ª T., 2.545/94, rel. Juiz HERÁCITO PENA JÚNIOR, -in- “DJU”, 27/jan/1995, grifamos).

E, mais claramente, o E. Tribunal Superior do Trabalho, invocando até a norma em prol do empregador:

“O preceito regulamentar, no qual exige-se a apuração prévia de falta grave para dispensa do empregado, não se aplica à hipótese de restrição do vínculo de emprego sem justa causa, por ser uma faculdade inserida no direito potestativo do empregador de dispensar seus empregados, com o pagamento de todos os direitos trabalhistas, a teor do disposto no artigo 477 da CLT. Inexiste a garantia implícita de emprego e conseqüentemente inviável a pretendida reintegração.” (TST, RR 119.253/94.1, Ac. 1ª T., 3.928/96, rel. Min. JOÃO ORESTE DALAZEN, -in- “DJU”, 27/set/1996, grifamos).

5). Violação dos arts. 85 e 1.090 do Código Civil Brasileiro

É fundamental lembrar a plena aplicabilidade da legislação civilista à hipótese, diante da regra inserida no parágrafo único do art. 8º da CLT, *“verbis”*: *“O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.”*

Toda vez que uma decisão trabalhista amplifica o teor de um documento (o regulamento patronal), imaginando que nele consta o que efetivamente não consta, infringe os arts. 85 e 1.090 do Código Civil Brasileiro.

Esta ilegal ampliação interpretativa dá-se em vários campos: a) quando enxerga garantia de emprego no que é apenas a recomendação de um procedimento para os casos de infrações disciplinares dos empregados; b) quando vê, além da garantia, também a concessão de uma estabilidade; c) quando julga que a inexistente garantia (que geraria uma estabilidade...) impediria doravante qualquer ato de dispensa do empregado, mesmo que sem justa causa.

O intérprete tem que ir, conseqüentemente, ao todo do sistema jurídico normativo. Não pode centralizar a sua análise em um único dispositivo da CLT. Pesquisando com maior amplitude, verá que o CCB proclama sobre as declarações de vontade, no seu art. 85, que *“... se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem.”* (grifamos).

Indagará então o aplicador do direito, em perquirição meramente sumária, se da leitura dos documentos apresentados para exame, ou em juízo, houve intenção concessiva de estabilidade aos empregados, emanada da vontade do empregador.

Um passo seguro, para a melhor resposta, é ter em mente que se o empregador tivesse que conceder um benefício excluído genericamente pela Carta Magna, o faria sem formas vagas, dúbias ou titubeantes. Na dúvida, poderia um juiz decidir que “doamos” algum bem, por exemplo?

Toda concessão muito além do que a lei determina, há de constar evidente e transparente, e não amedrontada ou clandestina. Há de constar com letras de fogo nos manuais regulamentares. Há de estar ofuscante nos acordos e convenções coletivas. Logo à primeira vista, desnecessitará de circunlóquios interpretativos. Daí a sumariada da aplicação do art. 85 do CCB.

Em oposição, sempre que for necessário garimpar, esquadrihar e buscar a fundo o real sentido das palavras e das idéias, tem-se que este proceder já sinaliza em prol da parte supostamente concedente. A mera dúvida vem em seu favor, não do empregado, já que o tema não se inscreve dentre os de “proteção mínima” do trabalhador.

Quanto aos regulamentos, sempre que fixem um caminho para a aplicação de penalidades, consistem em um contrato de adesão de benefício. Afinal, bastaria ao empregador aplicar os arts. 477 e 482 da CLT a todo empregado que cometesse uma justa causa para o despedimento. Mas se prefere, antes, um ritual específico, a instituição desde mero procedimento já é um benefício aos empregados.

Desautorizado fica o Judiciário a substituir-se à vontade privada da parte, para alargá-lo além de seu real conteúdo, em matéria estabilitária. É que, segundo o art. 1.090, mais uma vez do Código Civil Brasileiro, “*Os contratos benéficos interpretam-se estritamente.*”

Enxergar em ditos ajustes mais do que já contém naturalmente, por liberalidade, equivale a dilatar, ampliar e aumentar o bem além do conteúdo originário, transformando-o às vezes em um mal para quem o concedeu.

Mas há algum critério que o intérprete ou o juiz possam usar, para guiar-se diante da necessidade de prestigiar a intenção do contratante do benefício, sem ampliá-la além do que se pretendeu?

BARROS MONTEIRO o previu com a concisão tão fiel a seu estilo: *“O intérprete deverá, conseqüentemente, procurando fixar a vontade, alumiá-la pelo que é usual no comércio jurídico, em casos semelhantes.”* (-in- “Curso de Direito Civil - Direito das Obrigações”, Ed. Saraiva, 1973, pág. 36, vol. 2, grifamos).

O “usual em casos semelhantes” evidentemente não é a outorga estabilitária por linhas travessas. Aliás, nem é “usual” que haja, hoje, a concessão de garantia de emprego, exceto nos estritos casos legais.

Conseqüentemente, nas palavras do saudoso J.M. DE CARVALHO SANTOS: *“... não deve o intérprete se afastar da significação própria dos termos do ato, a não ser que haja razões convincentes ou justas razões de crer que as palavras foram empregadas em outro sentido que não o natural.”* (-in- “Código Civil Brasileiro Interpretado”, Livraria Freitas Bastos, 12a. ed., vol. II, 1985, pág. 287, grifamos).

Não constitui uma “razão motivadora convincente” a dedução superficial de que, por haver instituição de procedimento disciplinar a seguir, está automaticamente configurada a estabilidade.

Por isto, paradigmática é a decisão do E. TRT-9^o, que, frente a situação em que a empregada, dispensada sem justa causa, postulava reintegração com base em normas internas patronais que asseguravam certo procedimento, para as dispensas injustas, assim deliberou:

“... entendo que a aludida cláusula não consigna qualquer estabilidade para o funcionário. Constitui apenas uma determinação interna de como agir em caso de demissão, sem qualquer vinculação, muito menos ensejando reintegração ao emprego, em caso de desobediência a tal determinação. (...) Ademais, saliente-se, a empregada foi demitida sem justa causa com direito a a pagamento de todos os haveres e indenizações, certamente.” (-in- RO-15.255/93, Ac. 5.249/95, 1^a T., rel. Juiz PRETEXTATO TABORDA, grifamos-seccionamos).

6. Violação do Art. 444 da CLT

A real sentido da negociação entre as partes deve sempre ser objeto de prestígio, diante da previsão do art. 444 da CLT, “*verbis*”: “*As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas...*” (seccionamos), com a condição de que não contrariemos as “*disposições de proteção ao trabalho*”, os acordos e convenções coletivas e as “*decisões das autoridades competentes*”.

Só se pode cogitar de “livre estipulação”, ao menos em relação à parte que “cedeu” beneficentemente, se o que ela “estipulou” dentro de uma das tríplices exigências do art. 444, é mantido intacto, sem dilatação externa do que de fato pretendeu no âmbito da empresa.

SAAD, com sua autoridade inegável, preleciona em comentário ao dispositivo, que ele “*preserva a liberdade de as partes contratarem o que lhes parecer conveniente...*” (-in- “CLT Comentada”, Ed. LTr., 30a. ed., 1997, pág. 294, grifamos-seccionamos).

Cerceia exatamente a “liberdade” de “uma” das partes de “contratar” o que lhe é conveniente, a interpretação que concede mais e além de sua vontade. Só haveria “espaço” para uma concessão maior, pelo Poder Judiciário, caso provado que o lado concedente agiu contra: a) as disposições protetivas do labor; b) os acordos e as convenções coletivas e c) as decisões das autoridades em ordem pública.

Do contrário, a sentença que se faça substituir pelo conteúdo regulamentar ou contratual estrito infringe o art. 444 da CLT.

7. Violação do inc. XXVI do art. 7º da Constituição e do § 1º do art. 611 da CLT

Em derradeiro argumento, agora quanto às convenções e acordos coletivos, sua “interpretação” além da vontade da parte concedente infringe tanto o inc. XXVI da Carta Magna, como o § 1º do art. 611 da CLT. Ambos determinam o “prestígio” da negociação coletiva.

Ora, se “a”, negociando com “b”, concedeu “x” e não “y”, a dação de “y” implica em desconsiderar aqueles dispositivos. O contrato resultante do diálogo entre as partes, quer a convenção, quer o acordo

coletivo, têm que retratar exatamente o que elas pretendiam e o que obtiveram.

Solução diversa implica em olvidar ambos os dispositivos que sufragam a negociação. Tão importante é ela que até mesmo a redução de salários – um dos pilares das relações trabalhistas - pode ocorrer por seu intermédio, como autorizado em outro inciso, o VI, do art. 7º da Carta Magna.

8. O Problema da “Reserva Mental”

Restaria, como derradeira questão, o problema da “reserva mental”. É lícito que o sindicato de empregados negocie uma cláusula com redação propositadamente dúbia, para vê-la aclarada em benefício de sua categoria, através da invocação posterior do Poder Judiciário?

O comportamento astucioso tampouco encontra respaldo jurídico, mormente em se tratando de estabilidade, que pode soldar vitaliciamente o empregado à empresa.

Uma tal atitude negocial, escamoteando as conseqüências por detrás das palavras, violaria o chamado “princípio da boa-fé”. Seria um evidente caso de “reserva mental”. A própria conjugação dos arts. 85 e 1.090 do Código Civil Brasileiro leva à desconsideração da reserva e a valoração exclusiva da declaração.

O juiz não pode deliberar ampliativamente que a intenção oculta, reprimida ou sufocada de um só dos contraentes era a obtenção ardilosa de uma vantagem, a ser implementada posteriormente, pela via judicial.

Uma vez mais, recorra-se a CARVALHO SANTOS: *“Se a intenção era outra, como no caso da reserva mental, não pode ser levada em conta, precisamente porque não se exteriorizou, devendo o intérprete ater-se unicamente à manifestação da vontade consubstanciada na declaração.”* (-in-ob. cit., vol. XV, grifamos).

O “pensar”, ou “supor”, ou “imaginar”, ou até o “querer ocultamente” e, pois, de modo malicioso ou solerte, por um dos contratantes, não pode gerar efeitos contrários à real intenção da outra parte, e mesmo sobre o que foi declarado tanto no regulamento, como no acordo ou na convenção.

Trata-se, aqui, de princípio antiquíssimo. Assim o ensina o professor JAIME CABEZA PEREIRO: *“En su versión originaria, la expresión “fides” se recogió del lenguaje vulgar para aludir a la conducta de actuar conforme a lo expresado, de modo que las declaraciones de quien así actuaba merecían la confianza de otras personas en base a su propia conducta pasada, de notoria honestidad y lealtad, que le confería una adecuada consideración social.”* (-in- “La Buena Fe en la Negociación Colectiva”, Ed. Escola Galega de Administración Pública, 1995, Santiago de Compostela, págs. 28-29, grifamos).

9. Conclusão

Podemos a esta altura concluir com as seguintes assertivas:

1º) A Constituição Federal de 1988, através do inc. I de seu art. 7º, extinguiu a estabilidade no emprego, exceto em restritos casos, nela própria previstos ou amparados. Em consequência, a instituição de estabilidade em regulamento de empresa, ou em cláusula de convenção ou acordo coletivo só se configura quando expressa com clareza, sem margem a dúvida alguma. Não enseja a estabilidade a mera vinculação a um procedimento para a dispensa justificada, ainda que descumprido, vez que inexistente a instituição inequívoca da vantagem.

2º) A estabilidade jamais pode resultar de interpretação de conteúdo dúbio ou lacunoso de cláusulas normativas ou regulamentares, ainda que atinentes a caminhos para a dispensa injustificada, sob pena de ser instituída sem lei, violando-se o inc. II do art. 5º da Carta Magna.

3º) Sempre que estiver o intérprete em dúvida, deverá considerar que a estabilidade é cláusula de benefício; portanto, a teor dos arts. 85 e 1.090 do Código Civil Brasileiro, aplicáveis subsidiariamente por força do par. único do art. 8º da CLT, a interpretação só pode ser restritiva. Ou seja, pela inadmissibilidade da vantagem.

4º) A decisão judicial que enxerga estabilidade em cláusula regulamentar ou normativa nebulosa viola o art. 444 da CLT, desprestigiando a livre negociação entre as partes.

5º) Igualmente, sempre que o intérprete tiver que abstrair da clareza da norma, para concluir pela existência da estabilidade, violará o inc. XXVI do art. 7º da Constituição Federal e o § 1º do art. 611 da CLT.

6º) A pretensão do empregado, ou de seu sindicato, de vislumbrar estabilidade em cláusula normativa ou regulamentar de benefício, quedando-se em possível “reserva mental” quando de negociações, viola o “princípio da boa-fé” que deve presidir sempre o diálogo coletivo, deixando de gerar consequências jurídicas.

O DIREITO, A QUÍMICA E A REALIDADE SINDICAL

Márcio Túlio Viana^()*

Dizia Nelson Rodrigues que toda unanimidade é burra. Aliás, talvez fosse por isso que ele torcia pelo Fluminense, e não pelo Flamengo, e durante toda a sua vida foi uma espécie de escritor maldito, atraindo amores e ódios, aplausos e críticas.

Hoje, embora o próprio Nelson tenha se tornado uma unanimidade, sua frase nos convida a refletir.⁽¹⁾ É preciso desconfiar dos modismos. Na verdade, é preciso desconfiar de nós mesmos, pois dia e noite - como nos bombardeios da OTAN - somos torpedeados por uma ideologia massacrante.

Essa ideologia nos revela coisas curiosas, como, por exemplo, que o melhor modo de proteger o emprego é desproteger o empregado; a melhor forma de resolver os problemas da Justiça é acabar com ela; a melhor maneira de servir ao interesse público é privatizar tudo o que existe.

Essa mesma ideologia nos diz que o grande mal dos nossos sindicatos é o corporativismo. Logo, se extinguírmos a unicidade, o poder normativo, a contribuição obrigatória e a idéia de categoria, todos viverão felizes para sempre.

O interessante é que esse discurso é entoado por trabalhadores e empresários, como se a todos interessasse o fortalecimento dos sindicatos profissionais. Mas é como o velho Nelson dizia: desconfiem das unanimidades! Na verdade, é preciso questionar a própria raiz do discurso: estaríamos nós, ainda hoje, vivendo num regime corporativista? Até que ponto, realmente, aquelas soluções beneficiariam os sindicatos?

^(*) *Márcio Túlio Viana é Juiz do TRT da 3ª Região e Professor da Faculdade de Direito da UFMG. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior.*

⁽¹⁾ *A atualidade da frase de Nelson Rodrigues foi lembrada, antes de nós, pelo colega Reginaldo Melhado, do Paraná, no excelente trabalho "Mundialização, neoliberalismo e novos marcos conceituais da subordinação", apresentado no último Congresso Nacional dos Magistrados do Trabalho, em 1998.*

Talvez a Química possa nos ajudar nessa resposta. Tomemos, por exemplo, uma reação conhecida: a água. Como sabemos, ela é o resultado da união de duas moléculas de hidrogênio e uma de oxigênio. Pois bem. Se trocarmos o oxigênio pelo enxofre, o resultado será ácido sulfídrico: uma substância pastosa, com um cheiro horrível, quase o oposto da água. Conclusão: às vezes, basta que um dos elementos se altere, para que toda a reação se modifique.

Ora: o modelo corporativo exigia vários ingredientes, usados em conjunto. O objetivo era controlar o sindicato, a fim de que o próprio Estado absorvesse a luta de classes. Desde 1988, porém, alguns dos ingredientes não mais participam da receita, exatamente porque não se persegue o mesmo fim. O Estado já não pode, por exemplo, intervir ou interferir na vida sindical. Por isso, o resultado da reação pode ser diferente.

Mas voltemos às nossas moléculas de hidrogênio e oxigênio. Se, ao invés de trocarmos uma delas, simplesmente as aquecermos, o resultado será um gás; se, ao contrário, as esfriarmos, obteremos água ou mesmo gelo. Isso nos mostra que a simples ação do ambiente pode alterar o radicalmente o resultado, mesmo quando os elementos da reação permanecem os mesmos.

Pois bem. Há dez ou vinte anos, qual era o ambiente em que se inseria a ação sindical? A grande empresa era vertical. Dominava, de alto a baixo, todas as etapas de produção, fabricando em massa, para um consumo de massa. Para isso utilizava trabalhadores também em massa, com tarefas fragmentadas, repetidas, e ao mesmo tempo homogêneas.

Esses grandes contingentes de operários, trabalhando nos mesmos locais, em jornadas plenas e por anos a fio, acentuavam uma velha contradição do sistema: a de ter de reuni-los em volta da máquina e não poder evitar que eles próprios se unissem. Além de carros e sabonetes, a fábrica produzia, assim, o seu próprio demônio.

A esse modo de ser da fábrica correspondia um modo de ser do sindicato. Também ele era grande, homogêneo, verticalizado. O pleno emprego se refletia no associativismo pleno. E, para completar, também o Estado era forte, grande, interventor.

Hoje, esse modelo está em crise. Para manter as taxas de dominação e lucro, a empresa tenta se enxugar, e para isso se automatiza, se reorganiza, se terciariza e - especialmente - terceiriza. Graças aos novos recursos, como a informática, ela se parte em pedaços, através das parceiras, sobre as quais conserva uma invisível relação de domínio.

Os resultados são basicamente três: a produtividade aumenta, os custos se reduzem e a resistência operária - tanto em nível individual, como na esfera coletiva - passa a ser coisa do passado. O próprio sindicato, símbolo e expressão dessa resistência, vive a maior de suas crises.

E por que o sindicato está em crise? A explicação é simples. Ao externalizar os custos, a empresa divide já não apenas cada empregado, mas a própria classe trabalhadora. E é nesse ponto, mais do que em qualquer outro, que reside a grande arma do novo modelo: ele resolve a contradição da fábrica enquanto local de trabalho e, ao mesmo tempo, de fermentação coletiva.

O ambiente mudou, e isso, como dizíamos, altera o resultado da reação química. Assim é que o pluralismo, por exemplo, tinha um significado bem claro - pois se opunha ao próprio controle que a unicidade trazia. Era, portanto, expressão de democracia. Hoje, embora conserve ainda um pouco desse significado, pode gerar maior fragmentação e, portanto, menor democracia.

Não queremos dizer, naturalmente, que o pluralismo - em si - seja um mal. Ao contrário: costuma ser um bem. Na verdade, nenhum dos elementos que formavam a receita corporativista tem significado unívoco: tudo depende dos outros componentes da fórmula e do entorno social, econômico, cultural e político. Num contexto às avessas, qualquer solução pode se tornar um problema, gerando efeitos também às avessas - a não ser que se articule com outras soluções.

Tomemos ao acaso um outro exemplo, ligado à questão da unicidade: a representação por categoria. Hoje, como sabemos, o sindicato combate por todos os que a integram, sejam ou não sindicalizados. Trata-se, como se diz, de outro ingrediente corporativista. Mas é o caso de se perguntar: num contexto em que as represálias à sindicalização são cada vez maiores, a inserção automática do trabalhador na categoria não seria um ponto positivo?

Se é bom que olhemos para trás, para ver o que o passado nos ensina, também temos de olhar à nossa volta, para ver o que o presente nos revela. Às vezes, o que parece velho pode ser novo, e o que parece novo pode repetir o velho. A CLT também nasceu num sistema corporativista, e se é verdade que contém algumas velharias, em grande parte continua nova. Aliás, tão nova que - para muita gente - nem foi aplicada ainda...

O que propor de concreto?

O sindicato está em crise, mas essa crise tem pouco a ver com um suposto modelo corporativista. Ela é imensamente mais profunda, e a prova disso é que existe não apenas em nosso país, mas em todo o mundo, mesmo nos países de forte tradição democrática.

Na verdade, a crise do movimento sindical se liga, especialmente, ao novo modelo econômico. É impossível haver um sindicato de massas homogêneas, regulares e uniformes, num contexto que busca o heterogêneo, o informal, o fragmentado. Por isso - e tal como acontece com o emprego - o sindicato vive, hoje, uma crise estrutural. No fundo, ele é logicamente incompatível com o modelo pós-fordista.

Para sair do impasse, é preciso que o sindicato imite a própria fábrica, pensando e agindo às avessas. Que também ele se horizontalize, mas sem perder a unidade de ação. Que lute pelo pluralismo, mas não para se fracionar em milhares de sindicatos de empresa, facilmente cooptáveis, e sim - ao contrário - para que possa alcançar os que já saíram da categoria e lutam para nela entrar: os incluídos e os excluídos de toda a espécie.

Que continue a defender o fim do "imposto", da representação classista e do julgamento das greves, mas articule fortemente essa luta com outra - tão ou mais importante - que é a da criação de mecanismos de apoio à ação de seus líderes. Que empunhe, com vigor, a bandeira da liberdade, mas sem se esquecer de que o seu maior problema, hoje, talvez seja a igualdade - tal como acontece com o próprio trabalhador individual.

A VERDADE PLEBÉIA E A PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO DO TRABALHO

Célio Horst Waldraff^(*)

I

No outono europeu de 1987 visitei pela primeira vez o *Pergamus Museum*, na, ainda, Berlim Oriental, de antes da queda do Muro (*Die Große Scheiße*). Este Museu é excepcional não apenas em seu acervo, mas também em sua própria história. Naquela visita havia bem em frente ao prédio do Museu uma gigantesca cratera de um dos bombardeios da Segunda Guerra, ainda não obturada. Isto não era de todo incomum na insolvente Alemanha Oriental, que somente reconstruiu integralmente sua arquitetura bombardeada para o aniversário de 750 anos da cidade — no ano seguinte. As festividades oficiais foram distintas na cidade dividida. Os orientais sequer reconheciam a condição de cidade a Berlim Ocidental, um entrave de ocupação capitalista dentro de seu território.

Esta é apenas uma das histórias tanto de Berlim, quanto do próprio Museu. É como se a história adquirisse um dramático caráter de processo e superação bem ao gosto de HEGEL, que aliás lecionou e morreu na cidade (em uma epidemia de cólera, em 1831).

Mas voltando ao Museu, de seu acervo consta a praça central da cidade portuária de Pérgamo, da Antigüidade Grega. Isto mesmo: a praça central da cidade! Antes de tudo talvez um dos maiores saques do século XIX (no século XX a dimensão destes saques imperialistas foram elevados à “nésima” potência, tanto quantitativa quanto qualitativamente, como se sabe). Um magnata alemão enriquecido pela revolução industrial acelerada pela unificação alemã — lubrificada pelos francos pagos como indenização da Guerra Franco-Prussiana — comprou todas as ruínas da praça central da cidade e a traficou de navio para Berlim.

(*) *Célio Horst Waldraff é Professor da UFPR, da Faculdade de Direito de Curitiba e do IBEJ. Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná e pela Universidad Internacional de Andalucia, Espanha. Juiz-Presidente da 1ª J.C.J. de Curitiba.*

Esta praça era, na verdade, um gigantesco monumento sagrado à vitória dos gregos sobre os persas nas Guerras Médicas, no quarto século antes de Cristo. O monumento retratava porém, o grande mito da *Titanomaquia*, a guerra divina em que os deuses olímpicos, liderados por Zeus, derrotaram as divindades titânicas, dirigidas pelo pai dos deuses, Cronos. A vitória dos olímpicos sobre os titânicos é utilizada como um simbologema com fortes contornos político-ideológicos, através da alegoria da vitória dos deuses olímpicos contra os ctônicos. Traduzindo: as divindades mais evoluídas, que representavam valores mais refinados, como a beleza, a música, a ordem, o amor, o comércio, a guerra, etc., derrotaram e lançaram no Tártaro divindades que representavam forças mais primitivas da natureza, como o tempo, a noite e o dia, o caos, etc. Curioso, aliás, que a vitória somente se consuma quando Têmis, velha conhecida de nós juristas, passa para o lado dos olímpicos. É que a deusa da Justiça é uma divindade titânica, e como tal da ordem universal primitiva, superada, mas que tinha que aderir à causa dos olímpicos para legitimá-la.

Os gregos interpretaram a sua vitória contra os persas como a vitória das forças mais evoluídas do universo contra o atraso. No fundo a vitória do sistema político grego, calcado na democracia de suas assembleias, contra a monarquia divinificada do grande rei persa.

É JUNG quem lamenta sempre a perda da força da simbologia nos tempos modernos. Os gregos divinificaram a sua vitória e galvanizaram a força de sua democracia pelo vínculo com o mito mais antigo e importante de sua cultura — o seu próprio Livro do Gênesis.

II

Mas este texto pretende ser um artigo técnico, muito embora com elementos de inter-disciplinariedade, a partir de uma leitura (ou releitura) de outro texto: *A verdade e as formas jurídicas*, de MICHEL FOUCAULT⁽¹⁾. Aliás, não se trata sequer de um texto, e sim da transcrição de uma série de Conferências de FOUCAULT proferidas aqui mesmo no Brasil, entre 21 e 25 de maio de 1973, na PUC do Rio de Janeiro. Estas exposições são importantes na medida em que constituem-se em reflexões prévias à uma das grandes obras de FOUCAULT, *Vigiar e punir*. Após 1969, quando editada *A arqueologia do saber*, até 1973, FOUCAULT nada publicou, e este

⁽¹⁾ *Rio de Janeiro: Nau Editora, 1996.*

ciclo de Conferências acaba por servir de roteiro para as pegadas até o **Vigiar e punir do Panóptico**⁽²⁾

Na segunda Conferência, FOUCAULT retoma dois mitos gregos distintos que refletem a simbologia nos sistemas políticos da Grécia antiga de cada época respectiva. Como se ressaltou em linhas anteriores, o simbologema e a sua anexação à própria construção política é uma peculiaridade não apenas na Grécia mas também em todas as sociedades antigas.

FOUCAULT inicia esta conferência chamando a atenção para a leitura limitadora que se fez modernamente dos mitos antigos, indicando o livro de DELEUZE e GATTARI, intitulado **L'Anti Édipe**.

“Deleuze e Guattari tentaram mostrar que o triângulo edipiano, pai-mãe-filho, não revela uma verdade atemporal, nem uma verdade profundamente histórica de nosso desejo. Eles tentaram mostrar que esse famoso triângulo edipiano constitui, para os analistas que o manipulam no interior da cura, uma certa maneira de conter o desejo, de garantir que o desejo não venha se investir, se difundir no mundo que nos circunda, no mundo histórico, que o desejo permaneça no interior da família e se desenrole como um pequeno drama quase burguês entre o pai, a mãe e o filho.

Edipo não seria pois uma verdade de natureza, mas um instrumento de limitação e coação que os psicanalistas, a partir de Freud, utilizam para conter o desejo e fazê-lo entrar em uma estrutura familiar definida por nossa sociedade em determinado momento.”⁽³⁾

⁽²⁾ Trata-se de uma metáfora utilizada por FOUCAULT para representar a construção da nova concepção do Estado para a Modernidade, a partir de um sistema penitenciário em que as celas eram todas vazadas e construídas a partir de um eixo concêntrico, onde um único vigilante poderia ver tudo o que se passava no interior destas celas. O panoptismo é retratado como um projeto mais amplo de apropriação integral do indivíduo, através da vigilância absoluta, pelo sistema de produção capitalista, especialmente pela utilização de todo o tempo da vida do indivíduo para a produção.

⁽³⁾ *Ob. cit.*, p. 29. Em outra passagem, por ocasião dos debates travados após a sua exposição FOUCAULT ainda afirma que a psicanálise é “uma espécie de instrumento de bloqueio pelo qual o psicanalista impede a impulsão [sic] e o desejo do doente de se libertar de se exprimir. Deleuze descreve a psicanálise como sendo, no fundo, um

Mas FOUCAULT remonta a uma passagem da *Iliada*, de Homero, que retrata uma pendência entre Menelau e Antíloco, por ocasião dos jogos sagrados alusivos à morte de Pátroclo. Em uma das corridas de carros deste jogos, Menelau acusa o Antíloco, o vencedor de haver cometido uma irregularidade, e contesta a vitória formalmente perante uma espécie de juízo da contenda. Antíloco nega a irregularidade, ao que Menelau o desafia: “*põe tua mão direita na testa de teu cavalo; segura com a mão esquerda teu chicote e jura diante de Zeus que não cometeste irregularidade*”⁽⁴⁾.

A disputa termina por aí mesmo, em vista deste desafio. A “prova dos fatos” é o repto de Menelau a uma espécie de juramento divino. Não se questionam de testemunhos, outras provas e julgamentos. Vale a prova e a verdade de um dos reis envolvidos no mito. Ainda que corneado pela esposa Helena, Menelau é um dos monarcas e como tal escolhido dos deuses e mesmo um outro herói grego, ainda que menor, como Antíloco, nem corre o risco de prosseguir a perlanga e confessa a fraude⁽⁵⁾.

Comentando a passagem, o nosso mitólogo JUNITO DE SOUZA BRANDÃO diz que

“É pena que o saudoso mestre francês se tenha esquecido de dizer que essa modalidade de juramento era feita em nome de Posídon, ‘o deus-cavalo’ e, por isso mesmo, se jurava ‘tocando os cavalos’, isto é, o próprio deus. E perjurar em nome de Posídon significava habitar mais cedo o Hades, para onde se poderia ir a cavalo ...”⁽⁶⁾.

A outra passagem mítica mencionada por FOUCAULT é muito mais recente e vêm do drama de Sófocles, *Édipo Rei*, escrito já na época da democracia grega.

O drama se passa em Tebas, após a ascensão de Édipo ao trono em vista de haver decifrado o célebre enigma da Esfinge e haver desposado Jocasta, a rainha viúva. Tebas é assolada por uma peste e o oráculo vaticinara

empreendimento de refamiliarização, ou de familiarização forçada, de um desejo que, segundo ele, não tem na família seu lugar de nascimento”(Ob. cit., p. 128).

⁽⁴⁾ Ob. cit., p. 32.

⁽⁵⁾ Com a nobreza típica dos heróis gregos, Menelau censura o oponente, tributando a fraude à juventude e o presenteia com a vistosa égua que serviria de prêmio pela vitória.

⁽⁶⁾ *Dicionário Mítico-Etimológico*. Petrópolis RJ: Vozes, 1991, vol. I, p. 83-84.

que tratava-se de uma punição contra a cidade, em vista de um parricídio impune.

Para nossos olhos modernos, quem fala de Édipo associa imediatamente à construção freudiana do complexo, envolvendo a atração pela mãe e o assassinio ritual ou subconsciente do pai. Para os gregos da época, todavia, a associação era distinta. O título da obra é traduzido como **Édipo Rei**, Οιδιπουζ τυραυυοζ,. Melhor talvez, Édipo Tirano. Esta é a associação da época, um tirano que acedeu ao poder por via de uma vitória⁽⁷⁾, mas que antes disto cometera um crime sacrílego: o assassinato involuntário de seu pai, então desconhecido.

O nome Édipo (Οιδιπουζ, pronunciado Oidípus) vem de Οιδειν (oideín) “inchar” e de πουζ, ποδοζ (pús, podós), pé, donde pés inchados, decorrente do fato de que antes de haver sido abandonado pelos pais, teve seus pés ou calcanhares perfurados e amarrados⁽⁸⁾

Toda a peça é uma espécie de romance policial da época para desvendar os fatos ocorridos antes da ascensão de Édipo ao trono. A verdade final é alcançada com os testemunhos do escravo Políbio e do pastor Citerão. O escravo Políbio relata a origem de Édipo, como o príncipe rejeitado pelos pais, em vista da profecia de que mataria o pai e desposaria a mãe, e toda a sua estória até retornar a Tebas. O pastor Citerão, relata o crime que pessoalmente testemunhou: o parricídio de Laio por Édipo.

Dentre outros fascinantes comentários de FOUCAULT, mais relevante é a menção à ascensão de Édipo ao poder, tributada à sua vitória sobre a Esfinge, por haver decifrado o seu enigma⁽⁹⁾. A ascensão ao poder por

⁽⁷⁾ “O tirano é, as mais das vezes, um líder proveniente da aristocracia, que se une à classe média e ao povo para defendê-los contra os nobres. ... por não reconhecer limites constitucionais a seu poder, o Týrannos acabou por tornar-se ‘tirano’ ” (BRANDÃO, Junito de Souza, *Mitologia Grega*, Petrópolis, RJ: Vozes, 1987, vol. I, p. 152.

⁽⁸⁾ Brandão, *Dicionário ...*, p. 305-306. A perfuração nos pés não tem muita explicação. Sabe-se que os pais de Édipo o abandonaram para morrer após a famigerada profecia do Oráculo de Delfos. Se foi abandonado para morrer, porque perfurar e atar os pés?

⁽⁹⁾ Esfinge vem de Φιξ (Phiks) ou Σφιζ (Sphiks), que significa envolver, apertar, comprimir, sufocar. Era uma leoa alada com cabeça humana, representando, na psicanálise, a feminilidade pervertida, a intemperança e a dominação perversa, que só pode ser vencida pelo intelecto (In BRANDÃO, *Dicionário ...*, p. 386 e 388).

um ato de ciência, de sabedoria, de conhecimento da verdade, de vitória contra um ser monstruoso que representa o ignoto, o primitivo, o irracional.

Esta situação todavia é falha, há um lapso de ignorância, de inciência por parte de Édipo, de cegueira — a ser melhor explorada por Sófocles em outro drama, *Édipo em Colona*, após o seu exílio e automutilação, cegando-se de remorso⁽¹⁰⁾.

A verdade íntegra somente é alcançada pela intervenção de dois testemunhos plebeus, a despeito da absoluta falta de dúvidas anterior quanto à inocência de Édipo. O seu juramento, a sua verdade e a sua sabedoria não eram suficientes para conhecer integralmente a verdade. Neste processo de ampla cognição, de acesso à uma verdade mais profunda, a intervenção de outros protagonistas sem *autoritas* é essencial para curar Tebas da peste. A tragédia de Édipo se completa com este descortino de outra verdade mais qualificada.

III

Estas duas alegorias, a partir de Homero e Sófocles, devem ser utilizadas como síntese artística daquilo que a ciência do Processo trataria como sistemas de gestão da produção e exame da prova. No primeiro caso temos o *Sistema da Prova Tarifada*, tão ao gosto dos medievalistas, em que a prova não era senão uma espécie de jogo, no qual o Juiz era uma espécie de mero *croupier*, que marcava os pontos alcançados pelas partes. Cada um dos meios de prova admitia uma determinada tarifação, um número de pontos, que era tributado a cada um dos contendores. Os pontos alcançados não eram mais que sinais da distinção divina outorgada ao contendor, reconhecido por Deus como aquele que tem razão. Toda esta lógica presidiu sistemas probatórios díspares como o temporal das justas e duelos e o canônico dos ordálios e provas divinas.

O enigma é conhecido: qual é o animal que, possuindo voz, tem quatro pés pela manhã, dois pés durante o dia, e três à noite. Édipo, o "pés-inchados" que fazia uso de um bordão para andar e reconheceu no enigma o homem: que na infância aprende a andar engatinhando, com os quatro pés, na idade adulta anda com dois pés, e na velhice anda apoiado (In BRANDÃO, Dicionário ..., p 310).

⁽¹⁰⁾ *Nesta peça, Édipo cego "enxerga" melhor a vida e as coisas. A cegueira é um ato que simboliza a conscientização transcendente.*

O outro sistema é o da chamado *Sistema do Livre Convencimento ou da Convicção Racional*⁽¹¹⁾ Trata-se da superação oferecida pelo projeto iluminista e da modernidade, a partir de toda a movimentação filosófica iniciada com o Renascimento, de reação aos padrões medievais de relação com a prova jurídica e científica. Ao fim e ao cabo pretende ser a superação do argumento de autoridade pelo argumento de razão ou fundamentação.

Este tipo de processo ainda não deixa de ser uma dialética de superação nas sociedades autoritárias. Os detentores dos meios de poder são também os detentores das formas de saber e sua expressão.

Todo o projeto de construção da moderna ciência do processo tem a ver com a adoção de uma lógica e uma gnoseologia que se adapte a sistemas racionais de prospecção da realidade fática.

IV

É ordinária e comezinha em qualquer apresentação didática a respeito de prova judicial uma classificação que distingue as provas segundo o seu momento de produção. As provas, por esta classificação, seriam pré-constituídas ou de produção prévia, e pós-constituídas ou de produção imediata em relação à pessoa do Juiz.

São pré-constituídas as provas produzidas antes da existência de um litígio. Nesta classificação se insere com especial ênfase, a prova documental, que e a prova pré-constituída por excelência, e na verdade já é produzida antes mesmo de se cogitar da possibilidade de um litígio. No mais das vezes, esta via probatória serve como instrumento assecuratório, através do qual as partes antes de tudo visam prevenir a existência de um litígio ou, ao menos, mitigar qualquer consequência probatória danosa dele oriundo.

As provas de produção imediata perante o Juízo da lide são produzidas após a própria materialização do litígio em um processo. Toda a sua cronologia de admissão, produção e valoração ocorre dentro de fases processuais típicas e decorrem da própria existência da controvérsia.

Tudo o que se expôs anteriormente a respeito da superação do sistema de prova tarifária, implica necessariamente, em certos âmbitos, na

⁽¹¹⁾ Talvez fosse o caso de distinguir também o Sistema do Livre Convencimento, puro e simples, no qual cada juiz decide como quer, do Sistema da Convicção Racional, no qual o juiz é livre para decidir, desde que fundamentando e motivando.

rejeição de elementos de prova pré-constituídos, a respeito dos quais não seja possível a todos os protagonistas da experiência processual, a crítica e a verificação através de métodos lógicos e científicos de aferição.

Por esta razão, no âmbito do Processo do Trabalho, em que há subjacente, ao menos no passado submetido à prospecção probatória, uma relação de poder entre os envolvidos, é necessária uma radicalização nesta liberação de qualquer tarifação de prova.

Com efeito, a relação de trabalho, em vista até de sua roupagem jurídica formal adotada no sistema legal brasileiro, reconhece como seu elemento constitutivo essencial, a subordinação, que é, antes de tudo, uma relação de poder material de um de seus protagonistas em relação ao outro.

Claro que esta relação de poder — que é antes de tudo um poder físico — contamina ou mesmo matiza toda a produção de provas pré-constituídas, em especial a prova documental.

Por outro lado, a não valorização destes meios de prova no âmbito do Processo do Trabalho implica em uma irritada reação da parte dos detentores daquele poder pretérito e que possuem em mãos todo um acervo probatório pré-constituído que, se admitido, pode ser decisivo na maioria dos casos para uma solução favorável do litígio. Em nenhuma outra área processual se repete com uma insistência tão neurótica (mesmo que não expressa), o velho rifão de que “a prova testemunhal é a prostituta das provas”.

Vale uma lacanianiana associação de termos. Não se trata tanto de uma prova prostituída, mas sim da prova dos constituídos, dos excluídos, dos plebeus, ou dos escravos e pastores, como em *Édipo Rei*. Também prostituta é a verdade oriunda desta prova prostituta.

E, claro, esta verdade prostituta, rota, esfarrapada, oriunda de testemunhos plebeus, que chega ao âmbito elitista do processo com todas as suas pompas, esqualida, tímida e titubeante. É presa fácil de qualquer crítica retórica, quando confrontada com um acervo documental imaculado, límpido, cristalino, alvo, filetado com timbres e borlas douradas.

Virgem e não prostituta.

Ou talvez nem tanto, mas de sua moralidade dúbia já não é elegante comentar ...

DIVISOR DE HORAS EXTRAS PARA BANCÁRIOS

James Josef Szpatowski^()*

Há tempos se discute o divisor de extraordinárias para os funcionários mensalistas das Instituições Bancárias e até mesmo de empresas que exercem atividades enquadradas em regimes especiais de trabalho

Grande controvérsia e dificuldade surge quando nos deparamos a casos de empregados que possuem jornada de trabalho contratual diferenciada e ímpar, como por exemplo aqueles que trabalham em um dia quatro horas, noutro seis e em outro, ainda, seis horas novamente Qual será o divisor se seu salário for pago mensalmente?

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a consequente redução da carga horária máxima semanal - antes de 48, agora de 44 horas -, bandeiras se levantaram nos Tribunais no sentido de nova fixação do divisor de horas para os empregados mensalistas, que até então restara pacífico em 240

Aplicava-se a literalidade do artigo⁽¹⁾ 64 , com sua remissão ao artigo⁽²⁾ 58 , ambos da CLT, ao efeito de multiplicar a duração do trabalho diário por trinta Isto é, oito horas diárias multiplicadas por trinta encontrava o divisor 240

E através do movimento doutrinário e jurisprudencial, com a jornada semanal máxima reduzida a 44 horas, passou-se a adotar o divisor 220 Mas, qual o critério para a obtenção desta marca? E a obtenção do

^(*)James Josef Szpatowski e Juiz do Trabalho Substituto do TRT da Nona Região

⁽¹⁾ Art 64 O salário hora normal, no caso de empregado mensalista, será obtido dividindo-se o salário mensal correspondente a duração do trabalho, a que se refere o art 58, por 30 (trinta) vezes o número de horas dessa duração

Parágrafo único Sendo o número de dias inferior a 30 (trinta), adotar-se-a para o cálculo, em lugar desse número, o de dias de trabalho por mês

⁽²⁾ Art 58 A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excedera se oito (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite

divisor advém da seguinte regra: carga horária semanal, dividida por seis - que são os dias úteis trabalhados, ou não - multiplicados por trinta dias do mês.

Por exemplo: 44 horas semanais, divididos por seis dias úteis (trabalhados ou não); o resultado multiplica-se por trinta; o divisor encontrado é 220 (duzentos e vinte). Neste trilho de raciocínio, quarenta horas semanais, divisor 200; quarenta e oito horas semanais (antes da CF/88), divisor 240.

Porém, ainda hoje, a prática forense demonstra que o critério mais utilizado para fixação do divisor de horas extras ainda é o resultado da multiplicação da jornada diária por trinta ou, senão, adota-se a jornada semanal dividida pelo número de dias trabalhados, sendo o resultado multiplicado por trinta.

Entretanto, tal sistema implica no risco de encontrar divisores idênticos para empregados que laborem, por hipótese, seis horas diárias em seis dias na semana (turnos ininterruptos de revezamento) e seis horas em apenas cinco dias na semana (bancários). Para demonstrar: 36 (seis horas em seis dias da semana), divididos por seis e multiplicados por trinta; resultado 180. E 30 (seis horas em cinco dias da semana), divididos por cinco e multiplicados por trinta; novamente o resultado é 180.

Com isso, a injustiça dos dois últimos critérios é evidente, pois é inquestionável e indutível que aquele empregado que trabalha apenas 30 horas semanais deve ter o valor hora superior ao daquele que trabalha 36 horas semanais.

Sustentam os defensores dos critérios hostilizados que na fixação do divisor há que se considerar que na remuneração do obreiro mensalista estão inseridos os DSRs, ao passo que sempre se deve observar na aplicação da regra os dias de efetivo trabalho. Contudo, ao indicar a reflexão das extras - quando habituais - nos DSR, acabam por considerar estes como apenas os domingos e feriados. Assim, o mesmo exemplo retro mencionado serviria a comprovar que aquele trabalhador de 30 horas semanais teria um valor hora igual (de forma injusta e irregular, proporcionalmente ao tempo de efetivo trabalho) do que aquele que trabalha 36 horas.

Veja-se que o sábado é dia útil não trabalhado. Tal posicionamento está em conformidade com a orientação contida no

Enunciado⁽³⁾ 113 do C. TST, certo que a própria norma legal, art. 224 da CLT, delimita que “...*A duração normal do trabalho dos empregados em bancos, casas bancárias e Caixa Econômica Federal será de 6 (seis) horas contínuas nos dias úteis, com exceção dos sábados, perfazendo um total de 30 (trinta) horas de trabalho por semana.*” (no original sem grifo).

Outro fundamento contrário que se levanta, seria de que a partir de 1989, com a vigência de uma cláusula de acordo coletivo de trabalho e do instrumento convencional do bancário⁽⁴⁾, o sábado passou a ser considerado como descanso semanal e, portanto, o divisor, pelo critério defendido, retornaria a 180. Equívoco, porém. A cláusula convencional, na verdade, apenas indica que as extras devem refletir nos DSRs, assim considerados os sábados, domingos e feriados. Não o transforma, entretanto, em dia não útil, pois para outras verbas com reflexões, como por exemplo comissões, os sábados não são considerados como DSR, pois conforme orientam as normas da exegese jurídica, a interpretação há de ser restritiva.

A registrar, as extras praticadas nos sábados devem ser remuneradas com o adicional normal e não de forma dobrada.

Mas, de qualquer forma, ainda que a interpretação da cláusula fosse extensiva, poderia se sustentar que as disposições inseridas nos instrumentos coletivos assim vigentes não possuem validade, pois estabelecem condições mais prejudiciais aos empregados, como a seguir se analisa.

Inicialmente poderia se imaginar que não, pois haveria além do domingos e feriados mais um dia de Descanso Semanal, e melhor, Remunerado. Esquecem-se, porém, que para os mensalistas o pagamento já engloba a quitação dos descansos semanais, ou seja, nenhum ganho surgiu aos empregados em instituições bancárias, que percebem por mês.

⁽³⁾ *O sábado do bancário é dia útil não trabalhado e não dia de repouso remunerado, não cabendo assim a repercussão do pagamento de horas extras habituais sobre sua remuneração (Res. Adm. 115/80, 22.10.1980, DJ 03.11.1980).*

⁽⁴⁾ *Adicional de horas extras - As horas extraordinárias serão pagas com o adicional de 50% (cinquenta por cento).*

Parágrafo Primeiro - As horas extras integrarão o pagamento dos repouso semanais remunerados (sábados, domingos e feriados), férias, 13º salário e gratificação semestral.

A prevalecer esta cláusula coletiva, no mínimo, deverá se obter - na época de sua primeira aplicação - um implemento salarial mensal, pois, caso contrário, estaríamos frente a um caso de redução salarial, pois o divisor que era 150 passou a ser 180, portanto com redução do valor hora, ou seja, que o montante mensal estaria quitando não mais apenas os dias de efetivo trabalho mais os domingos e feriados, mas, além deles, os sábados também.

Não há razão, portanto, para não considerar o sábado como dia útil não trabalhado.

Neste passo, a observar o critério defendido, o divisor para os empregados em estabelecimentos bancários com jornada de seis horas diárias de segunda a sexta-feira ou trinta horas semanais é 150, não obstante o teor da orientação jurisprudencial do Enunciado⁽⁵⁾ n.º 124 do C. TST, que, por sinal, é anterior a 1988.

Por derradeiro, de se referir que o Enunciado 267⁽⁶⁾ do C. TST foi revogado em razão do teor do Enunciado⁽⁷⁾ 343 do C. TST, pois houve adequação do divisor 240 para 220. Da mesma forma, espera-se que o Enunciado 124 do C. TST venha a ser substituído por outro com a orientação de 150.

A propósito, aos bancários sujeitos à jornada de oito horas diárias de segunda a sexta-feira, o divisor aplicável é 200 e não 220.

⁽⁵⁾ Para o cálculo do salário-hora do bancário mensalista, o divisor a ser adotado é o 180 (cento e oitenta) (Res. Adm. 82/81, 24.09.1981, DJ 06.10.1981).

⁽⁶⁾ O bancário sujeito à jornada de oito horas (art. 224, parágrafo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho) tem salário hora calculado com base no divisor 240 (duzentos e quarenta) e não 180 (cento e oitenta), que é relativo à jornada de seis horas (DJU 10.12.1987).

⁽⁷⁾ O bancário sujeito à jornada de oito horas (art. 224, parágrafo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho), após a Constituição da República de 1988, tem salário-hora calculado com base no divisor 220, não mais 240.

COMPENSAÇÃO ANUAL DE JORNADA E BANCO DE HORAS

José Affonso Dallegrave Neto^()*

Introdução

- 1. Acordo de compensação de jornada. Conceito e características**
- 2. Requisitos de validade do acordo compensatório**
- 3. Banco de horas de trabalho**
- 4. Efeitos do acordo descumprido na prática**
- 5. Hipóteses de aplicação da Súmula 85 do TST**
- 6. Efeitos e repercussões do acordo nulo**
- 7. A rescisão contratual e as horas não compensadas**
 - 7.1. Hipóteses de aplicação do § 3º do art. 59 da CLT**
- 8. Necessidade de previsão em acordo de prorrogação**
 - 8.1. A falta ao serviço como forma de compensação**
- 9. As horas extras oriundas da supressão de intervalos e de repousos remunerados**
- 10. Prorrogação em atividades insalubres**

Referências bibliográficas

() José Affonso Dallegrave Neto é Mestre em Direito pela UFPR, Presidente da APEJ – Academia Paranaense de Estudos Jurídicos, Professor da graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Curitiba, Advogado membro do LAP – Instituto dos Advogados do Paraná e do LAB – Instituto dos Advogados Brasileiros.*

Introdução

Nos últimos meses houve grandes alterações e inovações da legislação material trabalhista. Dentre elas mencionem-se, a título exemplificativo, o contrato a termo da Lei 9.601/98, o trabalho voluntário regulado pela Lei 9608/98, o trabalho a tempo parcial previsto no art. 58-A, da CLT, a suspensão temporária do contrato visando melhor qualificação profissional contemplado no art. 476-A, da CLT, modificações no PAT – Programa de Alimentação ao Trabalhador, bem como no Seguro-desemprego.

Desse alvoroçar normativo, o chamado *banco de horas*, oriundo da compensação anual de jornada, foi o mais sensível, sobretudo porque permite aplicação a todos os contratos individuais de trabalho.

Na esteira da política neoliberal adotada pelo Executivo e sob os auspícios do Congresso Nacional, o banco de horas traduz-se em mais uma medida de flexibilização das relações de trabalho. *In casu* o que se torna maleável é o sistema de compensação da jornada de trabalho, antes semanal, agora quadrimestral ou anual⁽¹⁾.

A flexibilização da jornada é uma tendência universal. Alfredo Montoya Melgar lembra que na Espanha, por exemplo, o Decreto-lei n. 1/86 alterou o art. 35.2 do Estatuto do Trabalhador para suprimir os limites diário e mensal em matéria de horas extraordinárias, perseguindo com isso os fins de flexibilidade na utilização de *las jornadas de trabajo* pelos empresários⁽²⁾.

No Uruguai, a Lei 15.996, em seu art. 1º, § 3º, deixa de considerar como horas extras “os casos em que se amplia a jornada de cada dia da semana para se poder desfrutar de um descanso semanal mais longo”⁽³⁾.

⁽¹⁾ *Pela alteração introduzida na Lei 9601, de 21/01/98, o fechamento da compensação tem que ser dentro do quadrimestre, ao passo que, por força da posterior MP n. 1709, de 06/08/98 (e suas reedições), o período para zerar a compensação é de no máximo 01 (um) ano. Ambas alteraram o § 2º do art. 59, da CLT, devendo prevalecer o prazo de um ano previsto na MP editada em data posterior à L. 9601/98.*

⁽²⁾ MELGAR, Alfredo Montoya. *O regime jurídico da jornada de trabalho e descansos legais na Espanha*. In: *Jornada de trabalho e descansos remunerados. Perspectiva ibero-americana*. Coord. Néstor de Buen. LTr. São Paulo, 1996. pág. 125.

⁽³⁾ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Jornada de trabalho e descansos remunerados no Uruguai*. Ob. citada. p. 339.

1. Acordo de compensação de jornada. Conceito e Características

Não é possível falar em banco de horas sem estudar o instituto jurídico da compensação de jornada. A interdependência é nítida. Mais do que isso, o primeiro é produto do segundo.

Por *acordo de compensação de jornada* se entenda o *ajuste* firmado para legitimar o excesso de jornada de um determinado dia de trabalho, em face do decréscimo proporcional de outro, dentro de um lapso temporal expressamente previsto em lei ou instrumento normativo da categoria profissional.

É de bom tom exaltar que o referido conceito está intimamente ligado à idéia de *proporcionalidade*, ou seja, só há que falar em ajuste compensatório quando ao final do período preestabelecido for ultimado o exato contrapeso entre o aumento e o decréscimo das horas de trabalho. Somente nessa perspectiva, poder-se-á enfrentar os casuísmos nele circunscritos.

O acordo de compensação de jornada é um contrato *acessório* ao contrato individual de trabalho. Sendo um *contrato*, necessariamente é um negócio jurídico bilateral. Neste caso o contrato é do tipo consensual, solene e sinalagmático.

Consensual é o acordo compensatório que nasce de um consenso das partes⁽⁴⁾. A despeito do contrato individual de trabalho ser do tipo *por adesão* - e, por corolário, também o são, via de regra, os seus contratos acessórios - não se pode olvidar a lição de Evaristo de Moraes Filho: "o empregado adere às condições oferecidas pelo empregador, condições estas, entretanto, que devem obedecer todas as demais previamente inscritas e escritas pelas fontes normativas superiores"⁽⁵⁾. Conforme se verá adiante, são inúmeras as exigências legais para a validade do ajuste compensatório.

⁽⁴⁾ Ao contrário dos chamados contratos reais que se caracterizam com a tradição da coisa. Ex: compra e venda.

⁽⁵⁾ MORAES FILHO, Evaristo. *Introdução ao direito do trabalho*, 6ª ed., LTr., São Paulo, 1993, pág. 228.

Solene, ou formal, é o contrato que depende de forma prescrita em lei para ter validade⁽⁶⁾. A formalidade do acordo de compensação está expressamente prevista em lei, devendo ser escrito e chancelado pela entidade sindical da categoria. *Ex vi legis* do *caput* art. 59 da CLT e 7º, XIII da CF/88.

Sinalagmático ou bilateral é o acordo cujos contratantes se obrigam reciprocamente uns em face dos outros⁽⁷⁾. No ajuste compensatório há obrigação do empregado acatar as ordens decorrentes do *jus variandi* do seu superior hierárquico, no que tange aos acréscimos e decréscimos da jornada. Por outro lado, existe a obrigação do empregador em fechar a compensação, ou seja, zerar o banco de horas trabalhadas pelo empregado, de forma que todas elas sejam compensadas dentro do espaço predeterminado em lei.

2. Requisitos de validade do acordo compensatório

O instituto jurídico do acordo de compensação de jornada está expressamente disciplinado nos seguintes artigos:

Art. 59, par. 2º, da CLT:

“Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou contrato coletivo, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de *um ano*, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de 10 (dez) horas diárias.”

Art. 7º., XIII, da CF/88:

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

XIII – “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a *compensação* de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.”

⁽⁶⁾ RODRIGUES, Sílvio. *Dos contratos e das declarações unilaterais. Direito Civil*, Vol. 03, 23ª ed., Saraiva, São Paulo, 1995, pág. 34.

⁽⁷⁾ *Nesse sentido é o art. 1102 do Código Civil Francês que inspirou o nosso atual CCB de 1916.*

Importante registrar que o primeiro artigo não foi revogado pelo segundo. A LICC - Lei de Introdução ao Código Civil - não deixa dúvida, quando em seu artigo 2º, § 1º.: estatui que a lei posterior revoga a anterior quando assim o declare *ou* quando com ela for incompatível *ou* quando regule por inteiro a matéria. Não é, pois, o caso. O dispositivo constitucional, além de compatível, é complementado pela regra do art. 59, par. 2º, da CLT⁽⁸⁾.

À luz do artigo 6º da Lei 9601/98, o período máximo para que a compensação seja ultimada é de 120 (cento e vinte) dias. Contudo, por força da atual Medida Provisória n. 1779-6, esse prazo foi majorado para 1 (um) ano⁽⁹⁾. Se houver aprovação dessa MP pelo Congresso Nacional, operar-se-á a revogação do dispositivo da Lei 9601/98. Havendo rejeição da MP, restaurar-se-á a eficácia da norma anterior⁽¹⁰⁾, fenômeno que em direito se denomina *represtinação*. Da mesma forma, com as sucessivas reedições da MP, o prazo de 120 dias da Lei 9601/98 fica provisoriamente (e quiçá definitivamente) sem efeito.

Dos dois dispositivos transcritos, extraem-se os seguintes requisitos legais de validade do acordo de compensação:

Acordo escrito e homologado pelo sindicato profissional.

Não há como se admitir o acordo compensatório verbal ou tácito. A lei prevê expressamente a sua forma escrita (*caput* do art. 58 da CLT), tendo o TST posição estribada acerca do tema, desde a edição da vetusta Súmula 108. Quanto à homologação do ajuste pelo sindicato profissional, trata-se de exigência decorrente da interpretação do art. 7º, XIII, da Constituição Federal, que prevê a compensação mediante “acordo ou convenção coletiva de trabalho”.

⁽⁸⁾ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Acordo de Compensação de Jornada de Trabalho*. In *Revista LTr.*, n. 61, Dezembro, São Paulo, 1997.

⁽⁹⁾ A primeira vez que esse prazo foi aumentado de 120 dias para 1 ano ocorreu com a MP n. 1709 publicada no DOU em 06/08/98. Posteriormente o tema foi agregado à MP n. 1779, a qual vem sendo reeditada de forma sucessiva.

⁽¹⁰⁾ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 6ª ed., RT, São Paulo, 1989, pág. 154.

Havendo necessidade de *referendum* em instrumento normativo, não se pode negar a imprescindibilidade da subscrição do sindicato obreiro⁽¹¹⁾. Nos termos do art. 614, § 3º da CLT, tanto a convenção, quanto o acordo coletivo não podem conter prazo superior a 2 (dois) anos. Logo, o acordo compensatório também terá duração máxima bienal, podendo, por óbvio, ser renovado quantas vezes for necessário de acordo com o referendo normativo sindical.

Frise-se a existência de dois prazos distintos: um anual para ultimar a compensação da jornada e outro bienal para o instrumento normativo referendar o banco de horas. É possível pactuar interregnos menores, porém, se forem ultrapassados tais prazos máximos, haverá nulidade do ajuste.

b) *Observância de limite diário de 10 (dez) horas diárias.*

O legislador, com a edição da Lei 9601/98 que alterou o parágrafo segundo do artigo 59 da CLT, teve a oportunidade de abolir o requisito em destaque. Porém assim não o fez, mantendo-o em pleno vigor.

E nem se diga que aludido limite de prorrogação de 10 horas diárias foi tacitamente revogado pelo art. 7º, XIII da Carta Constitucional. Em verdade não há qualquer incompatibilidade entre as duas fontes normativas. Ao contrário, o limite de 10 horas encontra-se em sintonia com o espírito manifestado pelo constituinte no mesmo artigo 7º, inciso XXII, cujo teor assegura ao trabalhador o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

É exatamente o escopo buscado pelo legislador da CLT, que estabeleceu o limite de 10 horas como forma de ilidir, total ou parcialmente,

(11) *Parece-me superada a discussão de que a expressão "acordo ou convenção coletiva" assinalada no art. 7º, XIII, da CF, quis se referir a acordo individual. A melhor interpretação sistematizada e ontológica do art. 7º, sobretudo no seu inciso XXVI, não dão margem a dúvidas: o acordo ali mencionado é o Acordo Coletivo de Trabalho. Tanto é assim que a recente Súmula 349 do TST ao examinar o assunto (requisito de compensação) fez questão de registrar a expressão "acordo coletivo ou convenção coletiva de compensação de jornada de trabalho". Não bastassem tais razões, todas as recentes edições normativas elencadas no tópico introdutório desse estudo exigem previsão em acordo coletivo ou convenção coletiva. Logo, não faz sentido insistir em tese diversa apenas para o banco de horas.*

os riscos de acidentes de trabalho. Segundo Rolando Murgas Torraza “está empiricamente comprovado que é maior a incidência dos acidentes de trabalho nas últimas horas da jornada”.⁽¹²⁾

Logo, sendo eficaz o dispositivo que veda o labor superior a dez horas diárias, não há como dar validade às jornadas “12 x 36” ou “24 x 48”. Nesse sentido é a recente ementa do TST, julgada em 17/03/99, que ora se transcreve:

“É ilegal o sistema de 12 horas de trabalho por 36 de descanso, que o legislador constituinte preocupou-se em inibir, a bem da higidez física do trabalhador, impondo limitação à jornada diária e semanal, somente admitindo a compensação de horários mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho (artigo sétimo, inciso treze, da Carta Magna).”(TST, RR 3778338/97, Ac. 2º T., Rel. Min. Valdir Righetto, in DJU I, 09/04/99, pág. 101)

Os efeitos da nulidade provocada pelo desprezo a esse requisito serão apreciados no item 05 adiante.

Compensação integral das horas prorrogadas.

Sem dúvida, o requisito mais importante é aquele exigido expressamente pelo parágrafo segundo do art. 59 da CLT: compensação “de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas ...”

Tal requisito confunde-se com o próprio conceito de acordo compensatório. Não dá para conceber ajuste de compensação que não atinja seu propósito, qual seja, o de estabelecer o equilíbrio entre as horas prorrogadas e as reduzidas.

Assim, qualquer “acordo compensatório” que, na prática, viole esse requisito estampado no art. 59, § 2º da CLT, será *nulo* de pleno direito.

Há dois argumentos jurídicos irrefutáveis para fundamentar essa posição. Primeiro a nulidade em face da *fraude à lei*, cujo instituto “assume relevância especial em matéria de legislação do trabalho, como em todos os

⁽¹²⁾ TORRAZA, Rolando Murgas. *Jornada de trabalho e os descansos no direito panamenho*. In obra citada. pág. 193.

ramos do direito protectivo”⁽¹³⁾ A legislação trabalhista contém artigo específico para declarar nulo qualquer ato que objetive fraudar os preceitos nela contidos Trata-se do art 9º da CLT, *in verbis*

“serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação ”

Saliente-se que quando o empregador rotula de acordo compensatório ajuste que não encerra compensação, estar-se-á diante de manifesta *fraus legis* Não há como admitir um acordo de compensação de jornada que, na prática, não compensa as horas de trabalho

Ao assim proceder, estar-se-á nominando de “compensação” um acordo nulo com o objetivo de livrar-se do pagamento como extras da jornada que sobeja o limite legal de oito horas

É de bom tom frisar, todavia, que a fraude à lei deve se caracterizar pelo nítido objetivo de burlar a lei através da via oblíqua. Há uma linha tênue entre o escopo fraudulento e o eventual descuido patronal Na *fraus legis* haverá um exagero de horas não compensadas ao final de um ano, enquanto que o mero *descuido* ocorrerá naquelas situações em que a sobra de horas não compensadas é ínfima Havendo dúvidas quanto ao *animus* patronal, deve o magistrado se socorrer dos princípios informadores do Direito do Trabalho razoabilidade, boa-fé e equidade ⁽¹⁴⁾

⁽¹³⁾ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante *Tratado de Direito Privado Vol 47, Rio de Janeiro, Borsoi, 1964, pág 494*

⁽¹⁴⁾ *Veja-se que a recente Orientação Jurisprudencial n 23 da SDI do TST adota critério razoável em relação aos minutos de preparo, ou seja, os primeiros cinco minutos são considerados de tolerância e por isso não são computados na jornada de trabalho para efeitos de horas extras Tal orientação apoia-se na equidade, boa-fé e razoabilidade que, por sua vez, devem também inspirar o excelso pretório trabalhista para fixar entendimento acerca de eventuais e mínimos extrapolações no banco de horas sem ensejar a nulidade decorrente da fraude a lei Conforme já tive oportunidade de expressar, a teoria da nulidade trabalhista leva-se em conta os princípios da proteção, boa-fé e razoabilidade, quando da fixação dos seus efeitos In: Contrato Individual de Trabalho – uma visão estrutural São Paulo, LTr., 1998, pag 161 e 162*

O segundo argumento decorre do próprio conceito de *nulidade* como lesão à norma cogente. Marcos Bernardes de Mello em preciosa obra⁽¹⁵⁾, leciona que a nulidade pode tanto resultar do agir em fraude à lei (*in fraudem legis agere*) como do agir contra a norma cogente (*contra legem agere*). Considerando que o parágrafo segundo do art 59, da CLT, expressamente determina que a compensação só é possível “de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas”, o desprezo a esse comando importa ofensa à norma impositiva e em conseqüente *nulidade* do acordo.

Banco de horas de trabalho

Registre-se, desde logo, que o banco de horas e o acordo compensatório fazem parte do mesmo instituto. O banco de horas nada mais é do que a sistemática adotada pelo empregador para compensar todas as prorrogações de horas de trabalho do empregado com as respectivas reduções. O controle deve ser feito individualmente por intermédio de uma ficha onde se consignará periodicamente o *quantum* extrapolado ou mitigado em relação ao limite semanal de 44 horas. Ao final de um ano, o empregador terá que, necessariamente, por cobro à compensação.

Assim, por exemplo, um empregado que labore:

Na 1ª semana: 50 horas Ficarà com um crédito de 6hs (excedentes da 44ªsemanal).

Na 2ª semana: 48 horas Crédito prol empregado de 4 horas excedentes da 44ª.

Na 3ª semana 40 horas Débito de 4 horas em relação ao limite de 44 semanais

Na 4ª semana. 54 horas. Crédito de 10 horas em prol do empregado.

..... até aqui temos um crédito de 16 horas em favor do empregado que ao final de 120 dias (ou 1 ano) deverá ser compensado com o correspondente decréscimo

⁽¹⁵⁾ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico Plano de Validade* São Paulo, Saravá, 2ª ed, 1997, págs. 81 a 85

A contagem dos extrapalamentos deve, em tese, ser feita minuto a minuto, vez que nos termos do *caput* do art. 4º da CLT, qualquer tempo à disposição do empregador, seja no aguardo ou na execução de ordens, é considerado de serviço efetivo.

Contudo, há certa polêmica quanto aos chamados *minutos de preparo* em que o empregado despense antes da anotação do ponto (vg.: na fila do cartão-ponto, na troca de roupa, etc.).

Recentemente o TST, através da Orientação Jurisprudencial da SDI, n. 23, manifestou sua posição:

“Cartão de ponto. Registro. Não é devido o pagamento de horas extras relativamente aos dias em que o excesso de jornada não uLTr.apassa de cinco minutos antes e/ou após a duração normal de trabalho. (Se uLTr.apassado o referido limite, como extra será considerada a totalidade do tempo que exceder a jornada normal).”

É sabido que os institutos da *jurisprudência* e das *súmulas* representam a interpretação dada pelo tribunal acerca de determinada *norma jurídica*. Não obstante nesse caso inexistir qualquer dispositivo legal que sirva de supedâneo para o verbete, entendo que a decisão encontra eco na equidade⁽¹⁶⁾ e no princípio da razoabilidade. A integração da lacuna é, portanto, válida com base no que dispõe o art. 8º da CLT. Tal sistemática de tolerância de cinco minutos alcança o banco de horas em estabelecimentos que necessitam de registro em cartão de ponto.

4. Efeitos do acordo descumprido na prática

A grande questão instigante, quando se estuda compensação de jornada e banco de horas, é saber os efeitos do ajuste que, ao final do prazo estabelecido antecipadamente, não conseguiu zerar a compensação. Como fica, por exemplo, a situação do empregado que, firmando acordo anual de compensação, ao final de um ano, detém um crédito de horas não compensadas.

⁽¹⁶⁾ Segundo adverte Roberto Norris, pelo conceito atual “deve-se entender a equidade como se constituindo em algo que se baseia na circunstância especial de cada caso concreto, atinente ao que for justo e razoável”. In: *Curso de direito do trabalho*, Vol. 1, São Paulo, LTr., 1998, pág. 48.

Amauri Mascaro Nascimento sustenta que “se esse número uLTr.apassar o total normal de horas do referido período, o empregador terá que pagar as horas excedentes com adicional”.⁽¹⁷⁾

Resta saber, contudo, quais horas serão pagas como extras: somente as não compensadas *ou* todas as excedentes do limite legal (8^h diária e 44^a semanal) ?

Para mim, não há dúvidas. As extras serão *todas* aquelas que uLTr.apassarem os limites legais, vez que o acordo de compensação é nulo, em face do seu descumprimento na prática. A propósito é a correta ementa a seguir transcrita:

Horas extras. Compensação de horário. Desrespeitado o acordo de compensação de horário, perde ele sua validade, passando o empregado a fazer jus, como extras, a todas as horas de trabalho excedentes da oitava diária. (TRT - 12a. Reg. - Ac. 2a. T. - 3.334/98 - DJSC, 28.04.98, pág. 207).

Nulidade e ineficácia situam-se em planos distintos. Via de regra, a nulidade implica ineficácia, ou seja, inaptidão para produção dos efeitos jurídicos desejados pelas partes.

Todavia, há casos especialíssimos em que mesmo nulo, o ato produz efeitos jurídicos. Exemplos são os chamados trabalhos proibidos, como o contido no art. 390 da CLT, que veda o labor feminino com dispêndio de energia muscular superior a 25 quilos. Há aqui nulidade por lesão à norma cogente. Todavia, trata-se aqui de uma *nulidade eficaz*, na medida em que há produção de efeitos jurídico-trabalhistas.

Esses efeitos do nulo “constituem sempre exceção à regra geral da ineficácia, que se justifica porque visa atender situações que envolvem interesses de proteção da família, da ordem pública e da boa-fé”⁽¹⁸⁾. É muito comum falar em *efeitos do nulo* nos ramos do direito que têm em mira a proteção do signatário mais frágil, como é o caso do direito do consumidor, direito do menor e direito do trabalho, dentre outros.

⁽¹⁷⁾ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 2^a edição, LTr., São Paulo, 1998, pág. 268.

⁽¹⁸⁾ MELLO, Marco Bernardes de. *Ob. citada*, pág. 184.

Na conjuntura sob análise, quem dá causa a nulidade do acordo de compensação é o próprio empregador que, dentro do seu *jus variandi*, determina o momento de prorrogar e reduzir a jornada de seu empregado. Por conseguinte, a invalidade não pode beneficiar o agente da torpeza. Em outras palavras: não há como amenizar os efeitos da nulidade do acordo de compensação em prol do empregador que foi negligente ao deixar uma sobra de horas prorrogadas e não compensadas. Oportuno registrar a regra do art. 159 do Código Civil:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

Conforme já foi mencionado, além da lesão à norma cogente, o comportamento do empregador pode ser considerado fraudulento, se com o nítido fim de desvirtuar o instituto da compensação para obter vantagem indevida. Cabe ao juiz analisar equitativamente cada caso concreto para saber se a fraude à lei está caracterizada. A presença de pouquíssimas horas não compensadas no curso de um ano, não dará ensejo a declaração de nulidade em face da inexistente malícia patronal.⁽¹⁹⁾

Por outro lado, em caso de configuração de nulidade, o pagamento não atingirá apenas as horas não compensadas, mas todas as excedentes da oitava diária. Pensar de forma diversa é assegurar eficácia a um acordo nulo que foi descumprido por culpa (negligência *contumaz* no fechamento das horas) ou dolo (malícia fraudulenta) do empregador.

5. Hipóteses de aplicação da Súmula 85 do TST

Vislumbra-se uma variante nos efeitos do acordo nulo, quando da aplicação da Súmula 85 do TST, assim prescrita:

“O não atendimento das exigências legais para adoção do regime de compensação de horário semanal, não implica na repetição do pagamento das horas excedentes, sendo devido, apenas, o adicional respectivo.”

⁽¹⁹⁾ No sentido de adotar critérios de razoabilidade, boa-fé e equidade, mencione-se, uma vez mais, o precedente da SDI do TST na Orientação Jurisprudencial n. 23 acerca dos chamados minutos de preparo.

Resta perquirir quais são as exigências legais para adoção do regime de compensação de horário capazes de se enquadrarem na Súmula 85 do TST.

Parece-me claro que são aquelas já enumeradas: a) acordo escrito; b) homologação pelo sindicato profissional; e c) observância do limite de 10 horas diárias.

Por certo o requisito *essencial* que impõe o fechamento da compensação resultante das somas das jornadas semanais no prazo legal de um ano *não* é atingido pelo verbete do TST. O motivo é simples, lógico e evidente: não havendo compensação ao final do prazo prefixado, o acordo firmado tornou-se inócuo, vez que *inexistiu* adoção do regime de compensação.

Dessa forma, desprezado este requisito, o empregador terá que remunerar como extras (hora normal cheia + adicional) todas as excedentes dos limites legais: oitava diária e quadragésima quarta semanal. Ao revés, se ocorrer o fechamento da compensação e houver descumprimento dos demais requisitos - acordo sem a chancela sindical ou extrapolamento do limite diário de dez horas - incidirá apenas o *adicional* da hora extra – Súmula 85 do TST.

Demonstra-se hipoteticamente.

Hipótese um: Presente o acordo escrito e homologado pelo sindicato, com a correta compensação das horas no prazo legal de um ano. Todavia em apenas cinco semanas, por exemplo, verificando-se o *labor superior ao limite de 10 horas diárias*.

Neste caso, a nulidade não contaminará todo o ajuste, mas apenas as partes *divisíveis*. Conseqüentemente, somente nas semanas em que houver violação ao limite de 10 horas a nulidade será proclamada, ensejando o pagamento do adicional de horas extras (Súmula 85 do TST). As demais semanas *imaculadas*, não importarão qualquer condenação de horas extras. Exegese da regra inscrita no art. 153 do Código Civil:

“A nulidade *parcial* de um ato não o prejudicará na parte válida, se esta for separável. A nulidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.”

Hipótese dois: Acordo regular em seu aspecto formal (escrito e homologado pelo sindicato), apresentando jornada superior a 10 horas em todos os dias de trabalho, como por exemplo o típico regime 12 x 36.

Neste caso todo o acordo é inválido. Entrementes, considerando que ao final de um ano nenhuma hora deixou de ser compensada, aplicar-se-á sobre *todo* o período a orientação da Súmula 85 do TST, a fim de evitar “bis in idem”.

Hipótese três: Presente o acordo escrito assinado pelo empregado, *sem a homologação sindical* e com a correta observância do limite de dez horas diárias e da compensação das horas no prazo estabelecido.

Nessa situação, será devido apenas o adicional das horas extras excedentes da oitava diária e quadragésima semanal. Haverá aqui aplicação da Súmula 85 do TST em todas as semanas integrantes do acordo que não atendeu o requisito da assistência sindical. A nulidade provocada pela ausência da chancela sindical inquinou todo o acordo de compensação.

6. Efeitos e repercussões do acordo nulo

Urge sistematizar os efeitos das várias espécies de nulidades até aqui expendidas:

Se não for preenchido o requisito essencial que impõe o fechamento anual da soma das jornadas, a nulidade importará ineficácia total do acordo de compensação, devendo o empregador pagar todas as horas extras que sobejarem o limite legal de oito horas.

Se na prática a compensação anual for regularmente satisfeita, contudo com a inobservância dos demais requisitos de lei – ausência de acordo escrito homologado pelo sindicato *e/ou* extrapolamento do limite de dez horas diárias- a nulidade será *parcial*, aplicando-se a Súmula 85 do TST no todo ou em parte do acordo, dependendo do caso.

Em quaisquer das hipóteses de pagamento das horas extras, cheias ou só o adicional, haverá incidência de reflexos.

Assim, assinala Amauri Mascaro Nascimento, “terá que incluir, em folha, especificamente, diferenças de remuneração do repouso semanal,

das férias, do décimo terceiro salário correspondente aos quatro meses do quadrimestre ou outras diferenças devidas em decorrência do cômputo das horas extraordinárias. Antes do final dos cento e vinte dias, como ainda não se saberá se são devidas horas extras – porque a compensação é permitida levando-se em conta esse período – a empresa não estará obrigada a pagar adicional de horas extraordinárias e reflexos”⁽²⁰⁾.

Valentin Carrion⁽²¹⁾ traz outra situação possível dentro dessa *fattispecie* ora analisada: sustenta que a empresa poderá solicitar a *qualquer tempo*, mesmo fora do período de um ano, o crédito que detém a seu favor, ao contrário do empregado que não poderá solicitar compensação do saldo positivo de suas horas prorrogadas que, ao final do prazo anual, converter-se-ão, necessariamente, em horas extras.

Pelo que já expus acima e considerando que o prazo legal de um ano existe para fechar o sistema compensatório, entendo, ao contrário do ilustre jurista, que o empregador não poderá compensar o saldo que lhe é favorável após o prazo de lei. Ao se posicionar negligente em relação ao direito que tinha para fechar a compensação no amplo período de um ano, a empresa não poderá fazê-lo *a posteriori*, sob pena de legitimar o ato do infrator legal e tornar letra morta o prazo estatuído no parágrafo segundo do art. 59 da CLT. Quanto à hipótese de saldo positivo em prol do empregado, já me manifestei anteriormente: o acordo é nulo e, via de regra⁽²²⁾, serão devidas todas as horas laboradas excedentes do limite legal diário e não somente o saldo das horas não compensadas.

7. A rescisão contratual e as horas não compensadas

Dentre as novidades trazidas pela Lei 9601/98, registre-se a introdução do § 3º ao artigo 59, da CLT, assim escriturado:

⁽²⁰⁾ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. LTr., São Paulo, 1998, pág. 268. A edição citada é de 1998, partindo o autor da compensação quadrimestral prevista na Lei 9601/98, posteriormente majorada para um ano em face da MP 1779.

⁽²¹⁾ CARRION, Valentin. *Comentários à CLT*, 24ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 1999, pág. 111.

⁽²²⁾ Ressalvado o caso de mero descuido em quantidade retraída de horas não compensadas, situação em que não se deve declarar a nulidade do acordo por questão de razoabilidade, boa-fé e equidade.

“Na hipótese de rescisão do contrato de trabalho sem que tenha havido a compensação integral da jornada extraordinária, na forma do parágrafo anterior, fará o trabalhador jus ao pagamento das horas extras não compensadas, calculadas sobre o valor da remuneração na data da rescisão.”

Trata-se de norma que determina ao empregador somente o pagamento das horas extras não compensadas. A despeito do dispositivo fazer menção a palavra “rescisão do contrato de trabalho”, entendo que este parágrafo deve ser melhor refletido e adequado a cada situação concreta.

Imagine-se que faltando apenas três dias para fechar o prazo anual da compensação, o empregado tenha um crédito de 145 horas prorrogadas e não compensadas. Nessa circunstância, impossível ao empregador fechar a compensação, pois ainda que se dispensem os três dias restantes, no máximo, irá se abater 24 horas (3 x 8h/dia) do banco de horas.

A negligência patronal ensejará, inevitavelmente, a nulidade do ajuste compensatório. A partir desta conjetura, o empregador, com o fito de escapar da inquinação do acordo, resolve dispensar sem justa causa o referido empregado, incidindo assim no § 3º, do art. 59, da CLT.

Diante desta suposição surge a indagação: o pagamento devido ao empregado incide apenas sobre as horas extras não compensadas (art. 59, § 3º) ou a conduta do empregador é fraudulenta, ensejando a declaração de nulidade do seu ato (art. 9º da CLT) e, por conseguinte, o pagamento de todas as horas excedentes da oitava diária ?

Não há dúvidas: a *fraus legis* é evidente. O intuito do empregador foi justamente de obstar, maliciosamente, a condição de nulidade do acordo, qual seja, impedir o aparecimento das horas extras não compensadas ao final do prazo legal.

Provada a fraude à lei, aplicar-se-á a primeira parte da regra do art. 120 do Código Civil:

“Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição, cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte, a quem desfavorecer.”

Assim, a rescisão com o manifesto fito de fraudar a lei implicará nulidade, devendo ser pago todas as extras transbordantes da oitava diária.

Mutatis mutandi, se a malícia for do obreiro que esperou ficar positivo o seu saldo do banco de horas para, abruptamente, demitir-se do emprego e levar a efeito a condição de nulidade do acordo, aplicar-se-á a segunda parte do art. 120 do digesto civil:

“Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição, cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte, a quem desfavorecer. Considera-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele, a quem aproveita o seu implemento.”

Neste caso, somente as horas extras não compensadas serão objeto de pagamento, não havendo que falar em extras excedentes da oitava diária. Observa-se mais uma vez que a *mens legis* tem em mira repelir manobras fraudulentas do empregador, ou mesmo do empregado.

Diante disso, a dicção do parágrafo 3º, do art. 59, da CLT, no sentido de pagamento apenas das horas não compensadas, impõe-se tão-somente às seguintes situações:

Qualquer hipótese de ruptura contratual de iniciativa ou culpa do empregado (rescisão por justa causa ou demissão de iniciativa do empregado);

Rescisão contratual de iniciativa do empregador, desde que não seja com o fito de desvirtuar a lei (*fraus legis*), ou seja, dentro de um período em que a compensação ainda fosse possível em relação ao período faltante ao término do prazo compensatório e as horas até então acumuladas.

No caso de contrato de experiência ou outra modalidade de contrato a termo a compensação deve ter como limite máximo o próprio prazo de expiração do contrato de trabalho. Por exemplo: firmado um contrato de experiência por 90 dias, tal prazo deverá ser também o da compensação. O negócio acessório (acordo de compensação) segue a mesma sorte do negócio principal (contrato de trabalho). Em assim não se observando, faz-se mister que o empregador, no momento da expiração do contrato a termo, esteja zerado na compensação. Caso contrário, se no momento do término do

contrato a prazo houver saldo de horas não compensadas em prol do empregado, o ajuste será nulo, devendo o empregador remunerar todas as horas excedentes aos limites legais (8^h diária e 44^a semanal).

Sendo aplicável o parágrafo 3º do art. 59 da CLT, é importante lembrar que o pagamento das horas extras não compensadas será calculado com base no valor remuneratório da data da rescisão.

Segundo José Augusto Rodrigues Pinto, caso a remuneração do empregado, na época da rescisão, seja inferior à do período da contabilização das horas extras, “seu cálculo deverá ser feito sobre a *maior remuneração que tiver recebido no período*”.⁽²³⁾

Finalmente se no momento da rescisão o saldo do banco de horas for favorável à empresa que tem trabalho a receber, os efeitos deverão obedecer a mesma regra do artigo 120 do Código Civil, ou seja, se a rescisão for de iniciativa do empregado e sem qualquer culpa do empregador, este poderá proceder o respectivo desconto do saldo do banco de horas, desde que tal ato seja expressamente contemplado no título normativo⁽²⁴⁾.

Ao contrário, se a dissolução do liame se der por iniciativa do empregador e sem qualquer culpa do empregado (inexistência de justa causa), o empregador assume o risco do seu ato não podendo descontar o saldo das horas⁽²⁶⁾ que se encontra a seu favor.

⁽²³⁾ PINTO, José Augusto Rodrigues. *Acordo de Compensação de Jornadas e o banco de horas na Lei 9.601/98*. In: *Revista “Ciência Jurídica do Trabalho”, ano 1, n. 03, 03/98, pág. 32.*

⁽²⁴⁾ *A exigência de previsão em instrumento normativo, torna-se necessária para adequar ao comando constitucional do art. 7º, VI que admite a redução salarial somente através de convenção ou acordo coletivo.*

⁽²⁶⁾ *Para João Augusto da Palma, em qualquer hipótese de rescisão, o desconto não pode ser procedido, “salvo se houver algum dispositivo a respeito na norma coletiva, resguardando a situação da empresa”. In: Contrato Provisório e banco de horas. LTr., São Paulo, 1998, pág. 117. Da mesma forma, para José Janguê Bezerra Diniz, havendo saldo negativo no banco de horas, “não cabe o desconto dessas horas não compensadas haja vista que o risco do empreendimento cabe ao empregador”. In: Do contrato por prazo determinado (temporário). Revista Gênesis de Direito do Trabalho, n. 68, 08/98, pág. 224. A minha posição, conforme manifestada no bojo deste estudo, não é tão simplista. Penso que os efeitos do saldo negativo irão variar de acordo com a modalidade de rescisão contratual. O risco econômico típico do empregador (art. 2º, da CLT) não é tão amplo como entende parte da doutrina. Da mesma forma, a norma*

8. Necessidade de previsão em acordo de prorrogação

Dentro desse tópico surgem algumas indagações: até que ponto o empregado pode resistir à determinação do empregador em realizar prorrogações e reduções de jornada ? Onde reside o limite entre o *jus variandi* do empregador e o *jus resistentiae* do empregado ?

Em conformidade com as lições de Márcio Túlio Viana, pode-se afirmar que “o contrato de trabalho tem uma peculiaridade – que é o poder diretivo. Pois bem: a sua contraface é o direito de resistência. Não, é claro, no sentido de que ambos possam atuar ao mesmo tempo, um anulando o outro. Mas no sentido de que o uso *irregular* do primeiro faz nascer o segundo”⁽²⁷⁾.

Destarte, se a ordem do empregador é mera consequência do que já fora pactuado em regular acordo de compensação de jornada, não vejo qualquer abusividade. O empregado terá que cumpri-la, sob pena de caracterizar indisciplina ou insubordinação. A Constituição Federal em seu artigo 5º, II, é incisiva a esse respeito: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa *senão em virtude da lei*”.

Portanto, se a lei expressamente prevê o acordo de compensação e sendo esse regulamente formalizado e executado, não há como o empregado resistir às ordens emanadas do empregador. Eventual recusa será ilegítima.

Urge investigar, todavia, quais são os limites dessa ordem patronal. Pode o empregador, por exemplo, pedir a sua bela secretária que cumpre expediente ordinário em horário comercial para que prorrogue sua jornada no período da madrugada: da meia-noite às 5 horas da manhã ? Ou, numa segunda hipótese, que ela prorrogue sua jornada em até duas horas, das 18h às 20h ?

Por que no primeiro caso a resposta aparenta ser negativa e no segundo positiva ?

coletiva, ao meu crivo, não pode ultrapassar os limites do art. 120 do CC, salvo se para beneficiar o empregado.

⁽²⁷⁾ VIANA, Márcio Túlio. Onde termina o “*ius variandi*” e começa o “*ius resistentiae*”. In: *Direito do Trabalho: estudos*. Coordenação: José Affonso Dallegrave Neto. LTr., São Paulo, 1997, pág. 137.

Tudo é uma questão de bom senso. O instituto do *jus variandi* está sempre associado a um comando decorrente de necessidade real de serviço, em prejuízo da ordem que escoa de mero capricho pessoal do superior hierárquico.

Assim, havendo necessidade imperiosa, a ordem será considerada *legítima*, mesmo que a convocação seja para laborar em plena madrugada. Em casos rotineiros, a prorrogação da jornada para posterior compensação deve atender parâmetros razoáveis; observar-se-á o limite de 10 horas diárias, sem maiores interrupções⁽²⁸⁾ e de preferência imediatamente após ou antes da jornada⁽²⁹⁾. Além dessa delimitação, a ordem patronal pode ser considerada irregular e abusiva.

É de bom alvitre que o empregador preveja no próprio acordo de compensação e no banco de horas a zona limítrofe em que poderá, a qualquer tempo, exigir prorrogações de seus empregados.

Por exemplo: o empregado trabalhará de 2ª a 6ª feira, das 8h às 18h, com duas horas de intervalo para almoço, podendo o empregador exigir prorrogações da seguinte forma: a) em até 1 hora antes do início da jornada; b) em até 2 horas após o término; c) em até 1 hora em face da diminuição do intervalo intrajornada; d) em até 4 horas nos sábados.

A previsão dos elastecimentos é recomendada como forma de assegurar o efetivo exercício do *jus variandi* do empregador. Caso contrário, ficando as ordens de prorrogação e redução ao talante exclusivo e ilimitado por parte do empregador, possível será a caracterização de ato *abusivo* e nulo, nos termos do art. 115, do Código Civil, que assim prescreve:

“São lícitas, em geral, todas as condições, que a lei não vedar expressamente. Entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o ato, ou o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes.”

⁽²⁸⁾ Não se olvide a redação da Súmula 118 do TST: “Os intervalos concedidos pelo empregado, na jornada de trabalho, não previstos em lei representam tempo à disposição da empresa, remunerados como serviço extraordinário, se acrescidos ao final da jornada”.

⁽²⁹⁾ No sentido de preferir os serviços e ordens imediatamente após ou antes da jornada, o legislador assim se manifestou no art. 465, da CLT, em relação a pagamento de salários.

O acordo, ao revés, evita justamente a imprevisibilidade e a arbitrariedade que podem ensejar a mácula do ato patronal. Ademais, se até mesmo, para que o empregado possa programar suas férias, a lei exige uma comunicação prévia de 30 dias antes do início de sua concessão (art. 135, CLT), com maior razão deve existir um planejamento prévio de quantas e em que período as prorrogações de jornada serão requeridas semanalmente.

Para Márcio Túlio Viana, “ainda que feito o ajuste, pode o empregado resistir à ordem para trabalhar além da jornada, a não ser, naturalmente, nas hipóteses do artigo 61 da CLT”⁽³⁰⁾. *Data venia* da posição do ilustre jurista mineiro, entendo que tal posição de resistência se aplica apenas no que tange àquelas horas extras que não são objeto de acordo compensatório.⁽³¹⁾ Havendo acordo firmado e cumprido nos exatos termos legais, não há qualquer ilicitude na ordem do empregador que se encontra em pleno exercício regular de um direito reconhecido, situação típica daquela cogitada no art. 160, I, do Código Civil.

Quanto aos casos especiais de *força maior* ou *necessidade imperiosa de serviço*, a convocação patronal sempre poderá ser feita fora dos limites previstos, devendo o empregado, sempre acatá-la. Exegese do art. 61 da CLT.

De forma acertada, Valentin Carrion assim compila o tema:

“Não há obrigação de prestar serviços além da jornada normal; a negativa será legítima, salvo nos estreitos limites de necessidade imperiosa ou força maior (art. 61). Para a exigibilidade, é necessário acordo escrito particular entre as partes ou norma coletiva (convenção, acordo ou mesmo sentença coletiva).”⁽³²⁾

8.1. A falta ao serviço como forma de compensação

Outra situação plenamente factível, a ser disciplinada neste acordo de prorrogação ou mesmo no instrumento normativo, é a possibilidade do empregado solicitar, *sponte propria*, que o labor acumulado em seu banco

⁽³⁰⁾ VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência*. LTr., 1997. pág. 271.

⁽³¹⁾ *Em conformidade com manifestação em artigo de minha autoria denominado: “Acordo de Compensação de Jornada de Trabalho”*. Ob. citada.

⁽³²⁾ CARRION, Valentin. *Comentários à CLT*, 24^a ed., Editora Saraiva, São Paulo, 1999, pág. 107.

de horas seja permutado por uma falta integral ao serviço em determinado dia de sua preferência⁽³³⁾. Em verdade, tal hipótese traduz-se em *autêntica* compensação parcial: ao invés de se diminuir algumas horas da jornada, o débito incidirá em determinado dia integral de labor.

Questão polêmica é saber se o empregador pode considerar como “falta ao serviço” a recusa do empregado em relação à ordem de prorrogação. Se a determinação estiver além do limite traçado no acordo ou mesmo fora do razoável, afigura-se, a recusa, como legítima, não cabendo a aplicação de qualquer sanção disciplinar (advertência ou suspensão) ou pecuniária (falta injustificada ao serviço). Se, ao contrário, a ordem estiver dentro do avençado, a resistência obreira dará ensejo a devida sanção.

Apesar de tais conseqüências disciplinares, em nenhuma das hipóteses pode-se considerar “falta ao serviço” ou mesmo “débito no banco de horas”, vez que tais enquadramentos partem sempre da ausência injustificada do empregado em relação a sua jornada normal de trabalho, nunca para convocação de labor suplementar.

9. As horas extras oriundas da supressão de intervalos ou repousos

Impende fazer a distinção entre a natureza jurídica das várias espécies de horas extras. Aquele labor extraordinário típico, resultante do serviço executado além dos limites diários e semanais tem, simultaneamente, natureza jurídica remuneratória e indenizatória. Remuneratória porque há um labor que deve ser remunerado. Indenizatória porque esse mourejo se deu em condição especial, além do limite contratual ou daquele tolerado por lei em oito horas, e, nessas circunstâncias, deve ser pago com o respectivo adicional indenizatório de no mínimo 50%.

Quanto aos efeitos, a essência remuneratória sobrepõe-se a natureza indenizatória. Daí a posição unânime de que o labor extraordinário oriundo do limite ordinário de oito horas diárias implica reflexos legais. Caso se admitisse a prevalência da natureza indenizatória, por certo não haveria que falar em consectários legais.

⁽³³⁾ É possível e razoável que o ACT ou CCT preveja, para essa hipótese, uma comunicação prévia e escrita do empregado, sujeita a apreciação do empregador.

Já as chamadas horas extras oriundas da supressão dos intervalos e repousos mínimos, e que são devidas independentes de causar labor além do limite normal diário, possuem outra taxionomia jurídica: a de verbas meramente indenizatórias. Estas, ao contrário daquelas, nada remuneram, mas apenas impõem o pagamento do adicional de hora extra como forma de indenizar o risco a integridade física do trabalho fora dos limites mínimos de segurança e medicina do trabalho. Nestas suposições, o adicional de extraordinariedade ou mesmo a dobra refletem medidas legais acoimadoras: visam a punição do empregador que desrespeita os limites mínimos de intervalos e repousos estabelecidos em lei.

Exatamente por esta natureza punitiva, diversa das extras típicas excedentes do limite legal de oito horas diárias, é que tais horas não integram o banco de horas. Não há como computar no acordo de compensação de jornadas as horas extras oriundas da supressão dos repousos (domingos e feriados) e dos intervalos mínimos (art. 66 e 71, § 4º da CLT). A perspectiva, o regramento e, sobretudo, a natureza jurídica são desiguais e incompatíveis⁽³⁴⁾. A propósito dessa ilação, Carrion adverte que “o descanso semanal remunerado, por ser instituto distinto, não poderá ser absorvido pela compensação”⁽³⁵⁾.

Observa-se, a título ilustrativo, que é igualmente de natureza punitiva a dobra prevista no art. 143 da CLT e que deverá ser paga pelo empregador quando não propiciar férias ao seu empregado dentro do período concessivo. Catharino, em obra clássica, relembra decisão do pretório regional, assim: “pagamento em dobro (art. 143, único da CLT) é penalidade que visa coibir a infração de um preceito legal”⁽³⁶⁾. Sob o mesmo fundamento, o art. 9º, da Lei 605/49 fixa o pagamento dobrado do labor em feriados sem a respectiva folga compensatória.

Afigura-se também como sanção, a decretação do pagamento como hora extra em face da supressão do intervalo intrajornada, nos termos do art. 71, § 4º da CLT. Trata-se do mesmo silogismo adotado pela jurisprudência quando determina o pagamento como extras das horas que

⁽³⁴⁾ CARRION, Valentin. *Obra citada*, pág. 111.

⁽³⁵⁾ CATHARINO, José Martins. *Tratado jurídico do salário. Edição fac-similada*. São Paulo, LTr., 1994. pág. 267. O autor se apóia nos escólios de FANTINI e LUDOVICO BARASSI.

⁽³⁶⁾ CATHARINO, José Martins. *Obra citada*, pág. 124.

suprimem o intervalo interjornada previsto no art. 66 da CLT e na hipótese da Súmula 110 do TST.

Ao fixar tal entendimento, o TST imediatamente propôs o cancelamento da Súmula 88 do TST que preconizava tão-somente a incidência de multa administrativa quando houvesse desrespeito ao intervalo mínimo que não importasse excesso de jornada⁽³⁷⁾.

Deveras, nestes casos, além do pagamento como extras, haverá incidência da multa administrativa. E nem se diga que tal fato importará bis in idem. Não há bitributação quando as finalidades são diversas: enquanto as multas administrativas têm por escopo reprimir as ocorrências de tais violações legais, possuindo assim, um caráter preventivo⁽³⁸⁾, o pagamento como hora extra, conforme já foi dito, encerra color punitivo em face da violação de preceito legal cogente.

Para elucidar o que se está a dizer, transcreve-se aresto de lavra do magistrado Antonio Carlos Chedid:

“A sonogação do descanso intrajornada implica infringência de um dispositivo legal (art. 71 da CLT) resultando na aplicação de penalidade administrativa e no dever de ressarcimento do dano causado ao obreiro. Os dois parâmetros legais não se excluem. Pelo contrário, se completam, na medida em que o primeiro visa preventivamente a reprimir a ocorrência do fato e o segundo a reparar o dano pelo descumprimento do preceito legal. Este entendimento foi hoje sufragado pela Lei n. 8.923/94, que alterou a redação do art. 71 da CLT.” (TRT, 12ª Região, Ac. 1ª T. - 4331/95, DJSC, 29/06/95, p. 59)

Tendo caráter punitivo, todas essas horas extras enquadram-se na categoria de verbas indenizatórias. Tal registro é importante para inferir que sobre elas não incidirão reflexos legais⁽³⁹⁾, nem tampouco descontos fiscais e previdenciários. Da mesma forma, sob esse prisma não se pode argumentar a caracterização de bis in idem nos casos em que a mesma

⁽³⁷⁾ O cancelamento ocorreu através da Resolução n. 42/95, in DJU, 17/02/95.

⁽³⁸⁾ Nesse sentido consultar Eduardo Carlos Pottumati: *A caracterização de horas extras em face da inobservância dos intervalos legais*. In: *Revista da LTr*. n. 62, 08/98, pág. 1040.

⁽³⁹⁾ Os chamados “reflexos legais” são aqueles em aviso prévio, férias, 13º salário e FGTS. Sendo o empregado mensalista, incidirá ainda reflexos em RSR.

jornada de trabalho importe horas extras cumulativas, porém de naturezas diversas.

Exemplificando: O empregado trabalhou na 2ª feira das 11h às 21h, com 30 minutos de intervalo intrajornada e na 3ª feira das 7h às 15h sem intervalo para almoço e descanso.

Nesse caso, o obreiro terá direito cumulativamente às seguintes horas extras:

1h30m excedentes da oitava diária;

1h30m em face da supressão do intervalo intrajornada (sendo 30 minutos na 2ª feira e 1 hora na 3ª feira) e, finalmente,

1 hora extra em face da inobservância do intervalo mínimo interjornada de 2ª para 3ª feira (11h – 10h = 1 hora).

Somente as primeiras (1h30m excedentes da oitava diária) é que terão natureza remuneratória. As demais horas extras apresentadas neste exemplo, classificam-se como indenizatórias.

Questão que desperta interesse dentro do tema compensação de jornada é saber como ficam classificadas aquelas horas que deverão ser pagas com o adicional de extraordinariedade em face do labor excedente ao limite de 10 (dez) horas diárias. Qual será a natureza jurídica naquelas já noticiadas hipóteses de aplicação da Súmula 85 do TST, em que ocorre compensação total ao final do prazo de um ano, porém com a constatação de labor diário acima do limite de dez horas ?

Veja-se que nestes casos o adicional é devido não para remunerar labor extraordinário (até porque parte-se do caso em que todas as prorrogações foram compensadas), mas apenas para punir o empregador que desrespeitou o limite legal de 10 (dez) horas no banco de horas. Logo, não há dúvidas: o adicional de horas extras é pago como verba indenizatória e, portanto, sem repercussões legais em outras verbas, tais como férias, 13º salário e FGTS.

Não é ocioso frisar que a previsão de limites mínimos de intervalos intra e interjornadas, de prorrogações diárias e de repousos

semanais e anuais remunerados colimam indenizar o risco sobre a integridade física do trabalhador e a coibir acidentes de trabalho motivados pela fadiga. Logo, integram a matéria atinente à medicina e segurança do trabalho que possui espaço especial dentro da legislação trabalhista

10. Prorrogação em atividades insalubres

Octavio Bueno Magano assevera com exatidão que “o capítulo da CLT, referente à medicina e segurança do trabalho é mais intensamente de ordem pública do que qualquer outro do mencionado diploma legal”⁽⁴⁰⁾.

Observa-se que a Constituição Federal não se furtou do papel tuitivo em relação a tal tema. Em pelo menos dois dispositivos deixa clara a sua preocupação:

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

XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;”

Art. 114 – parágrafo 2º : Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho. ”

Nessa mesma esteira axiológica é a dicção do art. 60 da CLT que condiciona a prorrogação da jornada em atividade insalubre à licença prévia do Ministério do Trabalho. Assim, por bom tempo surgiu a dúvida: o acordo de compensação que desprezar o referido requisito estará inquinado, ou não ?

A recente Súmula 349 do TST pacificou a matéria ao dispor que “a validade do acordo coletivo ou convenção coletiva de compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre prescinde da inspeção prévia da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho”.

⁽⁴⁰⁾ MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho. Volume 04, São Paulo, LTr., 1992, pág. 167.*

De acordo com o que assinala Sebastião Geraldo de Oliveira: “não se pode esquecer que o Direito à saúde do trabalhador é o complemento imediato e necessário do direito à vida, não podendo, de forma alguma, ser negociado. A conclusão inexorável, portanto, é que o Enunciado n. 349 adotou entendimento equivocado e deve ser cancelado.”⁽⁴¹⁾

O magistrado mineiro complementa⁽⁴²⁾ sua ilação, alertando que o Brasil está caminhando na contramão da história, porquanto, em 1932, era proibido o trabalho extraordinário em locais insalubres; posteriormente se permitiu a prorrogação da jornada mediante licença prévia do MTb e agora o Enunciado 349 do TST retira a força dessa exigência prevista no art. 60 da CLT.

Alice Monteiro de Barros vai mais adiante⁽⁴³⁾ ao propor a proibição de horas extras nos trabalhos insalubres e perigosos, considerando que “a exposição prolongada aos agentes agressivos pode causar danos irreparáveis à saúde do trabalhador”.

Referências bibliográficas

BARROS, Alice Monteiro. Duração do trabalho. Aspectos atuais e revisões necessárias. In: Revista Gênesis de Direito do Trabalho, n. 43, julho/96.

BUEN, NÉSTOR. Jornada de trabalho e descansos remunerados. Perspectiva ibero-americana. LTr. São Paulo, 1996.

CARRION, Valentim. Comentários à CLT. Saraiva, São Paulo, 1999.

CATHARINO, José Martins. Tratado jurídico do salário. Edição fac-similada. São Paulo, LTr. 1994.

⁽⁴¹⁾ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. Enunciado n. 349. In: *O que há de novo em direito do trabalho*. Coordenadores: Marcio Túlio Viana e Luiz Otávio Linhares Renault. São Paulo, LTr., 1997, pág. 283.

⁽⁴²⁾ *Idem*. *Ibidem*. pág. 283.

⁽⁴³⁾ BARROS, Alice Monteiro. Duração do trabalho. Aspectos atuais e revisões necessárias. In: Revista Gênesis de Direito do Trabalho, n. 43, julho/96, pág. 14. A jurista mineira propõe, também, a redução da jornada em condições insalubres, a exemplo do recente Código Paraguaio de 1993 que fixa em 6 (seis) horas diárias.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Contrato Individual de Trabalho – Uma visão estrutural. São Paulo, LTr., 1998.

_____. Acordo de Compensação de Jornada de Trabalho. *In* Revista LTr., n. 61, Dezembro, São Paulo, 1997.

DINIZ, José Janguê Bezerra. Do contrato por prazo determinado (temporário). Revista Gênesis de Direito do Trabalho, n. 68, 08/98.

MAGANO, Octavio Bueno. Manual de Direito do Trabalho. Volume 04, São Paulo, LTr., 1992.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico. Plano de Validade. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997.

MORAES FILHO, Evaristo. Introdução ao direito do trabalho, 6ª ed., LTr., São Paulo, 1993.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 24ª edição, LTr., São Paulo, 1998.

NORRIS, Roberto. Curso de direito do trabalho, Vol. 1, São Paulo, LTr., 1998.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. Enunciado n. 349. *In: O que há de novo em direito do trabalho*. Coordenadores: Márcio Túlio Viana e Luiz Otávio Linhares Renault. São Paulo, LTr., 1997.

PALMA, João Augusto da. Contrato Provisório e banco de horas. LTr., São Paulo, 1998.

PINTO, José Augusto Rodrigues. Acordo de Compensação de Jornadas e o banco de horas na Lei 9.601/98. *In: Revista “Ciência Jurídica do Trabalho”,* ano 1, n. 03, 03/98.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado. Vol. 47, Rio de Janeiro, Borsoi, 1964.

POTTUMATI, Eduardo Carlos. A caracterização de horas extras em face da inobservância dos intervalos legais. *In*: Revista da LTr. n. 62, 08/98.

RODRIGUES, Sílvio. Dos contratos e das declarações unilaterais. *Direito Civil*, Vol. 03, 23^a ed., Saraiva, São Paulo, 1995.

TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 6^a ed., RT, São Paulo, 1989.

VIANA, Márcio Túlio. Onde termina o *ius variandi* e começa o *ius resistentiae*. *In*: *Direito do Trabalho: estudos*. Coordenação: José Affonso Dallegre Neto. LTr., São Paulo, 1997.

_____. *Direito de Resistência*. LTr., 1997. pág. 271.

JURISPRUDÊNCIA

JUSTA CAUSA. PORTE DE ARMA DE FOGO.

O empregado que, no ambiente de trabalho, após envolver-se, ainda que em legítima defesa, em briga corporal com outro obreiro, e que demonstra, ao final, estar portando arma de fogo, incide em mau procedimento, autorizando, inclusive, tratamento diferenciado pela reclamada na aplicação da penalidade em relação ao desafeto.

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da MM. 1ª Junta de Conciliação e Julgamento de **PONTA GROSSA - PR**, sendo recorrente **LUIZ FERNANDO TOMASCHEWSKI DO CARMO** e recorrida **ASSOCIAÇÃO DO COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE CARNES DE PONTA GROSSA**.

I. RELATÓRIO

Inconformado com a r. sentença de fls. 67/68, que julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos na exordial, interpõe recurso ordinário o reclamante. Persegue a reforma do r. julgado no ponto em que concluiu pela existência de falta grave ensejadora de rescisão contratual por justa causa.

Contra-razões apresentadas (fls. 80/83).

O Ministério Público do Trabalho, através de parecer de fl. 86, da lavra do ilustre Procurador do Trabalho, Dr. Edmilson Rodrigues Shiebelbein, opina nos termos dos artigos 6º. XV e 83, II, ambos da Lei Complementar 75/93.

^(*) Publicado no Diário da Justiça do Paraná 14/05/99.

É o relatório.

II. FUNDAMENTAÇÃO

1. ADMISSIBILIDADE

Conheço do recurso ordinário do reclamante, presentes os pressupostos legais.

2. MÉRITO

a) Justa causa

Pretende o reclamante a declaração de rescisão contratual sem justa causa e, em consequência, o pagamento de verbas rescisórias.

Em contestação, a reclamada alegou que em 03/10/97 o reclamante envolveu-se em luta corporal com o Sr. Nelson Rosa dos Santos, empregado da reclamada, dentro do local de prestação de serviços, e que ao término do expediente o Sr. Cacildo Maceno Ferreira, também empregado da reclamada, presenciou o reclamante portando arma de fogo (revólver) e comentando a intenção de assassinar o Sr. Nelson Rosa dos Santos. Tais fatos, segundo a reclamada, rompeu a confiança depositada no autor, razão pela qual rescindiu o contrato de trabalho por justa causa.

Em razões-finais o reclamante, amparado em prova testemunhal alega que foi agredido pelo Sr. Nelson; que sempre se comportou calmamente; que “embora tenha ameaçado vingar-se do Sr. Nelson, efetivamente nada fez contra o mesmo” (fl. 60).

A primeira testemunha indicada pela reclamada, Sr. Cacildo Macedo Ferreira, afirmou “que após a briga viu o autor nervoso e portando um revolver; que conseguiu tirar a arma do autor e entregá-la a sua genitora; que não presenciou a briga;... que somente viu o autor nervoso, mas este não ameaçava de morte ninguém...” (fl. 19).

A segunda testemunha indicada pela reclamada, Sr. Paulo Henrique Ferreira Pinto, afirmou “que somente presenciou a discussão entre o autor e o Sr. Nelson; que após sair da câmara fria, já encontrou os dois brigando; que não sabe dizer se o autor portava arma de fogo ou outra espécie;

que após a briga, o Sr. Luiz Fernando ainda fazia muitos gestos; que passados 10 a 15 minutos da briga o autor fazia gestos que ia “dar um fim” no outro funcionário com quem havia brigado; ... que os gestos feitos pelo autor eram no sentido de passar o dedo no pescoço” (fl. 20).

A Sra. Natália Tomaszewski, genitora do reclamante, em depoimento, declarou, a princípio, que não recebeu arma do Sr. Cacildo. Todavia, através de acareação, afirmou que “realmente lhe foi entregue um revólver, mas também que o Sr. Cacildo portava arma.” (fl. 20).

Analisando a prova testemunhal, constante dos autos do processo, verifica-se que houve discussão entre o autor e o Sr. Nelson, culminando em agressões físicas mútuas; que o autor portava arma de fogo dentro do local de prestação de serviços.

Não há dúvida de que a atitude do reclamante caracterizou-se como mau procedimento, consistente “em todo ato que revela quebra do princípio de que os contratos devem ser executados de boa-fé” (DÉLIO MARANHÃO, *in* Instituições de Direito do Trabalho, LTr., São Paulo, Vol. 1, 15ª ed., 1995, p. 561). Concordo com o MM. Juízo de origem de que, inobstante a gravidade do ato, o motivo que resultou na despedida do autor, não foi a briga com o Sr. Nelson, mas o fato de o autor portar arma de fogo no local de prestação de serviços e ameaçar o colega de trabalho, conforme restou provado pelas testemunhas.

Importa realçar que a arma, segundo se extrai da prova, foi retirada do autor por outro colega de trabalho, no mesmo dia em que ocorreu a agressão mútua entre o autor e o Sr. Nelson, demonstrando que o recorrente portava arma de fogo. Fato suficiente para configurar a falta grave e, inclusive, legitimar a atitude discriminatória adotada pela reclamada em relação ao Sr. Nelson, que participou da agressão, desde que não há notícia nos autos de que este teria sofrido qualquer punição, mesmo, saliente-se, resultando demonstrado nos autos que envolveu-se, em dias anteriores, em briga com outro empregado, conforme confessado pelo preposto e relatado no BO de fl. 9.

Assim, independentemente de quem haja iniciado a discussão, do passado funcional ou do temperamento do reclamante (relatado como calmo pelas testemunhas), o fato é que a atitude do mesmo, em portar arma de fogo no local de trabalho e ameaçar de morte o Sr. Nelson, implicou em

quebra de confiança, autorizando a atitude diversa de tratamento. A ameaça à vida de empregado por outro não deve sofrer correção paliativa. A gravidade do ato, a meu ver, justifica a ruptura brusca do vínculo empregatício por justa causa, inadmitindo, assim, a figura da culpa recíproca, invocada pelo recorrente.

Portanto, incensurável a r. sentença.

ISTO POSTO, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso ordinário do reclamante, nos termos da fundamentação.

Pelo que,

ACORDAM os Juizes da Terceira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **EM CONHECER DO RECURSO DO RECLAMANTE**: no mérito, por igual votação, **EM NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

Custas inalteradas.

Intimem-se.

Curitiba, 07 de abril de 1999 - **ROSALIE MICHAELE BACILA BATISTA** – Presidente - **WANDA SANTI CARDOSO DA SILVA** – Relatora.

DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA JURÍDICA. DECLARAÇÃO E LIMITE DE DIRIGENTES SINDICAIS COM DIREITO À GARANTIA PROVISÓRIA DE EMPREGO. INCABIMENTO. Em que pese ser possível a obtenção, via Ação de Dissídio Coletivo de Natureza Jurídica, de uma interpretação de norma jurídica, tal possibilidade é bastante restrita, sendo incabível em relação a uma norma legal de caráter geral, que não se destine apenas às categorias envolvidas no conflito, atingindo uma universalidade de trabalhadores, como “in casu”, onde se busca a declaração de que o número de dirigentes sindicais com direito à garantia provisória de emprego restringe-se ao limite fixado pelo Artigo 522, da CLT. A declaração pretendida não é particular às categorias econômica e profissional, representadas no Dissídio Coletivo que se cuida, pois o interesse ultrapassa o âmbito da categoria, para ser, em abstrato, de todo o patronato, extrapolando, inclusive, o campo de ação da atividade do Suscitante. A se entender contrariamente, duas conseqüências alternativas, no mínimo, e juridicamente impossíveis, poderiam ocorrer, quais sejam: ou uma interpretação da norma geral, válida somente para as categorias profissionais e econômicas envolvidas no dissídio, ou, uma interpretação genérica, e dada por um Tribunal Regional, mas com validade para todos os trabalhadores e empregadores abrangidos pela norma interpretada, mas não integrantes da categoria suscitante.

^(*) Publicado no Diário da Justiça do Paraná de 23/07/99.

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA JURÍDICA**, sendo suscitantes **SINDICATO DOS BANCOS NOS ESTADOS DE SÃO PAULO, PARANÁ, MATO GROSSO E MATO GROSSO DO SUL**, e **BANCO BRADESCO S/A; BANCO ITAÚ S/A; UNIBANCO - UNIÃO DE BANCOS BRASILEIROS S/A; BANCO NOROESTE S/A; BANCO MERCANTIL DE SÃO PAULO S/A - FINASA; BANCO MERCANTIL DO BRASIL S/A; BANCO HSBC BAMERINDUS S/A; BANCO MERIDIONAL DO BRASIL S/A e BANCO DO ESTADO DO PARANÁ S/A**, tendo como suscitado o **SINDICATO DOS EMPREGADOS EM ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS DE MARINGÁ E REGIÃO**.

RELATÓRIO

Os suscitantes instauraram a presente Ação de Dissídio Coletivo em face do suscitado, juntando a documentação necessária - procurações (fls. 13, 31 a 49), estatutos do sindicato (fls. 14 a 26); ata de assembléia e lista de presenças (fls. 27 a 29); recorte do jornal onde consta a publicação do edital de convocação para Assembléia Geral Extraordinária (fls. 30); documentos do suscitado (fls. 50 a 121). Novos documentos foram juntados às fls. 158 a 174 e 227 a 235.

Fixou-se à causa, para efeitos de custas, o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Para conciliação e instrução do processo foram realizadas audiências neste Tribunal nos dias 04 de junho de 1998 e 06 de agosto de 1998 (atas de fls. 128/29, 151/52) sendo a última transferida para o dia 29 de outubro de 1998.

O suscitado apresentou contestação às fls. 177 a 184, juntando procuração (fls. 185), estatutos (fls. 186 a 222) e ata de posse (fls. 131/32).

O Ministério Público do Trabalho, através da Dr.^a Margaret Matos de Carvalho, exarou parecer, fls. 246 a 263, arguindo, de ofício, preliminares de extinção do processo por ausência de negociação prévia e impossibilidade de interpretação de norma genérica. Opinando pela rejeição das preliminares de impossibilidade jurídica do pedido, litisconsórcio necessário e incompetência do TRT, argüidas pelo suscitado e, quanto ao mérito, se ultrapassadas as preliminares, pela procedência da ação.

VOTO

PRELIMINARMENTE

1) INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO (argüida em defesa pelo Suscitado - análise preferencial dada à matéria).

Aduz o Suscitado que, em face da necessidade do litisconsórcio necessário e, por obrigatória a discussão de questões fáticas e peculiares a cada um dos diretores, havia necessidade que o presente processo fosse instaurado em primeira instância e nunca no TRT, pois, ao contrário, estar-se-ia admitindo a supressão de instância com prejuízo de análise das provas.

Tratando-se de conflito trabalhista de interesse onde se busca a interpretação de normas já existentes, cuja aplicabilidade e extensão se discute, a competência originária é dos Tribunais Regionais do Trabalho, art. 678, I, "a", da CLT e Lei 7.701/88.

Rejeito.

2) IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO DE NORMA GENÉRICA

Trata-se, no caso, de Dissídio Coletivo de Natureza Jurídica, onde os Suscitantas objetivam a manifestação judicial, no sentido de se declarar e fixar o limite dos dirigentes sindicais detentores de garantia provisória de emprego.

A respeito da matéria, acompanho o posicionamento jurisprudencial de que, não cabe Dissídio Coletivo de Natureza Jurídica, conforme, inclusive, aduzido pela d. Procuradoria do Trabalho, quando seu objeto é interpretar lei de caráter genérico, aplicável indistintamente a qualquer categoria, como ora trazido para análise, onde o Suscitante busca, através da presente ação coletiva, que se declare que o número de dirigentes sindicais com direito à garantia provisória de emprego, restringe-se ao limite fixado pelo art. 522 da CLT.

A pretensão aduzida pelo Suscitante extrapola as categorias envolvidas no conflito, atingindo a universalidade dos trabalhadores, razão

porque, esbarra no óbice intransponível à apreciação meritória desta ação coletiva.

A declaração buscada pelo Suscitante não é particular às categorias econômica e profissional representadas no Dissídio Coletivo que se cuida, pois o interesse ultrapassa o âmbito da categoria para ser, em abstrato, de todo o patronato, extrapolando, também, o campo de ação da atividade do Suscitante.

Segundo dispõe o art. 313, II, do Regimento Interno do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, somente cabe Dissídio Coletivo de Natureza Jurídica, quando vise “interpretação de cláusula de sentenças normativas, de instrumentos de negociação coletiva, acordos e convenções coletivas, de disposições legais particulares da categoria profissional ou econômica e de atos normativos”, ou seja, incabível a interpretação de norma genérica através de Dissídio Coletivo de Natureza Jurídica.

Assim, considerando-se que a pretensão deduzida extrapola as categorias envolvidas no conflito, atingindo uma universalidade de trabalhadores, a análise meritória da matéria via Dissídio Coletivo, ainda que de natureza jurídica, encontra óbice intransponível.

A se entender contrariamente, duas conseqüências alternativas, no mínimo, e juridicamente impossíveis, poderiam ocorrer, quais sejam: ou uma interpretação da norma geral, válida somente para as categorias profissionais e econômicas envolvidas no dissídio, ou, uma interpretação genérica, e dada por um Tribunal Regional, mas com validade para todos os trabalhadores e empregadores abrangidos pela norma interpretada, mas não integrantes da categoria suscitante.

Portanto, por ser incabível a via eleita pelo Suscitante, julgo EXTINTO o processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso IV e VI do CPC.

Custas pelos Suscitantes, sobre o valor fixado R\$ 10.000,00, fls. 123.

Pelo que,

ACORDAM os Juizes da Seção de Dissídios Coletivos do E. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **REJEITAR** a preliminar de incompetência do TRT argüida pelo Suscitado, e, por igual votação, **ACOLHER** a preliminar de impossibilidade de interpretação de normas genéricas suscitada pelo MPT, para **EXTINGÜIR** o processo sem julgamento do mérito. na forma do artigo 267, incisos IV e VI, do CPC.

Custas na forma da lei.

Intimem-se.

Curitiba, 14 de junho de 1999 - **ADRIANA NUCCI PAES CRUZ** –
Presidente - **CARLOS BUCK** – Relator - **MARGARET MATOS DE
CARVALHO** – Procuradora Regional do Trabalho.

ASSÉDIO SEXUAL. PROVA DIFICULTADA. NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE INDÍCIOS PROBATÓRIOS. MOTIVO DA DISPENSA IMOTIVADA DIVERSO DO ALEGADO. A prova do assédio sexual fica dificultada porque o ato, via de regra, ocorre quando assediador e assediado estão a sós. No entanto, a suposta vítima há que trazer pelo menos indícios do alegado assédio, mormente quando a parte contrária nega tenha ocorrido o fato e que a dispensa imotivada se deu por motivo diverso, qual seja, baixa produtividade, desse ônus se desincumbindo satisfatoriamente.

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário provenientes da MM. Junta de Conciliação e Julgamento de **CIANORTE-PR**, em que são recorrentes **LUCINÉIA GONÇALVES DE SOUZA E MORENA ROSA INDÚSTRIA DE CONFECCÕES LTDA** (Recurso Adesivo) e recorridos **OS MESMOS**.

RELATÓRIO

A Reclamante busca a reforma da r. sentença para que lhe seja deferida indenização por dano moral.

A Reclamada, em recurso adesivo, alega incompetência desta Justiça Especial para apreciar pedido de dano moral e, no mérito, busca a reforma para excluir da condenação os honorários advocatícios; para que o índice de correção monetária aplicado seja o do mês posterior a prestação de

^(*) Publicado no Diário da Justiça do Paraná de 26/02/99.

serviços e para que seja autorizada a proceder os descontos previdenciários e fiscais.

Contra-razões recíprocas.

O Ministério Público do Trabalho opinou pelo conhecimento dos recursos e, no mérito, pelo não provimento da Reclamante e provimento parcial ao Recurso da Reclamada.

ADMISSIBILIDADE

Em contra-razões, a Reclamante pede o não conhecimento do Recurso da Reclamada, por deserto. No entanto, as custas e o depósito recursal foram efetuados, nos valores devidos (fls. 172/173).

Assim, por regulares, CONHEÇO do Recurso da Reclamante e do Recurso da Reclamada, bem como das respectivas contra-razões.

PRELIMINAR

INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

A Reclamada alega que a apreciação de pedido de indenização por dano moral não se insere na competência desta Justiça Especial.

De há muito está reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência a competência desta Justiça Especial para julgar pedido de indenização por dano moral.

O art. 114 da Constituição da República deixa certo que a esta Justiça compete julgar controvérsias oriundas da relação de trabalho.

Assim, competente esta Justiça para apreciar o pleito de indenização por dano moral, vez que decorrente da relação de trabalho mantida entre as partes.

Nesse sentido vem decidindo este E. Regional. Cito apenas alguns dos muitos arestos sobre a questão:

"JUSTIÇA DO TRABALHO. DANO MORAL. COMPETÊNCIA. Encarta-se na competência material da Justiça do Trabalho o dissídio individual entre empregado e empregador objetivando indenização por suposto dano moral infligido ao primeiro decorrente de despedida por desídia comprovadamente infundada. Art. 114 da CF/88. TRT-PR-RO 13.929/94 - Ac. 3ª T 19.869/95 - Rel. Juiz João Oreste Dalazen - DJPr 04/08/95.

DANO MORAL. Por força do disposto no artigo 114, da Constituição Federal, tem a Justiça do Trabalho competência material para apreciar e julgar pedido de indenização por dano moral, decorrente da relação de emprego. O dano moral é indenizável. Incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal. Ausente ilicitude no ato patronal indicado pelo empregado como causador do dano moral, não há como ser deferida a pretensa indenização. TRT-PR-RO 4.299/95 - Ac. 3ª T 8.266/96 - Rel. Juíza Wanda Santi Cardoso da Silva - DJPr 26/04/96".

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. DANO MORAL. DIREITOS AUTORAIS. O ramo do direito que fundamenta o pedido não afasta a competência desta Justiça, que é determinada pelo fato da controvérsia decorrer ou não da relação de emprego. 114/CF. **OBRA INTELECTUAL. DIREITOS PATRIMONIAIS. RELAÇÃO DE EMPREGO.** Quando a elaboração da obra intelectual fizer parte da atividade normal do empregado na relação de emprego estará remunerada pelo salário - não tem aplicação nestes casos o artigo 36 da Lei 5.988/73 - TRT-PR-RO 14.286/96 - Ac. 4ª T 25.414/97 - Rel. Juiz Rubens Edgard Tiemann - DJPr 26.09.97".

REJEITO.

MÉRITO

RECURSO DA RECLAMANTE

INDENIZAÇÃO. DANO MORAL.

A Reclamante alegou que foi admitida pela Reclamada em 01.04.97, na função de costureira interloque, só registrada em 02.06.97 e demitida em 04.11.97, sem justa causa e por assédio sexual, conforme queixa lavrada junto a Delegacia de Polícia de Cianorte, documento juntado.

Disse a Reclamante que “não foi mantida no emprego pelo molestamento verbal de caráter sexual, praticado pelo preposto da Reclamada” e que “o preposto da Reclamada constantemente a ameaçava na prática sexual ou demissão, o que é assédio sexual”. Pediu indenização pelo dano moral no valor de R\$ 30.000,00.

A Reclamada, em contestação, negou a ocorrência dos fatos alegados e ressaltou que a Reclamante foi demitida em razão de insatisfatória produção. Disse ainda que o pedido era improcedente, seja pela incompetência da Justiça do Trabalho para apreciar a matéria, seja porque inverídicas as acusações lançadas e porque não houve qualquer lesão ao patrimônio moral da Reclamante.

A sentença indeferiu o pedido porque entendeu não comprovada a existência do assédio sexual alegado e sustentada a motivação da dispensa injustificada pelo insatisfatório desempenho profissional da reclamante.

Inconformada, a Reclamante recorre a este E. Tribunal alegando que sofreu molestamento grave, sendo advertida e despedida no mesmo dia; que a alegação de estar estragando peças de roupas da confecção é infundada e em momento algum foi chamada sua atenção por escrito; que o crime de molestamento ou importunação sexual restou caracterizado porque o responsável pelo departamento de produção e o chefe do departamento de pessoal foram punidos perante o juízo criminal e que “dentro de suas condições morais demonstrou ao juízo *ad quem*, o constrangimento ou ofensa moral com prejuízos, resultante da rescisão de contrato de trabalho, em face da honra atingida”.

Vejamos.

A Reclamante juntou aos autos o documento de fls. 31, Termo Circunstanciado de Infração Penal, comprovando que apresentou queixa contra a pessoa de José, vulgo Espeto, por assédio sexual e contra a pessoa de Marcos, por constrangimento. Juntou também o documento de fls. 38/39 comprovando que em audiência preliminar no Juizado Especial Criminal foi feita proposta de transação com os infratores, homologada pelo Juízo.

Necessário ressaltar que a r. sentença, às fls. 136/140, procedeu a minuciosa e cuidadosa análise da matéria, praticamente esgotando todos os aspectos envolvendo a questão do alegado assédio sexual, inclusive em

relação a queixa apresentada pela Reclamante.

Reapreciando a matéria, a outra conclusão não se pode chegar, a não ser pela improcedência do pedido. Isto porque, conforme reconheceu o Colegiado, a prova do assédio é dificultada pelo fato de que normalmente o ato ocorre quando assediador e assediado estão separados do convívio coletivo. No entanto, de extrema necessidade que a Reclamante tivesse apresentado pelo menos indícios probatórios a amparar sua alegação.

Na inicial a Reclamante alegou que “foi despedida de forma imotivada e direta em data de 04 de novembro de 1997, por não ter aceito o assédio sexual do encarregado de produção José, “vulgo Espeto”, realizou por diversas vezes antes de assumir a chefia do emprego, e quando o mesmo assumiu a chefia exigiu que a reclamante mantivesse relação sexual, ou seria demitida, **havendo a reclamante denunciado ao proprietário da empresa o abuso praticado pelo seu preposto, sem que tenha tomado qualquer iniciativa, alegando que era tudo bobagem**, diante da recusa do ato sexual exigido, recebeu uma carta de advertência e suspensão para posteriormente, sendo expulsa por recusar-se em manter relação sexual com o mesmo...” (grifei).

Entretanto, na audiência de instrução a Reclamante não disse que anteriormente a demissão já havia denunciado o assédio ao proprietário da empresa. Ao contrário, disse: “...cumprida a suspensão, quando retornou à reclamada foi pré-avisada de sua dispensa pelo mesmo Sr. José, ocasião em que foi colocada para fora do estabelecimento pelo Sr. Marcos Catulino, por ordem do Sr. José; **juntamente com seu irmão retornou no dia seguinte à reclamada, ocasião em que foi falar diretamente com um dos proprietários da empresa, Sr. Marcos Franzato, aqui presente, quando relatou todos os acontecimentos que envolveram o assédio, naquela oportunidade, tão-somente o proprietário lhe disse que não haveria necessidade de cumprir o aviso prévio....a reclamante esclareceu que até então não tinha procurado qualquer preposto da reclamada para noticiar os fatos;...**”

A Reclamante não produziu qualquer prova testemunhal a seu favor, apesar de ter declarado que “somente suas colegas de ônibus tinham conhecimento desses fatos”.

No particular, a r. sentença bem fundamentou:

“No caso dos autos, muito se disse por parte da reclamante, mas nada se provou, nem ao menos por indícios. Esclareça-se que a dificuldade na produção da prova não tem o condão de eximir o empregado de qualquer sinalização nesse sentido, como vimos. Não houve sequer a produção de prova testemunhal trazida a Juízo pela reclamante, restando a si tão-somente suas alegações. Por sua vez, a reclamada sustentou pela prova testemunhal sua versão de que a dispensa se deu pelo desempenho profissional insatisfatório da reclamante.

...

Note que o empregado trazer fatos que apontam em direção à ocorrência do alegado assédio sexual, ante a sua quase nula aptidão para a produção da prova, é uma coisa. Outra completamente diversa é o empregado quase nada trazer e, ainda assim, bater de frente com alegações comprovadas do empregador que apontam em direção diametralmente oposta.

A aptidão para produção de prova ficou para trás, afinal a reclamada, parte com amplas condições de provar o que alega, assim procedeu. A Reclamante ficou apenas com suas próprias alegações, sem nada trazer aos autos que pudesse mostrar um caminho condutor à prova dos fatos narrados.”

Ainda que não provado pela Reclamante que sua dispensa decorreu de ato ilícito, necessária a análise da prova produzida na esfera criminal e assim procedeu o Colegiado, concluindo que a transação penal não gera efeitos civis. No particular, peço vênha para transcrever o parecer do d. Ministério Público, do qual comungo:

“Por outro lado, também foi exaustivamente examinada a adoção da conclusão da sentença criminal no âmbito civil. É que com o advento do art. 76 da Lei 9.099/95 é facultado ao Ministério Público a transação penal, ocasião em que a aceitação do réu não implica no reconhecimento da materialidade do fato ou autoria do crime, nem produz os efeitos do art. 1.525 do CCB, ou seja, não produz qualquer efeito no âmbito civil, porque não há pronunciamento judicial a respeito do tema.”

Mantenho a r. sentença por seus bens lançados fundamentos.

MANTENHO.

Diante do exposto,

NEGO PROVIMENTO ao Recurso da Reclamante, nos termos da fundamentação.

RECURSO DA RECLAMADA

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A r. sentença concedeu à Reclamante os benefícios da Assistência Judiciária, nos termos da Lei 1.060/50 e, em razão da Reclamante ter declarado sua condição de miserabilidade e porque percebia salário inferior ao dobro do mínimo legal, o Colegiado entendeu que também devem ser deferidos os honorários advocatícios, independente do obreiro estar assistido por sua entidade sindical.

A Reclamada, inconformada, recorre alegando que não foram preenchidos os requisitos da Lei 5.584/70, sendo indevida a condenação.

De fato. Há norma legal regendo a concessão da assistência judiciária gratuita. O art. 14 da Lei 5.584/70 dispõe que a assistência judiciária de que trata a Lei 1.060/50 será prestada pelo sindicato da categoria profissional a que pertencer o empregado, e somente se este perceber salário igual ou inferior a dois salários mínimos, ou demonstrar estar impossibilitado de demandar sem prejuízo próprio ou da família, condições que se encontram reproduzidas no Enunciado 219 da Corte Superior Trabalhista.

Não estando a reclamante assistida por seu sindicato profissional, impossível a concessão da verba honorária assistencial, sequer ao fundamento de que o *ius postulandi* nesta Justiça Especial foi derogado pelo art. 133 da Carta Magna, matéria, a propósito, objeto do Enunciado 329 do E. TST.

Na Justiça do Trabalho, em consequência, pode o autor ser beneficiário da justiça gratuita, mas não fazer jus ao pagamento, pela parte contrária, dos honorários advocatícios, se optar por constituir advogado desvinculado do seu sindicato.

REFORMO.

CORREÇÃO MONETÁRIA. ÉPOCA PRÓPRIA.

A Reclamada busca a reforma para que seja aplicado o índice de correção monetária do mês subsequente ao da prestação de serviços.

Há muito tempo venho defendendo o posicionamento de que a lesão ao direito do empregado ocorreu no mês trabalhado e não no mês posterior ao trabalhado, pois o salário era devido no respectivo mês, e somente por ficção legal permite-se que o empregador adimplente o pague com dias de atraso, sem nenhuma consequência pecuniária. Ou seja, o mês efetivamente trabalhado é aquele que dá origem à exigibilidade do "quantum debeatur", e não o limite fixado pela lei como prazo máximo para a satisfação do salário.

Todavia, vejo-me forçado a rever este posicionamento diante da recente orientação jurisprudencial 124 firmada pela Seção de Dissídios Individuais do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho nos seguintes termos:

“Correção monetária. Salário. Art.459, CLT. 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 de correção monetária do mês subsequente ao da prestação dos serviços.”

Assim sendo e acompanhando o posicionamento da douta maioria dos juizes desta Turma, dou provimento ao recurso para determinar que época própria para a incidência da correção monetária é a do mês subsequente ao da prestação dos serviços.

REFORMO.

DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS

A r. sentença decidiu que “a única dedução cabível do crédito reconhecido da reclamante se refere aos valores das horas extras pagas nos meses de 05.97 e 06.97, já autorizadas no item próprio”. A Reclamada pede a reforma para que seja reconhecida a competência desta Justiça Especial para apreciar a matéria e que sejam autorizados os descontos previdenciários e fiscais.

Se a própria Justiça do Trabalho, através de sua Corregedoria Geral, editou os Provimentos 01 e 02/93 e recentemente o 01/96, sobre a matéria, está reconhecida, implicitamente, a competência para autorizar os descontos previdenciários e fiscais a incidir sobre verbas deferidas.

Em verdade, forçoso é concluir que a matéria tem previsão legal, tratando-se de autênticos descontos compulsórios, competindo ao Juiz determinar a dedução e recolhimento da contribuição previdenciária e do imposto de renda incidentes sobre o crédito fruto de execução ou de acordo.

Tanto é assim que, conforme já mencionado, o próprio Corregedor-Geral do Colendo TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, Ministro ERMES PEDRO PEDRASSANI, curvando-se à realidade da Lei, terminou por editar os Provimentos 01 e 02/93, que passaram a dispor especificamente acerca dos procedimentos a serem observados no que diz respeito à incidência e ao recolhimento de contribuições devidas à Previdência Social sobre pagamento de direitos nas ações ajuizadas na Justiça do Trabalho e sobre a retenção obrigatória do imposto de renda incidente sobre rendimentos decorrentes de decisão judicial.

O certo é que a pessoa física ou jurídica é obrigada a proceder o recolhimento à Previdência Social e a retenção na fonte do Imposto sobre a renda incidente sobre os rendimentos pagos em cumprimento de decisão judicial.

Notoriamente, o trabalhador e o empregador não contratam um salário líquido, mas bruto, sujeito às imposições legais, o que é de ciência de ambos.

Assim sendo, incumbe à parte obrigada ao pagamento condenatório reter as parcelas devidas e comprovar o recolhimento no autos, independentemente de decisão judicial a respeito, eis que a ninguém é lícito obter renda sem contribuir com o imposto respectivo.

Demais disso, em recente deliberação, a comissão de Jurisprudência do TST houve por bem em coleccionar diversos precedentes jurisprudenciais tomados todos por decisão unânime da Seção de Dissídios Individuais (SDI), em atenção à SÚMULA 333 do Egrégio TST dispondo o seguinte: **DESCONTOS LEGAIS, SENTENÇAS TRABALHISTAS, CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA E IMPOSTO DE RENDA.**

DEVIDOS. PROVIMENTO 03/84. LEI 8.212/91. (E-RR 13.714/90, Ac. 1.695/93, DJ 03.09.93; E-RR 9.796/90, Ac. 91/92, DJ 08.05.92; E-RR 2.947/89, Ac. 1.800/91, DJ 08.11.91; E-RR 2.669/87, Ac. 4.394/89, DJ 12.09.90).

Os Provimentos em questão já regulam, longamente, os procedimentos a serem observados nas execuções de sentença e no acordos homologados.

No tocante ao Imposto de Renda, o tributo será descontado mês a mês e desde que, em função da renda bruta auferida, o reclamante, por força dos dispositivos legais aplicáveis à espécie e das Tabelas aprovadas pela Secretaria da Receita Federal, atinja as hipóteses de desconto na fonte.

O desconto previdenciário também deverá ser efetuado mês a mês, observado o limite de contribuição.

Merece reforma a sentença recorrida para autorizar a reclamada a proceder os descontos devidos à Previdência Social e ao Imposto de Renda, mês a mês, com comprovação nos autos, observados os limites de contribuição.

REFORMO.

Diante do exposto,

DOU PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Adesivo da Reclamada para, nos termos da fundamentação: a) excluir da condenação os honorários advocatícios; b) determinar a aplicação do índice de correção monetária do mês subsequente ao da prestação dos serviços e c) determinar os descontos previdenciários e fiscais, mês a mês, observados os limites de contribuição.

Pelo que,

ACORDAM os Juizes da Quinta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos. **EM CONHECER DE AMBOS OS RECURSOS, PRINCIPAL E ADESIVO**, bem como das contra-razões; por igual votação. **EM REJEITAR** a preliminar argüida. No mérito, por maioria de votos. **EM NEGAR PROVIMENTO AO**

RECURSO DA RECLAMANTE, vencido o Exmo. Juiz Antonio Lúcio Zarantonello (Revisor); por maioria de votos, **EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ADESIVO DA RECLAMADA** para, nos termos da fundamentação: a) excluir da condenação os honorários advocatícios; b) determinar a aplicação do índice de correção monetária no mês subsequente ao da prestação de serviços; e c) determinar os descontos previdenciários e fiscais, mês a mês, observados os limites de contribuição, vencido parcialmente o Exmo. Juiz Antonio Lúcio Zarantonello (Revisor).

Custas na forma da lei.

Intimem-se.

Curitiba, 26 de novembro de 1998 - **JOSÉ MONTENEGRO ANTERO** – Presidente - **LUIZ FELIPE HAJ MUSSI** – Relator - Ciente: **MARISA TIEMANN** - Procuradoria Regional do Trabalho.

EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE DO HERDEIRO. A responsabilidade patrimonial decorre, na sucessão, do disposto no art. 1.587 do Código Civil, segundo o qual o herdeiro assume os encargos do “de cujus” até o limite do acervo hereditário. A condição de nora do “de cujus”, separada judicialmente, não enseja desconstituir a penhora que recaiu sobre fração do bem que lhe foi transmitida através de herança.

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **AGRAVO DE PETIÇÃO**, sendo agravante **IONE MARI DA VEIGA** e agravado **ARGEU BENTO VITORINO**.

I. RELATÓRIO

Inconformada com a r. decisão de fls. 53/55, agrava de petição a embargante.

Alega condição de terceira, insurgindo-se contra penhora em imóvel de sua propriedade.

Custas recolhidas (fl. 66).

O embargado apresentou contraminuta.

A d. Procuradoria Regional oficiou por cota à fl. 73.

II. FUNDAMENTAÇÃO

1. ADMISSIBILIDADE

^(*) Publicado no Diário da Justiça do Paraná de 05/02/99.

CONHEÇO do agravo de petição, pois preenchidos os requisitos legais de admissibilidade.

2. MÉRITO

Em ação ajuizada contra a Sevipar Vigilância Ltda, ante a inexistência de bens da empresa, foi procedida penhora de imóvel de propriedade do sócio, conforme auto de fl. 23, restando atingido o percentual de 12,55%, que cabia a Ione Mari da Veiga, em razão de partilha.

Ione Mari da Veiga foi casada com o sócio da empresa Adonai Ayres Arruda, de quem se separou em 11/8/92. Alega condição de terceira, argumentando não ser parte no feito, sócia ou sucessora da Sevipar.

O imóvel penhorado pertencia ao sócio Almir Ayres de Arruda. A fração da embargante resulta da herança recebida por seu ex-marido, Adonai, filho de Almir, que também foi sócio da empresa. Após a separação judicial coube à embargante o percentual de 12,5%.

Manoel Antonio Teixeira Filho, citando Frederico Marques, explica que “se deve entender como terceiro não a pessoa física ou jurídica que não tenha participado do processo, e sim “a pessoa titular de um direito outro que não tenha sido atingido pela decisão judicial”. Terceiro é, portanto, a pessoa que, sendo ou não parte no processo de execução, defende bens que, em decorrência do título aquisitivo ou da qualidade em que os possui, não podem ser objeto de apreensão judicial”.

No caso dos autos, não se trata de bem que não pode ser objeto de apreensão judicial.

De acordo com o art. 1.587 do Código Civil “o herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança...”. Em comentários ao dispositivo legal, explica Maria Helena Diniz que “com a aceitação da herança, o herdeiro não assumirá os encargos do “de cujus” além das forças do acervo hereditário”.

Tem razão o MM Juízo *a quo*, quando conclui que “não se trata de responsabilidade patrimonial da embargante, mas de arrecadação dos bens do “de cujus” para solver dívida pela qual era responsável. Assim, não participou da relação processual na fase porque efetivamente não deve

integrá-la , razão pela qual a defesa da sua posse se dá por via dos embargos em exame e não por embargos à execução. Também o sócio Almyr não deveria ser incluído no pólo passivo na fase de conhecimento porque não tinha legitimidade para apresentar defesa às postulações do autor em face da pessoa jurídica. Sua responsabilidade aparece apenas na fase de execução, pela desconsideração da personalidade jurídica, quando a pessoa jurídica se revelar insolvente” (fl. 54).

Portanto, o fato de a agravante não ser sócia da empresa, não ter participado da relação processual na fase cognitiva ou já ter se separado de um dos sócios não afasta sua responsabilidade. A penhora recaiu sobre imóvel pertencente aos sócios, ante a inexistência de bens da empresa passíveis de execução. Passou à agravante através de herança, portanto, sua responsabilidade decorre do disposto no art. 1.587 do Código Civil, segundo o qual o herdeiro assume os encargos do “de cujus” até o limite do acervo hereditário.

Mantenho a r. sentença, que rejeitou os embargos de terceiro.

Pelo que,

ACORDAM os Juizes da Terceira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **EM CONHECER DO AGRAVO DE PETIÇÃO**; no mérito, por igual votação, **EM NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

Custas inalteradas.

Intimem-se.

Curitiba, 18 de novembro de 1998 - **ROSALIE MICHAELE BACILA BATISTA** – Juíza-Presidente e Relatora.

ACORDO DE COMPENSAÇÃO. INEFICÁCIA APENAS NAS SEMANAS EM QUE VERIFICADOS EXTRAPOLAMENTOS. IMPOSSIBILIDADE. Observado labor além dos horários fixados em acordo de compensação, de forma reiterada, quase que em todos os meses da contratualidade, devido, como extra, todo o tempo excedente de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais (artigo 7º, inciso XIII, da CF/88). Não existe acordo de compensação “parcialmente” válido, se firmado para ser cumprido segundo as disposições ali estipuladas sem qualquer ressalva quanto a habitualidade ou eventualidade de sua inobservância para efeito de eficácia.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da MM. 2ª Junta de Conciliação e Julgamento de **CASCADEL - PR** sendo recorrentes **CEVAL ALIMENTOS S/A** e **JOSÉ ANTONIO DE SOUZA** e recorridos **OS MESMOS**.

I - RELATÓRIO

Inconformadas com a r. sentença de fls. 165/173, que acolheu em parte os pedidos, recorrem as partes.

A reclamada insurge-se contra a condenação em integração de 24% do salário-base a título de moradia, horas extras e devolução de descontos a títulos de “associação” e “seguro funcionário”. Pugna, ainda, sejam autorizadas deduções previdenciárias e fiscais.

^(*) Publicado no Diário da Justiça do Paraná de 23/07/99.

O reclamante pugna pela fixação do prazo prescricional tendo-se como marco a data da extinção do contrato de trabalho e pelo deferimento de horas extras por todo o período, inclusive de sobreaviso. Requer, também, seja determinada a incidência de correção monetária a partir do próprio mês do trabalho gerador do débito.

Contra-razões apresentadas. A douta Procuradoria opina pela autorização de descontos previdenciários e fiscais.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. ADMISSIBILIDADE

Conheço dos recursos, porque regularmente interpostos, bem como das contra-razões.

2. MÉRITO

RECURSO DA RECLAMADA

MORADIA. SALÁRIO IN NATURA

A reclamada, alegando que o autor pagava-lhe aluguel pela moradia de sua propriedade, pugna seja excluída a integração da utilidade (conferida à razão de 25% do salário-base do autor, descontado o valor pago pelo reclamante).

“Aluguel” correspondente a não mais que 2,5% do salário do autor (R\$ 23,00), por seu valor irrisório, não afasta o caráter salarial da utilidade habitação, vinculada ao contrato de trabalho.

Se o empregador fornece habitação ao trabalhador pode-se admitir que esta utilidade, em determinadas circunstâncias, seja indispensável para o empregado estar presente no local de serviço (como nos casos de obras em locais distantes), onde a utilidade fornecida não deve ser considerada salário *in natura*, mas não é este o caso dos autos. Uma utilidade que o empregador fornece não pode se transformar, como num passe de mágica, numa ferramenta de trabalho. É um benefício que deve ser considerado parte

integrante do conjunto de vantagens que o empregado obtém por estar vinculado a determinado contrato.

Frise-se, por oportuno, que o "contrato de locação" a que alude a reclamada só foi formalizado em 1º.07.95 (fls. 27/28 e 36 do volume de documentos), quando esta assumiu a antiga empresa (Agroeline S/A - Indústria de Alimentos), o que evidencia nítida intenção de fraude (tentativa de mascarar salário *in natura* até então incontestável...).

Mantenho.

HORAS EXTRAS

A reclamada insiste em afirmar que o acordo para compensação de jornada - firmado após a Constituição de 1988 - pode ser individual. Assim, requer seja considerado válido acordo firmado individualmente, até mesmo porque, segundo aduz, extrapolações foram raras. Por cautela, caso mantida a posição da MM. Junta, pede seja determinado o pagamento somente do adicional previsto na Súmula 85 do E. TST.

No que se refere à necessidade de participação sindical na pactuação de acordo compensatório de jornada, lembro a regra segundo a qual, "*referindo-se o adjetivo a dois substantivos de gêneros diferentes e no singular, a concordância mais seguida e observada é com o substantivo propínquo*"⁽¹⁾. Tal conclusão é endossada por Celso Cunha - filólogo que se incumbiu da revisão gramatical de todas as normas da Constituição.

Diante disso, sintomática a conclusão de que o artigo 7º, inciso XIII, da CF/88, ao mencionar acordo ou convenção coletiva, está a se referir a acordo coletivo ou convenção coletiva.

Portanto, se a reclamada firmou acordo para compensação de jornada de trabalho com o autor - e, ainda assim, somente a partir de 1º.08.95, fl. 35 do volume de documentos -, não demonstrando, contudo, que houve participação do sindicato representativo, não se cogita de sua eficácia para os fins pretendidos em defesa.

⁽¹⁾ LTr. 53-4/394

Por outro lado, sequer haveria como argumentar contrariamente, pois havia extrapolação da carga horária máxima, com trabalho em sábados: junho e julho/92 (fl. 05 do volume de documentos), fevereiro, março, abril, maio e julho/93 (fls. 06/07 do volume de documentos), fevereiro, março, abril, maio, junho, julho e dezembro/94 (fls. 08/10 do volume de documentos), janeiro, fevereiro, março, abril, maio, junho, julho, outubro e novembro/95 (fls. 10/12 do volume de documentos), janeiro, fevereiro, março, abril, maio, junho e agosto/96 (fls. 13/14 do volume de documentos), fevereiro e março/97 (fl. 16 do volume de documentos).

Para a validade do regime de compensação é preciso também que a compensação seja uma realidade, com a absoluta supressão do labor em sobrejornada. A ocorrência de horas extras retira eficácia de acordo de compensação.

Nesse sentido:

"ACORDO DE COMPENSAÇÃO E PRORROGAÇÃO. INVALIDADE. A pactuação de acordo de compensação de horas de trabalho pressupõe o desinteresse das partes na ocorrência de labor suplementar, haja vista que o aumento de trabalho verificado em alguns dias, visa, tão-somente, a erradicação do trabalho em outro dia da semana, sem que isto importe em excesso dos limites máximos da duração do trabalho semanal. Assim, inconcebível é a coexistência do acordo de compensação com a prestação freqüente de horas extras, pois institutos incompatíveis entre si, o que acarreta a invalidade do acordo"⁽²⁾.

Dessarte, se a reclamada não pagava as horas excedentes da jornada legal, mas apenas o tempo excedente dos horários pactuados em acordos de compensação de jornada, a existência de diferenças resta indubitosa.

E quanto aos reflexos, também nada a alterar. Conforme exemplificado, as extras, inegavelmente, foram habituais.

Dessarte, sendo o caso de acordo descumprido tanto na prática quanto em seu aspecto formal, inaplicável o Enunciado 85 do E. TST, que regula hipótese diversa, voltada à mera irregularidade formal, devendo

⁽²⁾ TRT-PR-RO 1778/94 - AC 4ª T. 17.505/94 - Rel. Exmo. Juiz Tobias de Macedo Filho - DJPR 27.10.94

permanecer a condenação em horas extras e reflexos, como posta.

DEVOLUÇÃO DE DESCONTOS A TÍTULOS DE “ASSOCIAÇÃO” E “SEGURO FUNCIONÁRIO”.

Os descontos efetuados nos salários a títulos de associação e de seguro de vida foram expressamente autorizados (fl. 36 do volume de documentos). Entretanto, não há provas da efetivação do seguro, uma vez que não juntada aos autos a apólice e, tampouco, qualquer indício de que o autor usufruísse de benefícios oriundos da associação, existente, segundo a defesa (fl. 145), nos fundos da sede da empresa, com um campo de futebol, o que afasta a incidência da Súmula 342 do C. TST, voltada à hipótese de deduções que guardem efetiva relação com benefício.

Portanto, as deduções afrontam o princípio da intangibilidade salarial, consagrado no artigo 462 da CLT e no art. 8º da Convenção 95 da OIT, ratificada pelo nosso País, merecendo ser devolvidos.

Não se trata de inaplicabilidade da Súmula 342 do C. TST, mas de a situação não se amoldar ao seu comando.

Nada a reparar.

DEDUÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E FISCAIS.

Em face do acréscimo ao artigo 114 da Constituição Federal de 1988, do parágrafo 3º, através da Emenda Constitucional 20, publicada no Diário Oficial em 16.12.98, passando a vigorar nessa data, bem como do Precedente 141 da SDI do C. TST, já não se mantém o entendimento de que a Justiça do Trabalho é incompetente para determinar descontos previdenciários.

A redação, agora, do artigo 114, parágrafo 3º, no sentido de que *“Compete ainda à Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, a e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir”*, deixa certo que a Justiça do Trabalho deve executar as contribuições sociais do artigo 195, incisos I e II, mesmo de ofício.

Assim, no que diz respeito às deduções à Previdência Social determino sejam feitas mês-a-mês, tanto no que tange à cota patronal quanto à do empregado, observando-se épocas e tabelas próprias, limites de contribuição, e incidência sobre as verbas próprias⁽³⁾.

Quanto ao imposto de renda, revendo posicionamento anterior, também entendo pela competência da Justiça do Trabalho, em atenção ao posicionamento reiterado do C. TST, consubstanciado no Precedente 32 da SDI, que diz: “Descontos legais. Sentença trabalhista. Contribuição Previdenciária e Imposto de Renda. Devidos. Provimento CGJT 03/84. Lei 8121/91.”

Saliente-se que o respeito às decisões reiteradas da Corte Superior Trabalhista reverte em benefício das próprias partes, principalmente em face das celeridade e economia processuais.

Desse modo, atendendo ao princípio da capacidade econômica do contribuinte (artigo 145, inciso III, parágrafo 1º, da CF/88), determino a dedução do imposto de renda dos créditos devidos, esclarecendo-se que deverá ser observada a época própria, aplicação das alíquotas pertinentes a cada mês, com exceção das verbas não abrangidas pelos respectivos descontos, ou seja, verbas indenizatórias e previdenciárias⁽⁴⁾.

Reformo.

Pelo exposto, **DOU PROVIMENTO PARCIAL** ao recurso da reclamada para determinar os descontos previdenciários e fiscais, calculados mês-a-mês, nos termos da fundamentação.

RECURSO DO RECLAMANTE

PRESCRIÇÃO. DATA DA RESCISÃO CONTRATUAL.

Meu entendimento pessoal é o de que o trabalhador tem

⁽³⁾ incidência sobre o principal corrigido monetariamente, excluídas verbas indenizatórias, juros moratórios em razão da sua natureza punitiva ao inadimplente, e não remuneratória, bem como FGTS, verba equiparável à antiga indenização por tempo de serviço, que não sofre referida dedução (Lei nº 8212/91, art. 28, § 9º, letra “e” - MP 1.663 e Lei 7.713/88, art. 6º, inciso V).

⁽⁴⁾ *idem*

dois anos para ingressar com a demanda trabalhista, sendo-lhe assegurada a reivindicação dos direitos trabalhistas dos últimos cinco anos do contrato laboral, contados a partir da rescisão contratual.

Entretanto, esta não é a posição da maioria.

A interpretação dada ao artigo 7º, XXIX, “a”, da CF/88 é o de que a interrupção do prazo prescricional ocorre quando do ajuizamento da ação, sendo este o dies a quo para retroagirem cinco anos em matéria prescricional.

Ressalvada, pois, minha posição contrária, *mantenho* o r. julgado que declarou a prescrição considerando a data do ajuizamento da ação.

HORAS EXTRAS

O reclamante não se conforma com a declaração de ineficácia do acordo apenas nos dias em que teria ocorrido labor extra.

Com efeito, não existe acordo de compensação “parcialmente” válido, eis que fora firmado para ser cumprido segundo as disposições ali estipuladas, das quais não consta qualquer ressalva quanto a habitualidade ou eventualidade de sua inobservância para efeito de sua eficácia. Saliente-se, por oportuno, que já desde o início do período imprescrito iniciou-se seu descumprimento, conforme exemplificado anteriormente.

Reformo, pois, para declarar a ineficácia do acordo compensatório por todo o período imprescrito, no qual deverão, pois, ser apuradas como extras as excedentes da oitava diária e quadragésima quarta semanal, segundo parâmetros e reflexos já definidos em primeiro grau.

HORAS DE SOBREVISO

Inexistiu prova de permanência à disposição em período diurno (segundo o autor, das 6h às 20h, em sábados, domingos e feriados, de junho a dezembro de cada ano). E no que se refere ao período noturno (das 19h/22h às 6h3min/7h3min), a única testemunha ouvida, a convite do autor, confirma que havia vigia neste período, ou seja, confirmou a desnecessidade da permanência do autor em sobreaviso, conforme aduzido em defesa.

Mantenho.

CORREÇÃO MONETÁRIA. ÉPOCA PRÓPRIA.

Meu entendimento pessoal é quanto à aplicação dos índices de atualização monetária do próprio mês em que ocorreu a prestação do labor, sob pena de se suprimir um mês de correção, sem qualquer fundamento plausível, desconsiderando-se índices da inflação ocorrida em um mês.

Entretanto, com base no Precedente 124 da SDI do C. TST, em sentido diverso se posiciona a d. maioria desta E. Turma:

A época própria para incidência da correção monetária dos débitos trabalhistas opera-se a partir do momento em que a verba se torna legalmente exigível, em face do contido no artigo 459 da CLT e definição legal estatuída no artigo 2º do Decreto-lei 75/66, ou seja, a partir do mês subseqüente ao laborado, quanto aos salários, ressalvadas as parcelas verbas rescisórias, 13º salários, férias e FGTS, que contêm regulamentação própria na lei.

Ressalvada, pois, minha posição contrária, mantenho a r. sentença que determinar atualização monetária a partir do mês subseqüente ao vencido.

Pelo exposto, ***DOU PROVIMENTO PARCIAL*** ao recurso do reclamante para declarar a ineficácia do acordo compensatório por todo o período imprescrito, no qual deverão, pois, ser apuradas como extras as excedentes da oitava diária e quadragésima quarta semanal, segundo parâmetros e reflexos já definidos em primeiro grau, nos termos da fundamentação.

II – CONCLUSÃO

Pelo que,

ACORDAM os Juizes da Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, ***EM CONHECER DE AMBOS OS RECURSOS***. No mérito, por maioria de votos, vencido parcialmente o Exmo. Juiz Ricardo Mac Donald Ghisi, ***EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DA RECLAMADA*** para

determinar os descontos previdenciários e fiscais, calculados mês a mês, nos termos da fundamentação. Por unanimidade de votos, **EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DO RECLAMANTE** para declarar a ineficácia do acordo compensatório por todo o período imprescrito, no qual deverão, pois, ser apuradas como extras as excedentes da oitava diária e quadragésima quarta semanal, segundo parâmetros e reflexos já definidos em primeiro grau, nos termos da fundamentação.

Custas acrescidas sobre o valor arbitrado de R\$3.000,00, no importe de R\$60,00.

Intimem-se.

Curitiba, 15 de junho de 1999 - **LUIZ EDUARDO GUNTHER**
- Presidente Regimental e Relator **MARIA GUILHERMINA VIEIRA CAMARGO** – Procuradora do Trabalho.

LITISPENDÊNCIA E COISA JULGADA. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. O procedimento contido no Código de Defesa do Consumidor revela-se perfeitamente aplicável ao Processo do Trabalho. Isto porque o Direito Processual do Trabalho se ressent de normas específicas sobre os instrumentos que regulamentam a defesa processual dos direitos supra-individuais, por assim dizer, havendo que se socorrer, destarte, de institutos próprios de outros ramos do Direito, em especial do que dispõe a Lei 8.078/90, que disciplina as relações de consumo, subsidiariamente aplicáveis ao Processo do Trabalho, por força do disposto nos artigos 8º e 769 da CLT.

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da MMª 2ª Junta de Conciliação e Julgamento de **MARINGÁ - PR**, sendo recorrentes **BANCO DO BRASIL S/A** e **TEREZA FUMIKO KURIHARA HORINOUTI** e recorridos **OS MESMOS**.

I. RELATÓRIO

Inconformadas com a sentença proferida em primeira instância, que julgou procedente em parte a reclamação, recorrem ordinariamente ambas as partes a esta E. Corte.

A reclamada argúi, preliminarmente, a nulidade do julgado, incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para julgar questão envolvendo previdência privada, ilegitimidade de parte e coisa julgada. Quanto ao mérito,

^(*) Publicado no Diário da Justiça do Paraná de 11/06/99.

insurge-se contra a condenação ao pagamento de multa por embargos protelatórios e o deferimento das seguintes verbas: antecipação de 28,5%, horas extras, multa de 20% do FGTS, multa do art. 477, da CLT, FGTS e honorários advocatícios. Requer ainda, a retenção dos descontos fiscais e previdenciários e que a correção monetária seja aplicada observando-se a época própria para tanto, qual seja, o mês subsequente ao vencido.

Custas recolhidas e depósito recursal realizado (fls. 672/673).

Recurso contra-arrazoado (fls. 734/746).

A reclamante interpôs recurso adesivo, pleiteando a reforma do julgado que indeferiu o pedido de diferenças salariais face a redução dos interstícios entre níveis, incorporação da ajuda-alimentação, restituição dos 2/3 de contribuição patronal à PREVI e honorários advocatícios.

Contra-razões oferecidas às fls. 751/767.

O ilustre representante da Procuradoria Regional do Trabalho, emitiu parecer às fls. 772/774, opinando pela reforma do julgado em relação aos descontos fiscais e previdenciários.

É o relatório.

II. FUNDAMENTAÇÃO

1. ADMISSIBILIDADE

Em contra-razões, o reclamado pugna pelo não conhecimento do Recurso Adesivo da reclamante, uma vez que restou preclusa a matéria inserida no mesmo. Afirma que, se a intenção do reclamante era de recorrer, deveria usar o recurso adequado, pois ao aderir o faz ao Recurso Principal.

Não prevalece a pretensão do recorrente, pois já se encontra cristalizado entendimento jurisprudencial pelo TST, no Enunciado 283:

“O recurso adesivo é compatível com o processo do trabalho, onde cabe, no prazo de oito dias, nas hipóteses de interposição de recurso ordinário de agravo de petição, de revista e de embargos, sendo

desnecessário que a matéria nele veiculada esteja relacionada com a do recurso interposto pela parte contrária”. (grifo nosso).

CONHEÇO de ambos os recursos, principal e adesivo, bem como das respectivas contra-razões, eis que presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade recursal.

2. PRELIMINARES

2.1 - Nulidade do julgado

a) Cerceamento de defesa

Sustenta o Banco-réu que seu direito de defesa fora cerceado pelo juízo *a quo*, em face do não conhecimento dos instrumentos normativos celebrados em 26.04.90 e 26.12.91. Alega que os acordos coletivos podem ser juntados até a fase de execução da sentença, pois se tratam de documentos públicos. Requer, a nulidade do processo a partir da decisão impugnada, determinando-se o retorno dos autos para manifestação do reclamante acerca de tais documentos e o proferimento de nova sentença.

Entendo inexistir cerceamento de defesa, haja vista que a juntada de documentos foi realmente extemporânea. Em audiência realizada no dia 29/01/97 (fls. 614), declarou o réu expressamente que não pretendia a produção de outras provas, razão pela qual foi encerrada a instrução processual.

Por não se tratar de documento novo, conforme previsto no artigo 397, do CPC, mas sim documento que já se encontrava à disposição do réu e que não foi utilizado no momento adequado, revela-se preclusa a oportunidade para juntá-los com as alegações finais, após o encerramento da instrução processual, não havendo que se falar em cerceamento de defesa.

REJEITO.

b) Negativa de prestação jurisdicional

Diversamente do que alega o reclamado, a r. sentença de primeiro grau, bem como os embargos de declaração, além de terem apreciado

os fatos trazidos pelas partes, apresentaram os aspectos de direito que juridicamente justificam a formação do seu convencimento.

Saliente-se que em relação ao IPC de março de 1990, o réu suscitou preliminar de litispendência e não coisa julgada como alega (fls. 268), sendo que o r. juízo de primeiro grau analisou e apresentou argumentos relevantes para a solução do litígio (item III da sentença - fls. 628).

Não demonstrada a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional, reputa-se fundamentada a sentença, em estrita observância ao artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Por tais razões, **rejeito a preliminar.**

c) Julgamento extra/ultra petita

Afirma o recorrente que o MM. Juízo de primeiro grau decidiu além e fora dos limites do pedido ao deferir o pagamento de multa de 20% sobre o FGTS, uma vez que não houve, efetivamente, pedido expresso neste sentido, assim como quanto ao critério de atualização monetária.

Todavia, a decisão “*extra*” ou “*ultra petita*” não padece do vício de nulidade, devendo apenas - como quer o recorrente - ser expungido o julgamento além do pedido, o que será apreciado em sede de mérito.

Rejeito, pois, a prefacial de nulidade da sentença.

2.2 - Incompetência da Justiça do Trabalho

Segundo o recorrente, esta Justiça Especializada é incompetente para apreciar o pedido de restituição das contribuições vertidas à segunda reclamada, vez que a controvérsia não decorre do contrato de trabalho, e sim de um contrato de natureza civil.

Em que pesem os seus argumentos, entendo que a Justiça do Trabalho é competente para conhecer e julgar a matéria, eis que as contribuições, quer pessoais ou patronais, somente ocorreram em virtude da relação empregatícia entre os recorridos e o recorrente, instituidor e patrocinador da Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil.

Não há, em realidade, um relacionamento direto entre empregado e a entidade de previdência privada, o qual era intermediado pelo recorrente, tanto assim é que a filiação àquela ocorre por intermédio do empregador, bem como, quando da demissão, a manutenção do pagamento, pelo Banco, das parcelas de contribuição à entidade privada até a aposentadoria da obreira, opção manifestada pela autora quando da adesão ao Programa de Desligamento Voluntário (fls. 435).

Malgrado a inexistência de relação de emprego com a entidade de previdência privada, o pedido diz respeito a controvérsia decorrente da relação de trabalho, não passando aquela de verdadeira *longa manus* do recorrente, em cujos estatutos permite que este, na qualidade de instituidor e patrocinador, exerça, em virtude de lei, forte ingerência em suas atividades administrativas e financeiras.

Como ensina JOÃO ORESTE DALAZEN, (*in* Competência Material Trabalhista, LTr., ed. 1994, pág. 99), "... a entidade previdenciária privada, no caso, não passa senão de uma *longa manus* do próprio empregador: mesmo que dita entidade seja formalmente responsável pela obrigação, indisfarçável o fato de que é criada e subvencionada pelo empregador, agindo nesta qualidade jurídica. Assim procedendo, ainda que com a co-participação voluntária do empregado, a complementação dos proventos da aposentadoria origina-se do contrato de emprego, ou surge diretamente em razão dele. Logo, é da competência do Judiciário Trabalhista o respectivo dissídio individual entre o ex-empregado e o empregador, ainda que, por ventura, com este também figure na relação processual a entidade privada fechada de previdência."

Note-se que o recorrente condiciona a admissão de seus empregados à sua prévia filiação como contribuinte da entidade de previdência privada instituída e subvencionada pelo mesmo, ou seja, o ingresso na PREVI é *condição do contrato de trabalho*, conforme expressa previsão contida em seu regulamento interno, sendo, pois, inquestionável a competência material da Justiça do Trabalho para apreciar a matéria, ainda que figure no polo passivo da demanda a entidade de previdência fechada.

Por tais razões, rejeito a prefacial.

2.3 - Ilegitimidade de parte

O recorrente arguiu ser parte ilegítima para responder aos pedidos de restituição de contribuições à Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil (PREVI), ao argumento de que a contribuição patronal é parcela paga pelo Banco do Brasil diretamente para a PREVI, de modo que apenas essas duas entidades seriam partes legítimas para figurar como ré e autora.

Em que pese se trate a PREVI de entidade com personalidade jurídica própria, entendo que a questão não é passível de exame em sede de preliminar, eis que a ilegitimidade ou não do recorrente depende do exame do mérito dos pedidos, pois estão intimamente ligados à relação laboral havida entre empregado e empregador, em virtude dos atos praticados por este perante aquela entidade fechada de previdência privada.

Como se disse, a relação entre os empregados e a entidade de previdência fechada não ocorre diretamente, sendo intermediada pelo recorrente, como acontece, *v.g.*, com as contribuições respectivas, que são descontadas em folha de pagamento para posterior repasse àquela.

Rejeito, assim, a preliminar.

2.4 - Coisa julgada

Sustenta a recorrente que as matérias relativas ao IPC de março de 1990, adicional de caráter pessoal (equiparação ao BACEN), e antecipações derivadas da Lei 8.222/91, foram definitivamente julgadas nas ações propostas pelo Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Maringá, nos autos 1.461/92, 1.024/89 e 990/92, respectivamente, razão pela qual pugna pela extinção parcial do processo em relação a tais pedidos, na forma dos artigos 267, V, 300 e parágrafos, do CPC. Aduz, finalmente, que além de inaplicável o Código de Defesa do Consumidor, a hipótese dos autos não é de litispendência, mas sim de coisa julgada.

Ao contrário do que sustenta o recorrente, entendo que o procedimento contido no Código de Defesa do Consumidor revela-se perfeitamente aplicável ao Processo do Trabalho.

Isto porque o Direito Processual do Trabalho se ressente de normas específicas sobre os instrumentos que regulamentam a defesa

processual dos direitos supra-individuais, por assim dizer, havendo que se socorrer, destarte, de institutos próprios de outros ramos do Direito, em especial do que dispõe a Lei 8.078/90, que disciplina as relações de consumo, subsidiariamente aplicáveis ao Processo do Trabalho, por força do disposto nos artigos 8º e 769 da CLT.

Analisando-se os documentos carreados aos autos, infere-se o seguinte:

No processo 1.024/89, que o Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Maringá move contra o Banco do Brasil S/A, pleiteia-se aos empregados substituídos os valores correspondentes à parcela denominada ACP (adicional de caráter pessoal). No processo 1.461/92, entre as mesmas partes, a entidade sindical postula diferenças salariais decorrentes da incidência do IPC de março/90 e, no nos autos de 990/92, o pedido é voltado à aplicação das antecipações bimestrais (setembro/91 e janeiro/92), cumulativamente com o reajuste quadrimestral, com fulcro na Lei 8.222/91.

Incontrovertida, pois, a existência de ações movidas pela entidade sindical, pleiteando as verbas acima citadas, sendo imprescindível a constatação da ocorrência do fenômeno da coisa julgada ou da litispendência quando do ajuizamento da presente demanda. Saliente-se que o réu arguiu em defesa preliminar de litispendência e não de coisa julgada, em relação às matérias em questão.

Pois bem. A certidão de fls. 675, expedida pela 1ª JCJ de Maringá, informa que a decisão proferida na RT 1.024/89, que deferiu o pagamento da verba ACP, transitou em julgado no dia 09.02.96, encontrando-se em fase de execução. Esclarece, ainda, que a autora destes autos figura entre os substituídos.

Quanto à ação em que é postulada diferenças salariais com base na Lei 8.222/91, verifica-se que a ação foi julgada improcedente, sendo que a certidão de fls. 677 dá conta que tal decisão transitou em julgado em 31/05/97.

Finalmente, em relação ao pedido de aplicação do IPC de março/90, a certidão de fls. 581/582 dá conta de que o pedido foi julgado improcedente, com trânsito em julgado em 04/12/95, constando a ora reclamante no rol dos substituídos.

A presente reclamatória trabalhista foi ajuizada em 27/11/95, sendo que nessa data as decisões proferidas nas ações impetradas pela entidade sindical acima citadas não haviam transitado em julgado. Portanto, o que deve ser discutido nestes autos, é a existência de litispendência e não de coisa julgada.

No caso, tem-se que o sindicato da categoria, ao ajuizar ação coletiva visando o pagamento das verbas em questão, age na defesa de direitos individuais homogêneos dos empregados substituídos, nos termos do artigo 81, parágrafo único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor.

Aplicam-se a estas ações, portanto, os instrumentos processuais previstos nesse diploma legal, inclusive quanto à regulamentação atribuída à litispendência e coisa julgada.

Acerca do tema, o artigo 104, do CDC, assim dispõe:

“As ações coletivas, previstas nos incisos I e II, do parágrafo único, do artigo 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 requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.”

Denota-se do acima que o empregado que interpõe ação individual paralelamente à ação coletiva pode requerer o sobrestamento do feito até o julgamento da ação coletiva, visando beneficiar-se do seu resultado, devendo fazê-lo nos trinta dias subseqüentes à ciência da ação coletiva. Não está obrigado, portanto, a submeter-se aos resultados da ação coletiva, mas pode deles se beneficiar.

Segundo Vera Regina Loureiro Winter, Procuradora Regional do Trabalho da 4ª Região, em seu artigo intitulado “AÇÃO CIVIL PÚBLICA, UMA NOVA ABORDAGEM NA JUSTIÇA DO TRABALHO” (publicado na ST 65, pág. 17, novembro/97):

“Cabe, ainda, uma observação que torna peculiar o instituto da litispendência, na ocorrência de ações coletivas para a defesa de interesses difusos e coletivos e ações individuais.”

Como ressalta com clareza, ADA PELLEGRINI GRINOVER, na ob. cit., o art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, aplicável por expressa referência do art. 16 da Lei da ACP, trata da questão: as ações coletivas, previstas para interesses difusos e interesses coletivos (incs. I e II do art. 81) não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada 'erga omnes' e ultra partes) (incs. I e II do art. 103) não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Assim, a regra é no sentido da exclusão da litispendência, entre ações coletivas e individuais, pela inexistência da triplíce 'eadem' (partes, objeto, causa de pedir).

Aqui, o objeto dos processos é inquestionavelmente diverso, consistindo, nas ações coletivas, na reparação do bem individualmente considerado ou na obrigação de fazer ou não fazer, enquanto que nas ações individuais tendem ao ressarcimento pessoal.

Oferece, todavia, o Código duas opções ao reclamante individual:

a) se pretende prosseguir em sua ação individual, ficará excluído da extensão subjetiva da sentença da ação coletiva. Mesmo projetando seus efeitos 'erga omnes' e ultra partes, o autor da ação individual ajuizada, pretendendo prosseguir, não será beneficiado pela coisa julgada que se formará na ação coletiva, pela inexistência da litispendência.

b) se o autor preferir, poderá requerer a suspensão da ação individual, em 30 dias da ciência, nos autos, do ajuizamento da ação coletiva. Nesse caso, será beneficiado pela coisa julgada favorável que se formar na ação coletiva.

Sendo improcedente a ação coletiva, o processo individual retomará seu curso, podendo ainda o autor ver acolhida sua demanda individual. A suspensão do processo individual não tem limites temporais, perdurando pelo tempo necessário ao trânsito em julgado da sentença da ação coletiva.

Assim sendo, não há que se falar em extinção do processo sem julgamento do mérito ante a ocorrência de litispendência, pois a reclamante não requereu o sobrestamento do feito, valendo ressaltar que os efeitos da sentença prolatada nas ações coletivas não produzirão qualquer efeito em sua demanda, assumindo os riscos do resultado desfavorável nesta demanda.

Rejeito, portanto, a preliminar de litispendência.

3. MÉRITO

3.1 - RECURSO DA RECLAMADA

3.1.1 - Multa - embargos de declaração

Sustenta a reclamada que objetivava, com a interposição dos embargos, suprir a omissão quanto a alegação de coisa julgada em relação ao IPC de março/90, pelo que não deve permanecer a condenação ao pagamento da multa por embargos procrastinatórios.

Razão lhe assiste.

Em que pese a constatação de que a r. sentença *a quo* apreciou a questão abaixo do tópico “preliminar de litispendência” (fls. 628/629), pois esclareceu na decisão de embargos que “a litispendência e a coisa julgada são a mesma face de uma moeda, só que vistas em momentos processuais diferentes”, entendo que não houve a alegada intenção procrastinatória na oposição dos embargos declaratórios.

Isto porque a decisão não se manifestou expressamente quais as matérias que estavam sendo apreciadas em relação à preliminar de litispendência, sendo certo que a reclamada, em contestação invocou a litispendência e, posteriormente, através da petição de fls. 579/580, noticiou a ocorrência do trânsito em julgado da sentença proferida nos autos 1.461/92, acarretando em coisa julgada.

Evidencia-se, pois, que a reclamada efetivamente visava o esclarecimento da questão, não se vislumbrando a pretensão de protelar o feito.

Reformo a decisão a quo para excluir a multa por embargos procrastinatórios.

3.1.2 - Antecipação de 28,5% - Lei 8.222/91

A r. sentença de primeiro grau deferiu o reajuste de 28,5% no mês de janeiro de 1992, sob o fundamento de que a antecipação bimestral é devida cumulativamente com o reajuste quadrimestral, pois a Lei 8.222/91 deve ser interpretada de forma favorável ao empregado.

Merece reforma o r. *decisum*.

A Política Nacional de Salários consubstanciada na Lei 8.222/91 não encerra a conotação nem permite a interpretação que a recorrida lhe quer impingir, sob pena de manifesto *bis in idem*. A antecipação bimestral disciplinada no diploma legal citado não é cumulativa com o reajuste salarial exigível ao término do quadrimestre, pois no índice inflacionário que o informa já está embutido o percentual equivalente ao bimestre não compreendido pela antecipação legalmente prevista, não se justificando o seu repasse aos salários porque não fora esta a intenção legal, já que isto equiparar-se-ia a aumento real sobre a parcela salarial de até três mínimos, somente passível de concessão via negociação coletiva a teor do artigo 1º do diploma legal citado.

Na prática, a partir de janeiro de 1992, com a reposição inflacionária pertinente ao vencimento do primeiro quadrimestre na vigência da Lei 8.222/91, não mais se justificaria mais de uma antecipação salarial a cada quadrimestre, eis que uma delas coincidiria sempre com o reajuste quadrimestral. Não há dúvida, pois, que a intenção legal fora conceder antecipação bimestral em função do quadrimestre a que se refere.

Inobstante a confusa redação do texto legal, basta uma boa dose de atenção para se constatar que a aspiração do legislador não fora a concessão de reajustes bimestrais cumulativamente aos quadrimestrais. Os parágrafos 1º e 2º do artigo 3º hão de ser interpretados em sintonia com o artigo 2º, caso em que se verificará que as antecipações bimestrais disciplinadas no § 1º (hipótese dos autos) não alcançam indistintamente os trabalhadores dos Grupos I e III, porquanto possuem duas vertentes, ora se direcionando aos primeiros ora aos segundos, porém de modo intercalado. Assim, os trabalhadores pertencentes ao Grupo I, na vigência da Lei 8.222/91,

fizeram jus à antecipação salarial bimestral nos meses de **novembro, março e julho**, ao passo que aos componentes do Grupo III o direito tornou-se exigível nos meses **setembro, janeiro e maio**. Outra não poderia ser a interpretação, diante da ausência de coincidência entre as datas-base dos Grupos citados, pois na mesma época em que o Grupo I possuía reajuste quadrimestral o Grupo III era contemplado com uma antecipação salarial bimestral, e vice-versa.

Ambos os sistemas de reajuste - bimestral ou quadrimestral - tinham como fato gerador taxas inflacionárias pretéritas, ora parcial, ora integralmente. Assim, não procede o argumento de que um dos mecanismos do texto legal destinava-se a prevenir perdas salariais futuras se os índices de reajuste advinham da depreciação do poder de compra já efetivamente experimentado pelos trabalhadores. Demais disso, se cabível a cumulatividade, a antecipação salarial supostamente exigível concomitantemente ao reajuste quadrimestral somente seria passível de compensação no mês seguinte ao término do quadrimestre subsequente, o que seria um paradoxo por se basear em índice inflacionário medido em época anterior ao próprio quadrimestre de referência, pois ao término deste, com o repasse integral de inflação pretérita, as perdas salariais desapareceriam.

Toda a controvérsia em torno do assunto, repita-se, decorre da má redação do texto legal, porquanto a intenção do legislador não foi instituir dois mecanismos de reajuste com vistas à suposta reposição de perdas salariais futuras, sendo, ao contrário, notório o intuito de repassar à faixa salarial de até três salários mínimos a integralidade da variação inflacionária a cada quadrimestre, deduzida a antecipação salarial concernente à metade da inflação verificada no primeiro bimestre que o integra.

Por seu turno, a Lei 8.419/92 - que, aliás, revogou expressamente a Lei 8.222/91 - apenas assegurou, em seu artigo 4º, § 5º, o direito adquirido dos trabalhadores ao reajuste quadrimestral disciplinado no artigo 4º da norma legal extinta, nada estabelecendo acerca da cumulatividade perseguida. Os substituídos, por pertencerem ao Grupo A de que cuida o artigo 4º, § 1º, da Lei 8.419/92, fizeram jus, em maio de 1992, ao reajuste da ordem de 130,36% sobre a parcela salarial de até três salários mínimos, correspondente à inflação acumulada no quadrimestre precedente (janeiro a abril).

Note-se, a propósito, que a Lei 8.419/92 pôs fim às distorções geradas pela confusa redação da Lei 8.222/91, ao definir em artigos e parágrafos distintos os meses de exigibilidade dos reajustes quadrimestrais e das antecipações bimestrais. Em relação ao Grupo A, fê-lo nos artigos 4º, § 1º, e 5º, § 1º, respectivamente.

Por estas razões, **reformo** a sentença para excluir da condenação as diferenças salariais decorrentes da Lei 8.222/91 e reflexos.

3.1.3 - Horas extras

Insurge-se a recorrente contra a desconstituição das Folhas Individuais de Presença, acostado aos autos. Sustenta que as mesmos atendem aos requisitos legais, espelhando a real jornada de trabalho desenvolvida pela obreira, fato corroborado pelas próprias testemunhas da reclamante, sendo que a mesma não se desincumbiu do ônus de provar a alegada incorreção como lhe incumbia, nos termos do artigo 818, da CLT.

Inicialmente as FIPs (Folhas Individuais de Presença), não atendem o § 2º do artigo 74 da CLT, uma vez que expressamente o dispositivo legal determina a obrigatoriedade na anotação da hora de entrada e de saída, o que não ocorreu.

Em que pese a previsão constante nos ACTs quanto as referidas FIPs, estas apenas comprovam que o funcionário compareceu em seu setor de trabalho, ou seja, sua freqüência. O funcionário do Banco-réu, apenas assina as FIPs, sem contudo, anotar o horário real de entrada e saída, mascarando a real jornada desempenhada. Por conseguinte, longe está de demonstrar a realidade do labor despendido pelo obreiro em favor da empresa.

Ademais, desincumbiu-se a reclamante satisfatoriamente do ônus de corroborar a sua tese, pois emerge da prova oral produzida que as horas extras não eram corretamente remuneradas.

Com efeito, a 1ª testemunha ouvida a convite da autora, ALETE, afirmou que “**existe uma cota de horas extras rateadas entre os funcionários, não importando a real jornada do funcionário; que era o chefe da depoente quem fazia a distribuição de horas extras no final do mês**” (fls. 494).

Também a testemunha PEDRO afirmou que a reclamante não registrava a real jornada normal de trabalho, havendo orientação da reclamada neste sentido. Confirmou, ainda, que havia limitação do número de horas extras destinados à agência e que eram rateados entre os empregados.

Quanto à testemunha CARLOS, em que pese a alegação de que não havia impedimento para registrar a real jornada de trabalho, informou que normalmente as horas extraordinárias não eram anotadas pelos empregados, cabendo tal controle à chefia do setor, que permitia, em algumas situações, a compensação da jornada excedente.

Finalmente, a testemunha APARECIDA, ouvida por indicação da ré, confirmou que as horas extras eram registradas em controle à parte pela chefia do setor e **“que muitas vezes havia orientação de que as horas extras não seriam pagas pelo banco, ficando a critério do empregado cumprir ou não jornada extraordinária”** (fls. 608).

Cabalmente comprovada a invalidade das FIP's para demonstrar a real jornada desenvolvida, revelando-se correto o julgado em fixar a jornada pela média dos depoimentos prestados.

Destarte, **MANTENHO.**

3.1.4 - Horas extras - integração

A prestação de labor extraordinário era habitual e não eventual como alega a reclamada, razão pela qual integra a remuneração da obreira para o cálculo das verbas reflexas deferidas.

Sustenta a reclamada que as verbas: antecipação de férias, gratificação de caixa, gratificação de função e representação e abonos, devem ser excluídas da base de cálculo das horas extras, porque não constituem contraprestação do trabalho, mas gratificação pessoal de caráter indenizatório.

Razão não lhe assiste, também neste particular. As referidas parcelas possuem natureza salarial, e por isso integram a remuneração da autora para todos os efeitos legais e, em consequência, a base de cálculo de horas extras (Enunciado 264 do C. TST).

Quanto às antecipações, evidente que não se refere ao adiantamento de férias, mas sim às antecipações salariais decorrentes de lei ou acordo coletivo, o mesmo ocorrendo em relação aos abonos.

Mantenho.

3.1.5 - FGTS - multa de 20%

Requer a reclamada a reforma da r. sentença que o condenou ao pagamento da multa de 20% prevista no artigo 22 da Lei 8.036/90, aduzindo que se constitui multa administrativa, não revertendo em favor do empregado. Além disso, não houve pedido desta verba, caracterizando-se como decisão *extra petita*.

Entendo pessoalmente que a multa de 20% (vinte por cento) decorrente do artigo 22 da Lei 8.036/90 reverte ao empregado, conforme bem delineado pelo MM. Juízo a quo.

Neste sentido transcrevo ementa da Exma. Juíza Dra. Adriana Nucci Paes Cruz:

"FGTS. MULTA DO ART. 22 DA LEI 8.036/90. A Lei 8.036/90, em seu artigo 22, fixa multa ao empregador inadimplente ou em mora na obrigação de recolher o FGTS. Em que pese não esclareça de forma inequívoca o beneficiário da parcela, interpretação sistemática do aludido diploma legal autoriza concluir que a multa reverte em favor do empregado". TRT-PR-RO 4.196/93 - Ac. 5ª T. 11.795/94. Rel. Juíza Adriana Nucci Paes Cruz. DJPr. 08/07/94.

Ressalvado posicionamento pessoal, a maioria da D. Turma entende que a multa de 20% (vinte por cento) prevista na supramencionada lei, é destinada a empregadores que não realizaram os depósitos de FGTS no prazo estipulado pelo mesmo instrumento legal, tratando-se, pois, de multa aplicável na esfera administrativa.

Ademais, não houve pedido expresso da verba em questão, razão pela qual indevido o seu deferimento.

Portanto, **REFORMO** a r. sentença para excluir da condenação a multa de 20% (vinte por cento) prevista no artigo 22 da Lei 8.036/90.

3.1.6 - Multa do artigo 477, da CLT

No que concerne ao descumprimento de disposição expressa para quitação de verbas rescisórias, temos que o artigo 477 da CLT assegura a todo empregado, com contrato de trabalho por tempo indeterminado e dispensado sem justo motivo, o direito a uma indenização estabelecendo como prazo para o pagamento o primeiro dia útil imediato ao término do contrato.

Consta dos autos, às folhas 43/4, o termo de rescisão do contrato de trabalho com a respectiva homologação da entidade sindical, levada a efeito em 02 de agosto de 1995, em obediência ao artigo 477, § 3º e § 6º, alínea "a" da CLT, razão pela qual não é devida a multa postulada.

Quanto às verbas devidas, emanadas da r. decisão de 1º Grau, não há que se falar em multa pelo não pagamento dentro do prazo legal eis que encontram-se *sub judice* permanecendo como controversas até o desvendamento da lide.

Reformo, portanto, a r. sentença, para excluir da condenação a multa prevista no artigo 477, da CLT.

3.1.7 - FGTS

Nos termos do § 1º, do artigo 487, da CLT, o aviso prévio integra o tempo de serviço para todos os efeitos legais.

Portanto, ainda que indenizado, ante a sua natureza salarial, está sujeito à contribuição para o FGTS. Neste sentido a Súmula 305, do C. TST.

Quanto às demais parcelas, em virtude da sua natureza salarial, devida a incidência do FGTS.

Mantenho.

3.1.8 - Correção monetária

Pleiteia a recorrente a reforma da r. sentença no sentido de se determinar que o índice a ser adotado para a correção dos débitos trabalhistas seja o do mês subsequente ao da prestação de serviços. Alega que a correção

monetária somente tem incidência após o vencimento da obrigação, que ocorre na data em que se torna legalmente exigível.

A regra contida no parágrafo único do artigo 459 da CLT não passa de mera faculdade atribuída ao empregador, cabendo-lhe provar cumpridamente que dela fez uso, o que não ocorre na espécie.

Irrelevante, de qualquer sorte, se o pagamento dos salários se dava no mês de referência ou no subsequente, porquanto o mencionado dispositivo consolidado nada tem a ver com época própria ou termo inicial de incidência da correção monetária, apenas fixa prazo máximo para pagamento dos salários com o evidente propósito de coibir possíveis abusos pelo empregador, já que a ausência de pagamento, no prazo legal, sujeitá-lo-ia às penalidades previstas em lei. Ademais, o texto legal em tela regula apenas as situações inerentes ao salário, *strictu sensu*, não alcançando, ilustrativamente, vantagens outras como férias, décimo terceiro salário, verbas rescisórias, etc.

Assim, não há como conceber que no parágrafo único do artigo 459 da CLT está contido o marco inicial de incidência da correção monetária, pois na hipótese de o empregado vir a receber seus salários no próprio mês da prestação laboral, tornar-se-ia juridicamente inviável a aplicação do dispositivo de lei citado por não haver o empregador lançado mão da faculdade legal.

Em se tratando de débitos judiciais de natureza trabalhista, o índice de atualização monetária a se adotar é o do próprio mês em que houve a prestação do trabalho, sob pena de se suprimir quantia considerável do já espoliado patrimônio jurídico do trabalhador, ainda mais quando se sabe que as taxas inflacionárias normalmente não se originam da variação dos preços no próprio mês, a exemplo do Índice de Preços ao Consumidor de que cogita a Lei 7.730/89, aferível entre a segunda quinzena do mês anterior e a primeira do subsequente, e que servia de base para a atualização das cadernetas de poupança e, por força da Lei 7.738/89, corrigia os débitos judiciais de natureza trabalhista. Portanto, a prevalecer o entendimento da r. sentença, não estariam as quantias integrantes da condenação sofrendo correção monetária plena, notadamente no período de vigência da Lei 7.38/89, pois em relação a valores atinentes a janeiro de 1990, por exemplo, e considerando que a atualização recairia somente a partir do mês seguinte, estar-se-ia suprimindo pelo menos quinze dias da inflação de janeiro se considerarmos que o IPC de fevereiro refere-se ao interstício de 16 de janeiro a 15 de fevereiro de 1990.

A se adotar o critério propugnado pelo recorrente, estar-se-lhe-ia premiando a própria inadimplência com a supressão de um mês de correção monetária. O empregador está isento da correção monetária se faz uso da faculdade do artigo 459, parágrafo único, da CLT, pagando os salários de seus empregados no prazo legal. Se, no entanto, incorre em mora salarial, o marco inicial da correção monetária desloca-se para o mês da prestação dos serviços, sob pena de não se estar propiciando a plena recuperação do poder aquisitivo da moeda, finalidade intrínseca do instituto da correção monetária.

Em suma, não se trata de aplicar a correção monetária antes da consumação do fato gerador do direito - a prestação laboral durante o mês, em se tratando de mensalista -, mas de conservar plenamente o valor da contraprestação inadimplida, cujo termo inicial se dá a partir da época de vigência do salário (dia 1º), e não por ocasião de sua exigibilidade (quinto dia útil do mês seguinte, no mais tardar).

Em que pese entendimento pessoal supracitado, a maioria da D. Turma se posicionou conforme o Precedente Jurisprudencial da SDI 124, *in verbis*:

“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.”

Diante disso, reformo a r. sentença *a quo* para determinar a incidência da correção monetária a partir do mês subsequente ao vencido.

3.1.9 - Descontos fiscais e previdenciários

Insurge-se frente a r. sentença, requerendo que a Justiça do Trabalho se declare competente para apreciar e determinar os descontos previdenciários e fiscais sobre o crédito do empregado.

Ressalvado posicionamento pessoal em contrário - pois compartilho daquele esposado em sentença -, o entendimento majoritário da egrégia Turma é no sentido de que a Justiça do Trabalho detém competência para determinar a dedução alusiva ao imposto de renda.

Sem embargo da natureza social e tributária de que se revestem os institutos, trata-se de obrigação cujo fato gerador reside na condenação ao pagamento de verbas inerentes ao contrato de trabalho havido entre as partes. Haveria, sim, incompetência se, por exemplo, a União Federal ou o INSS viessem a litigar contra uma das partes perante o Judiciário Trabalhista, com vistas a exigir-lhes o cumprimento da obrigação legal.

O artigo 43 da Lei 8.212/91, com a redação que lhe deu a Lei 8.620/93 determina que "Nas ações trabalhistas de que resultar o pagamento de direitos sujeitos à incidência de contribuição previdenciária, o juiz, sob pena de responsabilidade, determinará o imediato recolhimento das importâncias devidas à Seguridade Social." Por seu turno, o artigo 46 da Lei 8.541/92 estabelece que "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 recebimento se torne disponível para o beneficiário." Tratam-se ambos os dispositivos de norma cogente, de interesse público, que sempre deve prevalecer sobre o particular (artigo 8º da CLT). Entendimento contrário, com estribo na figura do respeito à coisa julgada ou na inconstitucionalidade desses textos legais, ensejaria enriquecimento ilícito ao credor e sujeitaria o ex-empregador a dupla sanção, pois, se vier a ser acionado pelos órgãos arrecadadores, fatalmente terá que desembolsar quantias que eram de responsabilidade do ex-empregado e a cujo recolhimento estava legalmente obrigado na condição de substituto tributário.

Não procedem igualmente os argumentos de que não sofreria o reclamante a retenção de imposto de renda, ou lhe seria deduzida quantia inferior se tivesse sido regular o pagamento, porquanto a época própria para a retenção é o momento em que o *quantum* condenatório se torne disponível para o empregado.

Assente-se, também, que em se tratando de condenação judicial envolvendo parcelas de natureza salarial, a apuração do tributo eventualmente devido far-se-á pelo critério mensal, computando-se na base de cálculo inclusive os salários recebidos no mês da prestação dos serviços, a fim de se aquilatar se o montante mensal dos rendimentos - os recebidos e os obtidos pela via judicial - enquadra-se em uma das faixas de contribuição conforme tabela vigente no mês respectivo, ou se a hipótese continua a ser de isenção.

O critério se justifica, uma vez que a dedução do imposto de renda sobre a totalidade das verbas integrantes da condenação implicaria em punição injustificada ao contribuinte, pois desse modo estaria sujeito ao recolhimento de tributo muito mais elevado do que aquele a que eventualmente se sujeitou na época própria, se o empregador não houvesse deixado de pagar a integralidade dos salários no prazo legal.

REFORMO a r. sentença para determinar os descontos previdenciários e fiscais, mês a mês, observados os limites de contribuição.

3.1.10 - Honorários advocatícios

O artigo 1º, I, da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB) não estendeu à Justiça do Trabalho o princípio da sucumbência de que cogita o artigo 20 do CPC, porquanto a Lei 4.215/63 já dispunha semelhantemente em seu artigo 71, § 3º, ao atribuir competência privativa aos advogados à elaboração e subscrição de atos postulatorios em processos judiciais, bem assim a defesa em qualquer foro ou instância.

Ausente, *in casu*, incompatibilidade entre a lei nova e a lei anterior, permanecem, na esteira do artigo 2º, § 1º, da LICC, ilesas as regras contidas nos artigos 791 e 839 da CLT, sendo inexigíveis honorários advocatícios com espeque no princípio da sucumbência, ante a ausência de omissão do texto consolidado neste particular.

Aliás, o egrégio Supremo Tribunal Federal, em decisão liminar proferida nos autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.127-8, suspendeu a eficácia do artigo 1º, inciso I, da Lei 8.906/94, em relação à Justiça do Trabalho e aos Juizados de Pequenas Causas e de Paz.

No que pertine aos honorários assistenciais, esta Turma entende - ressalvado posicionamento pessoal em contrário - que não basta a declaração de dificuldade econômica, firmada pelo demandante, para que seja beneficiário da assistência judiciária, devendo necessariamente estar assistido pelo sindicato representativo de sua categoria profissional, nos termos do artigo 14 da Lei 5.584/70, o que não ocorre no caso.

Reformo a r. sentença para excluir da condenação o pagamento de honorários advocatícios.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, **DOU PROVIMENTO PARCIAL** ao recurso da reclamada para, nos termos da fundamentação, excluir da condenação as seguintes verbas: a) multa por embargos protelatórios, b) diferenças salariais decorrentes da Lei 8.222/91 e reflexos, c) multa de 20% (vinte por cento) prevista no artigo 22 da Lei 8.036/90, d) multa do artigo 477, da CLT, e) honorários advocatícios; determinar a incidência da correção monetária a partir do mês subsequente ao vencido e autorizar os descontos previdenciários e fiscais, mês a mês, observados os limites de contribuição.

3.2 - RECURSO DA RECLAMANTE (ADESIVO)

3.2.1 - Diferenças salariais - redução dos interstícios entre níveis

Pretende a recorrente o recebimento de diferenças salariais, a partir de setembro de 1991, em face da alegada redução dos interstícios salariais uniformes entre os níveis integrantes do Quadro Único de Carreira.

Por meio de acordo celebrado via dissídio coletivo com vigência no período de 01/09/90 a 31/08/92 (autos TST-DC-13.873/90.2), o reclamado instituiu novo Plano de Cargos e Salários, consistente na implantação de interstícios salariais uniformes entre os doze níveis componentes da escala salarial, a saber: diferença gradativa de 12% entre os níveis E1 a E9 e de 16% entre os níveis E9 a E12.

Não há discussão quanto ao fato de que a partir de setembro de 1991 a uniformidade entre os diversos níveis salariais deixou de ser observada em virtude da incorporação linear do abono de Cr\$ 35.700,00 aos salários de seus empregados.

O que se discute é se o reclamado se comprometeu, através do acordo celebrado nos autos de Dissídio Coletivo 13.873/90.2, à observância dos diferenciais uniformes entre as faixas salariais integrantes do Plano de Cargos e Salários. Não há dúvida que sim, pois o reclamado simplesmente se comprometeu a iniciar "de imediato os procedimentos de implantação do projeto elaborado pelo GT-PCS em 1988/1989, inclusive a unificação dos níveis básicos e superior da carreira administrativa", tanto que levou a cabo a promessa até agosto de 1991, retomando-a somente a partir de maio de 1993,

conforme concluiu esta Turma ao analisar matéria idêntica nos autos TRT-PR-RO-4.264/96.

Nada obstante o conteúdo da cláusula quarta do ACT 92/93, não há justificativa plausível para a não preservação dos diferenciais uniformes no período de setembro de 1991 a abril de 1993, pois o reclamado, através de acordo judicial vigente no período de 01/09/90 a 31/08/92, não só se comprometeu como efetivamente implantou o PCS com diferenciais uniformes entre os níveis da escala salarial, não se justificando, como se disse, a abrupta e unilateral redução destes, porquanto já se tratava de vantagem incorporada ao patrimônio jurídico de seus empregados, por força do ajuste levado a cabo.

A incorporação dos abonos instituídos pela Lei 8.178/91, exigíveis no período de 1º de março a 31 de agosto de 1991, foi posteriormente determinada pela Lei 8.238/91, de 4 de outubro de 1991, com efeitos financeiros retroativos a 1º de setembro de 1991, precisamente com vistas à preservação da irredutibilidade dos salários, *ex vi* de seu artigo 1º, § 1º.

Ocorre, todavia, que a incorporação do abono em nada deveria interferir na estrutura do Quadro Único de Carreira do reclamado, pois os interstícios uniformes entre os diversos níveis salariais foram assegurados por acordo celebrado via dissídio coletivo. Poderia e deveria haver a incorporação do abono, porém os diferenciais uniformes entre os níveis salariais não deveria ter sofrido qualquer alteração por se tratar de ajuste assegurado coletivamente, nada tendo a ver com a incorporação do abono determinada por lei, sendo situações totalmente estanques entre si.

Situação semelhante ocorre com os reajustes lineares determinados pela Lei 8.222/91, pois nada impedia que o reclamado aplicasse os índices por esta determinados (até a faixa de três salários mínimos) sobre os diversos níveis salariais, caso em que não deturparia em nada o Quadro de Carreira, já que os *interstícios uniformes* permaneceriam inalterados.

Não prospera a tese patronal de que o Plano de Cargos e Salários estava sob o efeito de lei de política salarial que impunha limites aos reajustes de salários. Obviamente, a Lei 8.178/91, ao implantar a política de preços e salários a ser seguida no período de 1º de março a 31 de agosto de 1991, assegurou aos trabalhadores certas garantias, mas não proibiu o

empregador de conceder majorações salariais acima do mínimo assegurado, o que, em verdade, constituir-se-ia em verdadeiro disparate, pois vige entre empregados e empregadores o princípio da livre negociação. Logo, não há que se falar que a referida norma de política salarial interferiu na avença coletiva então vigente.

O mesmo se diga no que pertine ao período de vigência da Lei 8.222/91, não podendo nela se escudar o reclamado para descumprir a avença coletiva firmada perante o E. TST, pois os reajustes por ela determinados não passavam de garantias mínimas asseguradas à classe trabalhadora, já que o referido diploma previu expressamente que a política salarial que implantara basear-se-ia na livre negociação coletiva.

Por tais fundamentos, **reformo** a r. sentença para deferir diferenças salariais no período imprescrito, porém limitadas até o mês de abril de 1993 (inclusive), por inobservância, nesse interregno, dos diferenciais uniformes entre os níveis integrantes do Quadro de Carreira do PCS, com reflexo nas parcelas que tenham como base de cálculo o salário, observado o período de existência das diferenças, antes mencionado.

3.2.2 - Ajuda-alimentação

Insurge-se a reclamante quanto ao indeferimento da integração do salário *in natura* em sua remuneração. Sustenta que o referido benefício era pago habitualmente e representava um *plus* salarial, conforme artigo 458 da CLT, sendo que a cláusula convencional que prevê a natureza indenizatória não deve prevalecer pois o referido artigo celetário é mais benéfico e superior hierarquicamente.

Não assiste razão à reclamante.

Entendo que o auxílio-alimentação integra a remuneração eis que apresenta caráter nitidamente salarial, contudo há previsão em ACT, do caráter indenizatório da referida verba - cláusula 9ª - sendo utilizado para ressarcimento de despesas com aquisição de alimentos.

MANTENHO.

3.2.3 - Restituição - contribuição patronal à PREVI

Sem razão a recorrente em sua pretensão de ver restituídos os valores pertinentes às contribuições vertidas pelo empregador à PREVI, eis que ausente amparo legal para tanto. Essas contribuições não são destinadas ao empregado diretamente, e sim à formação de um fundo comum destinado a beneficiar empregados filiados e seus dependentes, nos casos de aposentadoria ou morte ou necessidade de atendimento médico-hospitalar.

A prevalecer o entendimento da recorrente, também no sistema de previdência oficial teriam direito a quotas individualizadas em relação às contribuições de responsabilidade do empregador, o que não ocorre.

Inexiste amparo legal à restituição ao empregado demitido das quotas recolhidas pelo empregador a entidade de previdência fechada por este instituída e subvencionada. O Decreto 81.240/78, que regulamentou a Lei 6.435/77, apenas determina, em seu artigo 31, inciso VIII e § 2º, que no caso de cessação do contrato de trabalho deverá o plano de benefícios prever o valor do resgate correspondente, deixando a critério da entidade de previdência privada a fixação do montante segundo a idade e o tempo de contribuição, observado o mínimo de 50% do "montante apurado". No caso, o Plano de Benefícios da PREVI contempla apenas a devolução do equivalente a 98% das contribuições pessoais do empregado, deixando assente, no artigo 9º de seus Estatutos Sociais, que o empregado demitido, mesmo involuntariamente, perde a qualidade e as prerrogativas de associado.

Em que pese ponderáveis os argumentos da recorrente, afigura-se-me juridicamente impossível qualificar de salário indireto as contribuições vertidas pelo Banco do Brasil à PREVI, porquanto não se destinavam a retribuir o trabalho realizado, e sim a constituição de recursos visando não só a garantia de uma futura aposentadoria complementar ao empregado, como também a manutenção de um sistema de pecúlios em benefício dos associados em geral e seus dependentes. Ora, se o salário conceitua-se como sendo a retribuição da prestação de serviços pelo empregado, é evidente que as contribuições patronais à PREVI não podem receber tal conotação, de vez que possuem destinação e natureza jurídica diversas.

As contribuições vertidas pelo recorrido à PREVI não provieram do trabalho da recorrente - portanto, não foram extraídas de seus patrimônios -, mas sim de disposição estatutária a que se obrigou o recorrido junto à entidade de previdência privada que instituiu, fiscaliza e mantém.

Inquestionavelmente, as contribuições, não só patronais como também do empregado, possuem natureza previdenciária, como se infere do conteúdo das normas legais que as regulam (Lei 64.35/77 e Decreto 81.240/78), salientando-se que a base de cálculo das primeiras, segundo o parágrafo único do artigo 2º da Lei 8.020/90, não leva em conta o salário individual do empregado, mas sim "a massa de salários dos empregados participantes do respectivo plano de benefícios".

Por tais fundamentos, **mantenho** a r. sentença.

3.2.4 - Honorários advocatícios

Consoante já fundamentado quando da análise do recurso da reclamada, no âmbito da Justiça do Trabalho, somente se revelam cabíveis os honorários advocatícios nas hipóteses da Lei 5.584/70, sendo que o artigo 133 da Constituição não estendeu à Justiça do Trabalho o princípio da sucumbência de que cogita o artigo 20 do CPC, nem mesmo o fez o artigo 1º, I, do novo Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94), porquanto a Lei 4.215/63 já dispunha semelhantemente em seu artigo 71, § 3º, ao atribuir competência privativa aos advogados à elaboração e subscrição de atos postulatórios em processos judiciais, bem assim a defesa em qualquer foro ou instância.

Ausente, *in casu*, incompatibilidade entre a lei nova e a lei anterior, permanecem, na esteira do artigo 2º, § 1º, da LICC, ilesas as regras contidas nos artigos 791 e 839 da CLT, sendo inexigíveis honorários advocatícios com espeque no princípio da sucumbência ante a ausência de omissão do texto consolidado neste particular.

Reformo.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, **DOU PROVIMENTO PARCIAL** ao recurso da reclamante para, nos termos da fundamentação, deferir diferenças salariais no período imprescrito, porém limitadas até o mês de abril de 1993 (inclusive), por inobservância, nesse interregno, dos diferenciais uniformes entre os níveis integrantes do Quadro de Carreira do PCS, com reflexo nas parcelas que tenham como base de cálculo o salário, observado o período de existência das diferenças antes mencionado e excluir da condenação o pagamento de honorários advocatícios.

Pelo que,

ACORDAM os Juizes da Quinta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **EM CONHECER DE AMBOS OS RECURSOS, PRINCIPAL E ADESIVO**; por igual votação, rejeitar as preliminares argüidas. No mérito, sem divergência de votos, **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DA RECLAMADA** para, nos termos da fundamentação, excluir da condenação as seguintes verbas: a) multa por embargos protelatórios, b) diferenças salariais decorrentes da Lei 8.222/91 e reflexos, c) multa de 20% (vinte por cento) prevista no artigo 22 da Lei 8.036/90, d) multa do artigo 477, da CLT, e) honorários advocatícios; determinar a incidência da correção monetária a partir do mês subsequente ao laborado e autorizar os descontos previdenciários e fiscais, mês a mês, observados os limites de contribuição, com ressalvas do Exmo. Juiz Antonio Lúcio Zarantonello (Relator); por igual votação, **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ADESIVO DA RECLAMANTE** para, nos termos da fundamentação, deferir diferenças salariais no período imprescrito, porém limitadas até o mês de abril de 1993 (inclusive), por inobservância, nesse interregno, dos diferenciais uniformes entre os níveis integrantes do Quadro de Carreira do PCS, com reflexo nas parcelas que tenham como base de cálculo o salário, observado o período de existência das diferenças antes mencionado e excluir da condenação o pagamento de honorários advocatícios.

Custas na forma da lei.

Intimem-se.

Curitiba, 06 de maio de 1999 - **JOSE MONTENEGRO ANTERO** – Presidente - **ANTONIO LUCIO ZARANTONELLO** – Relator
- Ciente: **LUIS CARLOS CORDOVA BURIGO** - Procurador do Trabalho.

JUSTA CAUSA. MAU PROCEDIMENTO.
Comete justa causa para o despedimento o empregado que, sem autoridade para tanto, se utiliza do nome de seu empregador para prometer emprego a terceiros, cobrando “taxas” destes sob a promessa de contratação que não se efetivaria.

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da MM. 8ª Junta de Conciliação e Julgamento de Curitiba, sendo recorrente **ANTÔNIO CARLOS CARDOSO DA SILVA** e recorrido **VOLVO DO BRASIL VEÍCULOS LTDA**.

Inconformado com a r. sentença proferida pela 8ª JCJ de Curitiba (fls. 198/207), sob a presidência da Exma. Juíza Sandra Maria da Costa Ressel, que acolheu em parte os pedidos intentados na inicial, recorre a este Egrégio Tribunal o reclamante.

Pretende a reforma da sentença que rejeitou o seu pedido de reversão da justa causa na sua despedida e seus consectários (fls. 211/214)

Contra-razões apresentadas (fls. 217/221), o Ministério Público do Trabalho deixou de intervir no feito (fls. 225).

É o relatório.

ADMISSIBILIDADE

Regularmente apresentados, **CONHEÇO** do recurso ordinário do reclamante, assim como das contra-razões.

MÉRITO

(*) Publicado no Diário da Justiça do Paraná de 12/03/99.

Justa causa. Reversão. Verbas decorrentes

O reclamante alega que o Juízo de primeiro grau não formou corretamente seu convencimento em relação à justa causa, tendo se baseado no depoimento de uma única testemunha e em documento que não merece credibilidade, no seu entender.

Não tem razão. Restou sobejamente comprovado que o reclamante se utilizava do nome da empresa, prometendo emprego certo, cobrando por isso, ensejando, assim, o seu despedimento por justa causa.

Ao contrário do aduzido pelo autor, a ré comprovou robustamente os motivos que culminaram na sua despedida.

O documento de fls. 43, que se trata de declaração prestada pelo encarregado do setor de Recursos Humanos, José Milton Rodrigues, confirma claramente que o reclamante havia cobrado taxa no valor de R\$ 10,00 de duas pessoas, de nome Wilson e Edson, com a promessa de contratação pela reclamada, afirmando que tinha poder para tanto, visando, com isso, auferir vantagem pecuniária, já que não é este o sistema adotado pela empresa para a contratação de seus empregados.

O autor não logrou êxito em desconstituir tal documento, tendo-se limitado a afirmar não serem verdadeiras as informações ali constantes e não ter conhecimento delas. Em sua manifestação de fls. 142/143, defendeu, ainda, a impossibilidade de as pessoas ali nomeadas conhecerem o seu código como funcionário, argumento extremamente tênue, singelo, até, conforme observado pela MM. Junta. Com efeito, o subscritor do documento foi o Sr. José Milton Rodrigues, Analista de Recursos Humanos, baseado nas informações que lhe foram relatadas pelos candidatos ao emprego prometido pelo reclamante, que também assinaram a declaração.

Este mesmo empregado confirmou, em depoimento pessoal, as alegações da ré, tendo relatado com detalhes toda a situação ocorrida, testemunhando a coerência e sinceridade na descrição dos detalhes por aquelas pessoas que foram lesadas, bem como o nervosismo acentuado do demandante quando confrontado com elas. Atestou, também, que o reclamante demonstrou conhecer os dois homens e até os cumprimentou (fls. 194).

Segundo alegação da ré (fls. 30), colocado frente a frente com tais pessoas, o autor negou, primeiramente, tais fatos, afirmando, mais tarde, que haviam entendido errado e, por fim, que tentavam prejudicá-lo. Afirmou a ré, também, que a mesma situação voltou a se repetir outras vezes, não tendo o autor logrado êxito em comprovar que aquelas pessoas tinham o intuito de lhe prejudicar ou haviam entendido mal, conforme havia alegado para se defender.

Comprovado robustamente, portanto, a gravidade na causa que culminou com a dispensa do demandante, suficiente a romper a confiança indispensável à continuidade do vínculo, não havendo que se dar guarida à tese de arbitrariedade e preponderância do mais forte ou de que haveria a reclamada que se fundar em “outras informações” ou inquérito administrativo, sendo este prescindível no caso de empresas de natureza privada.

MANTENHO, portanto, a sentença que entendeu ter sido comprovado o mau procedimento, que deu causa ao afastamento do reclamante.

Pelo que,

ACORDAM os Juizes da Quarta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **EM CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO** e das contra-razões. No mérito, por igual votação, **EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DO RECLAMANTE**.

Custas inalteradas.

Intimem-se.

Curitiba, 27 de janeiro de 1999 - **DIRCEU PINTO JÚNIOR** -
Presidente Regimental - **ARMANDO DE SOUZA COUTO** – Relator.

INDEFERIMENTO DE PROVA TESTEMUNHAL. FATO PROVADO POR DOCUMENTO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE POR CERCEAMENTO NA PRODUÇÃO DA PROVA. Se o reclamante alega que as reclamadas formavam grupo econômico e, ao se manifestar sobre os contratos sociais juntados, entende que já ficou provado o fato, não pode alegar prejuízo, na instrução, ao ter indeferido o pedido para produzir nova prova, agora testemunhal, visando a provar o mesmo fato. Correto o indeferimento pelo juiz, aplicação subsidiária dos artigos 400 e 125 do Código de Processo Civil e do artigo 794 da CLT. Alegação de nulidade por cerceamento de defesa que se rejeita.

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da MM. JCJ de Arapongas - PR, em que é recorrente **JOSIMARA OLIVEIRA DE SOUZA** e recorrido **GOMES & GOULART - ME** e outros (2).

I RELATÓRIO

Sentença às fls. 60/65, parcialmente procedente. Dela recorre a autora.

Nas razões de fls. 67/76, alegando cerceamento de defesa preliminarmente. No mérito, pede reforma no tocante à responsabilidade solidária, jornada de trabalho, honorários de advogado.

^(*) Publicado no Diário da Justiça do Paraná de 23/07/99.

Contra-razões às fls. 78/83.

O Ministério Público do Trabalho não vislumbrou interesses que justificassem sua intervenção (fls. 85).

II. FUNDAMENTAÇÃO

1. ADMISSIBILIDADE

REGULARMENTE INTERPOSTO, CONHEÇO DO RECURSO E DAS CONTRA-RAZÕES.

PRELIMINAR DE CERCEAMENTO NA PRODUÇÃO DA PROVA

Requer a autora a nulidade da sentença e reabertura da instrução para que lhe seja possibilitada produção de prova quanto à responsabilidade solidária das reclamadas. A prova testemunhal foi obstada pelo Juízo às fls. 59.

Não prospera. O artigo 400 do CPC, de aplicação subsidiária, autoriza o juiz a indeferir a inquirição de testemunhas sobre fatos que só por documento puderem ser ou já estiverem provados.

A autora, ao manifestar-se sobre os documentos (contratos sociais) juntados pela reclamada, nada requereu, dizendo inclusive entender que estava comprovada a solidariedade por grupo econômico (fls.54/55). Assim, se a própria autora entendeu que o fato ficou provado pelos documentos juntados, não pode em recurso alegar cerceamento de defesa no indeferimento de sua pretensão de produzir nova prova, testemunhal, para confirmar o mesmo fato, conspirando contra a celeridade processual (CPC artigo 125). Aplica-se o princípio da transcendência (art. 794 CLT).

2. MÉRITO

1. SOLIDARIEDADE - GRUPO ECONÔMICO

Aduziu a autora sua pretensão contra as empresas ora recorridas, GOMES & GOULART, MEDEIROS E TOMIMITSU e a pessoa

física JOSÉ IBIAPINO DE MEDEIROS, buscando condenação solidária, embasada na tese de grupo econômico (art. 2º, § 2º CLT).

O que caracteriza o grupo econômico é, em síntese, a mesma direção, controle ou administração. Doutrinariamente, exige-se uma *relação de dominação ou, no mínimo, de coordenação* entre os integrantes do grupo, pois o conceito celetista é mais amplo que o similar em Direito Comercial.¹

A autora foi contratada formalmente pela primeira ré, GOMES & GOULART. Alegou que o terceiro réu, Sr. José Ibiapino de Medeiros, sócio do segundo réu, MEDEIROS & TOMIMITSU, era quem lhe dava ordens e quem lhe pagava, e que prestou serviços também para esta segunda reclamada.

No caso dos autos, as rés possuem personalidades jurídicas distintas nos contratos sociais. O Sr. José Ibiapino de Medeiros, terceiro reclamado, é sócio da segunda ré (fls.47/52).

Em depoimento, entretanto, o Sr. José confirmou que é irmão do titular da primeira ré, que mantém com ele negócios comerciais, que já deu palestras e orientações para funcionários da primeira ré, fazendo inclusive pagamento diretamente a funcionários de valores devidos a esta. Informou ainda que as empresas funcionam em barracões vizinhos e não há muro entre eles (fls.59). As empresas possuem o mesmo objeto social, qual seja, indústria e comércio de bijuterias (fls. 48/51). As empresas estão localizadas no mesmo endereço (fls. 37/39).

Este relacionamento bastante próximo demonstra que havia uma relação entre as empresas que, se não era de direção de uma pela outra, era de coordenação, em que o sócio de uma empresa, até por decorrência natural, como pessoa física ou jurídica, ajudava a gerir a outra empresa.

Ainda, deve-se ater à primazia da realidade e ao princípio protetor, pois, laborando para uma empresa situada no mesmo local que a outra, com o mesmo objeto social e as mesmas atividades, e tendo o sócio da empresa que indicou como solidária confirmado que dava orientações e fazia pagamentos a funcionários da empregadora oficial, evidente que não há como

¹ Maurício Godinho Delgado, em *Curso de Direito do Trabalho*, LTr., 1997, pgs. 406/407. A doutrina refere-se ao entendimento de Magano (dominação) e Mascaro Nascimento (coordenação), citados pelo autor nesta obra.

separar-se, pela mera formalidade do contrato social, os empregadores, que fazem na realidade parte de um mesmo grupo de fato, dentro do conceito que lhe atribui o artigo segundo da CLT, sendo irrelevante, diante da solidariedade, se saber para qual das empresas a autora prestou serviços, pois a tese que se está a defender é a de "empregador único".

Nem se argumente que a solidariedade não se presume, e é decorrente da Lei, pois justamente o artigo 2º, § 2º, celetário, é o autorizador da declaração de solidariedade entre os reclamantes.

Isto posto, REFORMO a sentença para declarar a existência de grupo econômico entre as reclamadas e determinar que sejam estas solidárias em relação às verbas oriundas da condenação.

2. JORNADA DE TRABALHO

A Junta considerou válido o acordo de compensação às fls. 40, fundamentada no depoimento da autora.

Todavia, em seu depoimento a autora apenas confirmou usufruir 15 minutos de intervalo, o que não afasta por si só a afirmação da inicial de que laborava em horas extras.

Por outro lado, é entendimento unânime nesta e. turma que o acordo de compensação é válido apenas se previsto em norma coletiva, e realizado com a assistência do sindicato. O "acordo coletivo" juntado a fls. 40 é absolutamente irregular pois não preenche nenhum dos requisitos legais.

Diante disso, reputo inválido tal acordo, sendo devidas horas extras à autora, com os seguintes critérios:

a) jornada declarada na inicial descontando-se mais 15 minutos que a autora confessou usufruir para lanche, ou seja, de segunda a sexta das 08h00 às 18h00 com uma hora e quinze minutos de intervalo.

b) são extras as horas excedentes à oitava diária.

c) divisor 220. Base de cálculo: remuneração global.

d) não atendida a formalidade legal, mas não ultrapassada a quadragésima quarta semanal, aplicável o enunciado 85 do TST, para que não haja *bis in idem*. Adicional convencional.

Reformo, nestes termos, para deferir horas extras além da oitava diária à autora e reflexos.

3. HONORÁRIOS DE ADVOGADO

A declaração às fls. 10 preenche os requisitos exigíveis pela Lei 1060/50, assim, devidos honorários advocatícios, no percentual de 15% do valor da condenação.

Isto posto,

ACORDAM os Juizes da Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **EM CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE** e das contra-razões. No mérito, por igual votação, **EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO** para, nos termos da fundamentação: a) declarar a existência de grupo econômico entre as reclamadas e determinar que sejam estas solidárias em relação às verbas oriundas da condenação; b) deferir horas extras além da oitava diária e reflexos à autora; c) deferir honorários advocatícios, no percentual de 15% do valor da condenação.

Custas acrescidas sobre o valor arbitrado de R\$3.000,00, no importe de R\$60,00.

Intimem-se.

Curitiba, 22 de junho de 1999 - **NEY JOSÉ DE FREITAS** -
Presidente Regimental e Relator.

EMPREGADO RURAL. PARCERIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PARA "PARCEIRO". VÍNCULO DE EMPREGO COM A FAZENDA. É empregado vinculado à fazenda aquele que presta serviços para "parceiro" desta, quando os elementos dos autos demonstram ser tal parceiro subordinado e economicamente débil, não podendo enfrentar os riscos da atividade de natureza agrícola empresarial. No caso, a denominação de "parceiro" é apenas uma tentativa de se mascarar verdadeiro contrato de emprego. Recurso a que se nega provimento para manter a decisão primeira que declarou o vínculo de emprego entre as partes.

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da MM. JCI de Rolândia - PR, em que é recorrente **JOÃO SCALONE** e recorrida **IRACY SILVA BARRETO**.

I. RELATÓRIO

Sentença às fls. 105/112, parcialmente procedente. Dela recorre o reclamado.

Nas razões de fls. 113/123, entende que não fez a autora prova do vínculo empregatício e consectários.

Contra-razões às fls. 128/131.

O Ministério Público do Trabalho não vislumbrou interesses que justificassem sua intervenção (fls. 133).

^(*) Publicado no Diário da Justiça do Paraná de 23/07/99.

II. FUNDAMENTAÇÃO

1. ADMISSIBILIDADE

REGULARMENTE INTERPOSTO, CONHEÇO DO RECURSO e das contra - razões. Observe-se que, apesar de marcada a data de 16.10.98 para julgamento (fls. 103), a sentença foi antecipada (fls. 105), pelo que havia necessidade de nova intimação, tendo a ora recorrente tomado conhecimento do julgado em 21.10.98 (fls. 112 v). Tempestivo, portanto, o recurso.

2. MÉRITO

RELAÇÃO DE EMPREGO ENTRE AS PARTES

A Junta reconheceu o vínculo de emprego entre a autora e o recorrente, determinando a anotação da CTPS e pagamento de verbas consectárias.

Insurge-se o reclamado, aludindo a que não provado o vínculo, pois a reclamante apenas ajudava parceiros agrícolas que laboravam na fazenda.

Não lhe assiste razão.

A recorrente admite a prestação de serviços às fls. 64, quando alega que: " a recte no decurso do tempo que residiu na propriedade rural, durante algum tempo laborou para seu próprio filho, parceiro rural da Fazenda." Portanto, não há que se falar em prova da prestação de serviços, havendo apenas que se analisar se o trabalho para parceiros da fazenda caracteriza vínculo com esta.

É meu entendimento que sim, embasado em respeitável doutrina de Márcio Túlio Viana e Barreto Prado², que concordam serem os parceiros rurais empregados rurais na acepção da Lei 5889, pois trabalham também para o dono da terra.

² *Curso de Direito do Trabalho, LTr, 1997, pg. 314.*

Esta mesma linha doutrinária, por certo conhecedora dos problemas trabalhistas na área rural, previne contra o que chamam de "falsa parceria", quando o parceiro na realidade é um empregado normal, homem pobre e inteiramente subordinado e dependente.

Tanto é esta a realidade do campo que o próprio estatuto da terra, anterior à Lei 5889, em seu artigo 96, já previa que a "falsa parceria" na realidade, era simples locação de serviços. Segadas Vianna, dizia ser o parceiro agrícola "o trabalhador mais espoliado do país", e Martins Catharino, que: "a parceria é simples fantasia do contrato de emprego"³. E a atual Lei protetiva do empregado rural só veio corroborar esta doutrina (art. 17).

Os elementos dos autos, por depoimento da testemunha do próprio reclamado, fiscal da fazenda, bem demonstram a realidade: "que como fiscal verificava se o café estava sendo produzido, se o pessoal estava trabalhando, remanejava o pessoal, determinando o que tinha que ser feito na lavoura"... que era muito difícil os porcentageiros contratarem terceiros para trabalhos; que eles mesmos faziam o serviço vez que do contrário não sobraria nada para eles"... que além dos serviços da parceria os porcentageiros faziam algum serviço de diária no campo para o réu" (fls. 102).

Ora, a autora, ao prestar serviços para seu filho (incontroverso), "parceiro" da reclamada, nada mais era do que legítima empregada da ré, conclusão plenamente autorizada pelos elementos dos autos e pela melhor doutrina, além de expressos dispositivos legais (art. 9º da CLT, art. 17 da Lei 5889), conforme se demonstrou. Intocável, portanto, a decisão da Junta.

Remanesce, como consectária, a condenação em anotar a CTPS da autora.

Mantenho, nestes termos.

2. PERÍODO LABORADO

Insiste a recorrente na controvérsia no que tange ao período laborado.

³ Obras citadas por Márcio Túlio Vianna no mesmo Curso de Direito do Trabalho, LTr, 1997 pg. 316: "O estatuto do trabalhador rural e sua Aplicação, 1965" - Segadas Vianna e "o trabalhador rural brasileiro", Catharino.

Todavia, ao contrário do que alega, não há elementos para infirmar o período alegado na inicial, pois, como posto em sentença às fls. 108, contestou tal período baseada apenas no tempo de serviço do marido da reclamante. O fato de não terem havido parceiros após 1992 é irrelevante, pois conforme o item 1, o que na realidade haviam eram contratos de trabalho visando diversas atividades, sendo independentes o contrato de trabalho da autora e a existência ou não de parceria rural.

Mantenho.

3. DESPEDIDA INDIRETA

Insurge-se ainda o autor contra a declaração de despedida indireta pela Junta. Todavia, o artigo 483, "d" da CLT, não só autoriza, como impõe o deferimento ao pedido da autora (fls. 03), pois, como exposto no item 1, descumpridas as obrigações decorrentes do contrato de trabalho.

4. VERBAS DEFERIDAS

Insurge-se o reclamado contra a condenação em pagamento das verbas decorrentes do contrato de trabalho, no tocante ao seguinte:

a) Fixação do Parâmetro Salarial:

Pretende o réu que seja declarado, com base na ausência de parâmetros para fixação do salário, que ele nada deve pagar à autora.

Data venia, não apresenta em recurso qualquer argumento jurídico válido para infirmar a determinação da sentença de que o parâmetro seria o salário médio declinado na inicial. Ora, havendo declaração de vínculo e despedida indireta, não havendo prova de qualquer pagamento, é claro que algo é devido, não sendo, por certo, a ausência de parâmetros, justificativa hábil a isentar a ré de sua dívida, pois devem ser fixados pela Junta por imperativo legal (CLT art. 879).

b) Aviso prévio - férias - 13º - indenização e FGTS

Diante da manutenção da condenação quanto ao vínculo e a forma de desligamento, resta mantida consequentemente a condenação no que tange às verbas acima.

c) Repouso Semanal Remunerado

A autora recebia por diárias, não sendo o fato de trabalhar apenas 15 a 18 dias por mês hábil afastar a percepção dos repouso (Lei 605/49 art. 7º).

Isto posto, mantenho integralmente a sentença no tocante às verbas deferidas à autora.

5. DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS SOBRE AS VERBAS DEVIDAS

Por força da Emenda Constitucional 20, de 15.12.98 (DOU 16/12/98), que acresceu o § 3º ao art. 114 da CF, devem ser determinados os descontos previdenciários sobre o crédito do reclamante, os quais **observarão os meses a que as parcelas que configuram salário de contribuição se referem.**

Quanto aos descontos fiscais, entendo incompetente a Justiça do Trabalho para autorizá-los (art. 114/CF), padecendo de manifesta inconstitucionalidade quaisquer leis ou provimentos que disponham de forma contrária.

Todavia, para evitar falsa expectativa que viria apenas a retardar de maneira injustificada o andamento do feito, curvo-me à orientação de que as normas pertinentes às deduções fiscais em análise compelem o órgão judicante a um dever administrativo (ainda que de ofício), eis que não dizem respeito à função jurisdicional típica, que visa à composição da lide. Nessa esteira, o tema em debate não se trata, assim, de matéria de natureza relativa à competência.

Ordena-se, então, a incidência dos descontos fiscais, os quais devem ser apurados levando em conta as tabelas e respectivas **parcelas mês a mês.** Isso porque o eventual recolhimento sobre o total percebido representaria, na espécie, um autêntico enriquecimento ilícito do Fisco em virtude de situações peculiares de contribuintes que não estariam sujeitos a pagamento de imposto de renda, caso houvesse a repercussão fiscal oportuna. Vale aí destacar, além do dever administrativo do Juízo pertinente aos recolhimentos ao Fisco, o de evitar o abuso de direito inegável que se

configuraria na hipótese de incidência do imposto de renda sobre o total do crédito trabalhista devido ao empregado.

Dar provimento para determinar a realização dos descontos previdenciários e fiscais, nos termos da fundamentação.

6. CORREÇÃO MONETÁRIA

Vêm sendo entendimento majoritário desta e. turma de que o índice de correção monetária é o do mês subsequente ao vencido. Todavia, no caso específico dos autos, não é esta a discussão que se apresenta, já que não houve recebimento pela autora de qualquer salário.

Pretende o réu que a correção monetária seja aplicável a partir do ingresso da ação e não da rescisão, como fixou a Junta, sob o fundamento de que a lei não socorre aos que dormem (fls. 122).

Não tem razão, pois não há embasamento legal para que se restrinja a correção monetária das verbas devidas à autora, uma vez que esta ingressou com a ação dentro do malho prescricional previsto, não havendo para o empregado rural sequer o limite do artigo 7º, XXIX, "a" da CF/88. Mantenho a sentença.

Isto posto,

ACORDAM os Juizes da Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **EM CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO** interposto e das contra-razões. No mérito, por igual votação, **EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO** apenas para determinar sejam procedidos os descontos previdenciários e fiscais sobre as verbas devidas à reclamante, nos termos da fundamentação.

Custas inalteradas.

Intimem-se.

Curitiba, 22 de junho de 1999 - **NEY JOSÉ DE FREITAS** -
Presidente Regimental e Relator.

SÓCIO RETIRANTE. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL. O sócio retirante responde pelas dívidas da sociedade até o momento de sua retirada. Se ao tempo da prestação de serviços pela exequente este ainda compunha a sociedade que, com sua retirada entrou em estado falimentar, responde com seu patrimônio particular, por aplicação analógica do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **AGRAVO DE PETIÇÃO EM EMBARGOS DE TERCEIRO**, provenientes da MM^a 13ª Junta de Conciliação e Julgamento de Curitiba, sendo agravante **VITOR ASCANIO CALDONAZO** e agravada **VANIA APARECIDA VENTURINI**.

I. RELATÓRIO

Trata-se de agravo de petição interposto pelo terceiro embargante, manifestando o inconformismo com a r. decisão de primeiro grau (fls. 41/42), da lavra do Exmo. Juiz do Trabalho Dr. Célio Horst Waldruff, que julgou improcedentes os embargos de terceiro aforados. Argúi a nulidade do mandado de penhora, porque expedido pelo Diretor de Secretaria e que os bens de sócio que não mais integra a executada não responde pelas dívidas trabalhistas, pelas razões que apresenta nas fls. 45/49.

Contraminuta nas fls. 53/55, sem oposição do Ministério Público do Trabalho (fl. 57) para o prosseguimento do feito.

II. FUNDAMENTAÇÃO

1. ADMISSIBILIDADE

^(*) Publicado no Diário da Justiça do Paraná de 14/05/99.

Presentes os requisitos legais de admissibilidade, conheço do agravo de petição do terceiro embargante.

Não conheço da contraminuta, por ausência de mandato à subscriptora da peça processual.

Por oportuno, trago à lume decisão do C. TST no mesmo sentido:

"PROCURAÇÃO. MANDATO TÁCITO. EXISTÊNCIA NOS AUTOS DE PEÇAS SUBSCRITAS PELO ADVOGADO. A regularização da representação processual há de estar revelada no prazo recursal, sob pena de inexistência do recurso, não podendo ser convalidados atos havidos por inexistentes pela lei processual civil. O fato de constarem do processo peças subscritas pelo advogado não revela a existência de mandato tácito, como pensa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que tem entendimento firmado no sentido de que "a prática de atos por advogado não configura mandato tácito, já que este decorre de previsão legal e não da reiteração de irregularidade" (ERE 116.752 - Ag.Rg., Relator Ministro Marco Aurélio, RTJ 139/269). Agravo regimental improvido. STF-Ag-AI-1ªT 172.455-3-MG - Rel. Ministro Ilmar Galvão - DJU 23/02/96. Pág. 3634"

2. MÉRITO

Nulidade do mandado de penhora

Não se acolhe a nulidade argüida pelo agravante, porque não comprovou nos autos que o mandado de penhora fora expedido por ordem do Diretor de Secretaria, deixando de juntar ao caderno processual cópia da referida peça ou da certidão que menciona ter sido lavrada na fl. 66 verso dos autos principais, para verificação do alegado, nos termos do art. 818, CLT.

Penhora sobre bens de sócios que se retiraram da sociedade

O MM Juízo de origem, ao fundamento de que o terceiro embargante integrava o quadro societário da ré até 60 dias antes do encerramento de suas atividades, que naquela oportunidade ocorreu a rescisão contratual da exeqüente e pela ausência de bens da executada para o pagamento do débito trabalhista, julgou improcedentes os embargos de

terceiro aforados, mantendo a constrição judicial sobre bem do sócio (fls. 41/42).

Inconformado, o terceiro embargante vem a Juízo em busca de reexame por este Tribunal, alegando que retirou-se da sociedade em novembro de 1995, que foi registrada a alteração no cartório de títulos e documentos (1º ofício), que houve mudança do endereço da sede da reclamada. Pugna pela desconstituição da penhora, por que ilegal.

Com efeito, para garantia da dívida (R\$ 5.209,27), foi penhorado um lote de terreno contendo uma casa de alvenaria, avaliado em R\$ 120.000,00 (auto de penhora e avaliação de fl. 25).

Consoante exposto na r. decisão agravada, a retirada do sócio Vitor efetuou-se 60 dias antes do encerramento das atividades da executada, o que ensejou a demissão da exequente.

Observa-se, ainda, que inobstante a retirada do sócio tenha ocorrido em novembro de 1995, o registro da alteração no quadro societário na Junta Comercial do Paraná ocorreu somente em 05/01/1996 (doc. de fl. 14). Portanto, ao tempo da vigência do contrato de trabalho, o sócio ora agravante integrava o quadro societário da ré.

Por derradeiro, não há indicação de bens da executada suficientes para o pagamento da dívida (r. sentença *a quo* - fl. 42), ausente qualquer prova nos autos a infirmar o noticiado.

Denota o documento de fls. 09/11, trazido pelo ora agravante, que além da compra de todas as cotas de Capital Social, os sócios ingressantes também adquiriram móveis de escritório e bens de propriedade particular dos sócios retirantes (cláusula primeira de fl. 09), os quais pretende reaver por inadimplência dos promitentes compradores (cópia da ação de depósito - fls. 17/21). Porém, repita-se, nada demonstrou o agravante quanto à existência de bens da executada passíveis de penhora, de forma a exonerá-lo da responsabilização pela dívida com seu patrimônio particular, eis que integrava o quadro societário da ré ao tempo da prestação de serviços pela exequente.

Possível, assim, divisar a responsabilidade do embargante, em razão do lapso temporal em que foi sócio da executada, isto porque a retirada

do quadro societário ocorreu apenas 60 dias antes do término do contrato, nos termos da r. sentença revisanda.

A Carta Trabalhista prevê nos artigos 10 e 448, "in verbis":

Art. 10 - Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

Art. 448 - A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

Razão pela qual estende-se ao sócio retirante a responsabilidade pelos débitos trabalhistas contraídos em período no qual participava do quadro societário da ré.

Relembrando o tema relativo à desconsideração da personalidade societária da empresa, esta foi albergada pelo Código Tributário Nacional (art. 135) e pelo Código de Defesa do Consumidor, cabendo sua aplicação analógica (art. 8º da CLT) ao Processo do Trabalho:

Art. 28 - O Juiz poderá desconstituir a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetiva quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

A retirada do sócio majoritário Vitor Ascânio Caldonazo, detentor de 4500 cotas do capital social, juntamente com José de Paula Cordeiro - com 500 cotas (cláusula primeira de fl. 12), próxima ao término das atividades da empresa sinaliza para a dissolução irregular da empresa, tanto mais quanto a r. sentença agravada cita a sua falência, após a transferência das cotas (fl. 42).

Esta é mais uma razão para que sejam passíveis de penhora os bens que integram o patrimônio particular do sócio retirante.

Corroborar tal entendimento o aresto jurisprudencial, cuja transcrição é oportuna:

"Os sócios que se despedem da sociedade são responsáveis pelas dívidas por ela contraídas até o momento da despedida." Ac. (unânime) TRT-9ª Região, 1ª T. AP 374/89, Rel. Juiz Pedro Ribeiro Tavares, DJ/PR de 31/01/90, pág. 14. (destacamos).

Tem-se, pois, que houve-se com acerto o MM Juízo de origem que determinou subsistência a penhora sobre os bens do sócio retirante.

Por tais razões, **nego provimento** ao agravo de petição do embargante.

Pelo que,

ACORDAM os Juizes da Quarta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **EM CONHECER DO AGRAVO DE PETIÇÃO DO TERCEIRO EMBARGANTE**, mas não da contraminuta, por ausência de mandato à subscritora. No mérito, por igual votação, **EM NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO**, nos termos da fundamentação.

Custas inalteradas.

Intimem-se.

Curitiba, 14 de abril de 1999 - **ROSEMARIE DIEDRICHS PIMPÃO** - Presidente Regimental e Relatora.

INDENIZAÇÃO. ARTIGO 1.531 DO CÓDIGO CIVIL. INAPLICABILIDADE. A punição pela conduta processual desleal da parte encontra-se na seção do Código de Processo Civil que trata da responsabilidade das partes por dano processual (art. 17 e seguintes), e não no artigo 1.531 do Código Civil. A sanção do artigo 1.531 do Código Civil “restou absorvida pela indenização mais abrangente da edição posterior do Código de Processo Civil”, ensina o Prof. e Min. TST Dr. João Oreste Dalazen.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da MM. Junta de Conciliação e Julgamento de Cianorte - PR, sendo recorrente **ADILSON FRANCISCO DOS SANTOS e COMPANHIA DE MELHORAMENTOS NORTE DO PARANÁ** e recorridos **OS MESMOS**.

RELATÓRIO

Inconformadas com a r. decisão de primeiro grau (fls. 98/109) que acolheu parcialmente os pedidos formulados, recorrem as partes a esta Corte.

O reclamante alega preliminarmente cerceamento de defesa por ausência do contraditório e inépcia da reconvenção; no mérito, pretende a reforma quanto à aplicabilidade do artigo 1.531 do Código Civil, aviso prévio e honorários advocatícios.

Adesivamente, a reclamada requer o reexame quanto aos descontos previdenciários e fiscais, aviso prévio e multa do art. 477 da CLT, horas extras, horas “in itinere”, reconvenção e correção monetária.

^(*) Publicado no Diário da Justiça do Paraná de 25/06/99.

Custas processuais e depósito recursal às fls. 129/130.

Contra-razões regularmente apresentadas.

A d. Procuradoria, em parecer às fls. 146, entendeu desnecessária a intervenção do MPT no presente feito.

É o relatório.

FUNDAMENTOS DO VOTO

ADMISSIBILIDADE

Regularmente interpostos, conheço dos recursos, bem como das contra-razões.

MÉRITO

RECURSO DO RECLAMANTE

NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DO CONTRADITÓRIO.

O reclamante requer sejam declarados nulos os atos processuais posteriores ao oferecimento da reconvenção de fls. 53/57, por ofensa ao princípio do contraditório e conseqüente cerceamento de defesa.

Em prol da nulidade pretendida, afirma que após apresentada a reconvenção pela reclamada não lhe foi concedido prazo para defesa, sendo afrontado o princípio do contraditório. Assevera que tinha o direito de ver o prosseguimento da audiência adiado para que pudesse contestar a reconvenção.

A preliminar não merece acolhida.

Atenta leitura do termo de audiência de fls. 39 registra que a reclamada apresentou reconvenção ao feito. A seguir, que foi dado vista à procuradora do autor, a qual teceu oralmente as ponderações transcritas na página mencionada.

A defensora do reclamante apresentou defesa oral à reconvenção na própria audiência. Não há como deixar de concluir que a parte já realizou o ato, não sendo possível repeti-lo, em virtude da preclusão.

Na seqüência informaram as partes que não pretendiam produzir outras provas, encerrando-se a instrução processual.

Não vislumbro afronta ao princípio do contraditório ou cerceamento de defesa, pois a parte autora teve oportunidade de manifestar-se contrariamente à pretensão da demandada.

De outro lado, o autor poderia ter requerido o adiamento da audiência naquela oportunidade, ou ainda através das razões finais (art. 795, da CLT). No entanto o demandante silenciou, autorizando o encerramento da instrução processual, sendo remissivas as razões finais (fls. 39). Extemporânea a insurgência, portanto.

REJEITO A PRELIMINAR.

INÉPCIA DA RECONVENÇÃO

No entender do reclamante a matéria abordada na reconvenção deveria ter sido alegada na peça contestatória, como defesa direta. Requer o indeferimento da reconvenção com fulcro no art. 295, III, do CPC, porque ausente pressuposto processual de interesse de agir.

O indeferimento da reconvenção na forma pretendida pelo recorrente não pode ser acolhido.

Ensina Humberto Theodoro Júnior que a reconvenção “é, na clássica definição de João Monteiro, *a ação do réu contra o autor, proposta no mesmo feito em que está sendo demandado*”. Ainda no dizer daquele mestre, a reconvenção é **mera faculdade, não um ônus como a contestação** (in Curso de Direito Processual Civil, vol. I, Ed. Forense, 7ª ed., pág. 417 - grifos nossos).

O r. Juízo resolveu receber o pedido formulado através de reconvenção “como requerimento integrante da contestação” (*sic*, fls. 100) por entender aplicável à espécie “a simplicidade orientadora dos atos em direito

processual do trabalho” (no tópico “Ausência de pedido reconvenicional” - fls. 99/100).

Não há como discordar que a conclusão do Colegiado de primeiro grau não obedeceu o rigor técnico ao analisar o requerido pelo reconvinente como integrante da contestação.

Entretanto, considero que neste ponto o autor não tem interesse para recorrer já que o r. Juízo de primeiro grau não recebeu a petição de fls. 53/57 como reconvenção. Neste raciocínio, não houve reconvenção e por consequência não há que falar em indeferimento da petição de fls. 53/57 por carência de interesse processual.

NADA A REPARAR.

APLICABILIDADE DO ARTIGO 1.531 DO CÓDIGO CIVIL

O r. Juízo acolheu o requerimento da reclamada (apresentado sob forma de reconvenção às fls. 53/57), condenando o reclamante a pagar à ex-empregadora o dobro do valor constante nos recibos de pagamento a título de “repouso remunerado adicionais”, pela aplicação do art. 1.531 do Código Civil. Por considerar a natureza alimentar do crédito trabalhista, limitou a condenação ao valor da maior remuneração recebida pelo reclamante na vigência contratual (fls. 106/108).

Descontente, recorre o reclamante pleiteando a reforma.

Razão lhe assiste.

A reclamada alegou que o pedido de pagamento de “descanso semanal remunerado sobre horas extras, sobre horas *in itinere* não pagos durante o tempo pactuado” é imotivado porque a defesa comprova o pagamento do dsr sobre horas extras e horas percurso, havendo conduta dolosa do reclamante ao tentar receber novamente os valores já pagos.

Com efeito, não é de admitir-se que qualquer reclamante, através do profissional que o representa, invoque a tutela jurisdicional alegando não ter recebido parcelas inequivocamente satisfeitas, constantes em

documentos colacionado pela própria parte, sem postulação de pagamento de diferenças.

Ocorre que a conduta do reclamante poderia no máximo evidenciar a litigância maliciosa, sendo remédio processual adequado para saná-la as disposições do Código de Processo Civil que tratam da litigância de má-fé.

Veja-se que até o próprio Juízo *a quo* caracteriza o procedimento do litigante como *flagrante má-fé processual revelada pelo pleito de verbas “ao sabor dos ventos”, sem qualquer embasamento fático* (fls. 107).

A punição pela conduta processual desleal da parte encontra-se na seção do Código de Processo Civil que trata da responsabilidade das partes por dano processual (art. 17 e seguintes), e não no artigo 1.531 do Código Civil.

Nesta diretriz também pronunciou-se o ilustre Ministro do C. TST, Dr. João Oreste Dalazen, no sentido de que a sanção do artigo 1.531 do Código Civil restou absorvida pela indenização mais abrangente da edição posterior do Código de Processo Civil (“Litigância de má-fé no processo trabalhista”, Revista Genesis, n. 28, abril/95, pág. 453/458).

O dever do litigante de indenizar as perdas e danos causados à parte prejudicada deveria ser baseado das disposições específicas do diploma processual brasileiro, e não na norma de direito material pretendida pela parte. Desta forma, sustento que a indenização deferida com amparo no artigo 1.531 do Código Civil não é devida, pois entendo que a norma em questão foi revogada com a edição do Código de Processo Civil em vigor.

REFORMO.

AVISO PRÉVIO

Requer o autor a reforma da decisão quanto ao aviso prévio do segundo contrato de trabalho, postulando a condenação da ré ao pagamento da verba.

Segundo a inicial, dois contratos de trabalho foram celebrados entre as partes. O primeiro perdurou de 01-04-96 a 11-11-96 e o segundo, de 01-04-97 a 14-06-97, tendo reclamado o autor que não recebeu o aviso prévio relacionado ao primeiro contrato e quanto ao segundo, que não teve redução de jornada.

Em defesa, alegou a ré que o primeiro contrato de trabalho foi rescindido por término normal de contrato de safra (doc. fls. 60); quanto ao segundo, por prazo indeterminado, foi rescindido sem justa causa por iniciativa da empregadora, cumprindo o reclamante “aviso prévio domiciliar” (fls. 42).

O r. Juízo estabeleceu ser indevido o aviso quanto ao primeiro contrato de trabalho, levando-se em conta a ausência de prova nos autos de que a extinção do contrato não havia ocorrido de forma normal, por implemento de condição resolutive.

No tocante ao segundo contrato, a r. sentença acolheu o argumento da defesa de que o aviso prévio fora cumprido “em casa”, entendendo-se que tal procedimento tem o mesmo efeito da dispensa do cumprimento.

Entretanto, aduziu o Colegiado ser indevida a indenização postulada porque a finalidade do aviso prévio foi observada vez que concedidos trinta dias para que o autor procurasse outro emprego. Ante a dispensa do cumprimento do aviso, condenou a reclamada ao pagamento da multa prevista no art. 477, parágrafo 8º, da CLT porque as verbas rescisórias foram quitadas fora do prazo legal assinalado no parágrafo sexto, alínea “b”, do aludido dispositivo legal.

A lei exige aviso prévio nos contratos por prazo indeterminado (art. 487 da CLT), impondo-se que durante o prazo do aviso o horário de trabalho normal do empregado deve ser reduzido de duas horas diárias ou alternativamente pela concentração destas horas em dias corridos (art. 488 da CLT).

Não há forma diversa de cumprimento de aviso prévio. Descumprida a determinação legal pela empregadora, devida ao reclamante o pagamento do salário correspondente ao período do aviso (art. 487, da CLT).

Pelo exposto, manifestei-me pela reforma da decisão quanto ao aviso prévio. No entanto, fiquei vencido pela douta maioria, a qual seguiu o entendimento do Colegiado de primeiro grau no sentido de que o cumprimento do aviso em casa equivale ao aviso prévio indenizado, tendo o mesmo efeito da dispensa do cumprimento.

DECISÃO MANTIDA.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Inconforma-se o recorrente com a decisão de primeiro grau que indeferiu o pedido de pagamento de honorários advocatícios.

Não tem razão.

Não estando presentes os requisitos da Lei 5.584/70, não cabe a condenação ao pagamento de honorários advocatícios no processo do trabalho.

De outro lado, entendo que o artigo 133 da Constituição não se revela auto-aplicável por não haver em nada inovado preceito muito dantes consagrado em norma legal ordinária (art. 68 da Lei 4.215/63), que nem por isso revogou o **jus postulandi** assegurado às partes na Justiça do Trabalho pelos artigos 791 e 839 da CLT. Tampouco o fez hodiernamente por haver sido guindado ao nível de norma constitucional, pois, como bem observa o eminente Vicente José Malheiros da Fonseca, a indispensabilidade do advogado à administração da justiça não é tão abrangente como possa parecer, encontrando restrições, segundo a locução do artigo 133 da Constituição, nos próprios **limites da lei**. De sorte que não há dúvida que a Carta Maior apenas recepcionou as normas ordinárias já vigentes acerca do tema em foco.

Não vislumbro prejuízo ao exercício do direito de ampla defesa em não se negar vigência ao **jus postulandi** conferido às partes no seio do Poder Judiciário Trabalhista, uma vez que estas detém a faculdade de contratar profissionais da advocacia para assegurá-lo em sua plenitude.

Sobre o tema, o egrégio Tribunal Superior do Trabalho sedimentou sua jurisprudência através da edição do Enunciado 219, reputando cabíveis os honorários advocatícios, no âmbito da Justiça do Trabalho, somente nas hipóteses da Lei 5.584/70, entendimento que mereceu ratificação

pelo Enunciado 329 da mesma Corte, deixando assente que mesmo após o advento da Constituição de 1988 prevalece o **jus postulandi** das partes no âmbito da Justiça do Trabalho.

É inegável que a contratação de profissional da advocacia pela parte vitoriosa judicialmente acarreta-lhe, inevitavelmente, a diminuição de seu patrimônio jurídico. Todavia, o artigo 133 da Constituição não estendeu à Justiça do Trabalho o princípio da sucumbência de que cogita o artigo 20 do CPC, nem mesmo o fez o artigo 1º, I, do novo Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94), porquanto a Lei 4.215/63 já dispunha semelhantemente em seu artigo 71, § 3º, ao atribuir competência privativa aos advogados à elaboração e subscrição de atos postulatórios em **processos judiciais**, bem assim a defesa em qualquer **foro ou instância**. Ausente, **in casu**, incompatibilidade entre a lei nova e a lei anterior, permanecem, na esteira do artigo 2º, § 1º, da LICC, íntegras as regras contidas nos artigos 791 e 839 da CLT, sendo inexigíveis honorários advocatícios com espeque no princípio da sucumbência ante a ausência de omissão do texto consolidado neste particular.

Aliás, o egrégio Supremo Tribunal Federal, em decisão liminar proferida nos autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.127-8, suspendeu a eficácia do artigo 1º, inciso I, do novel Estatuto da Advocacia e da OAB, no que se refere à Justiça do Trabalho, aos Juizados Especiais e de Paz.

MANTENHO.

RECURSO ADESIVO DA RECLAMADA

NULIDADE. “Do aviso prévio/multa do art. 477 - do julgamento *extra/ultra petita*”

Argumenta a reclamada que a decisão *a quo* não se ateu aos limites do pedido, pois a multa prevista no artigo 477 da CLT não foi elencada na petição inicial.

Assiste razão à recorrente.

O reclamante pretendia a indenização do período do aviso prévio; contudo, o r. Juízo entendeu que a dispensa do cumprimento do aviso prévio reduziu o prazo de pagamento das verbas rescisórias, culminando por

condenar a ré ao pagamento da multa prevista no art. 477, parágrafo 8º, da CLT (o fato foi anteriormente mencionado, na análise do item “aviso prévio”, no recurso do reclamante).

Em que pese a observação da sentença de que não se tratava de julgamento “extra petita”, pois quem pede o mais, pede o menos, procedendo-se apenas ao enquadramento legal das pretensões do autor, a parcela não foi arrolada no pedido.

Sendo assim, a decisão *a quo* concedeu além do pleiteado (art. 460, CPC), não sendo o caso de declarar a nulidade integral do julgado, mas apenas extirpar a parte excedente da condenação, a qual ultrapassou o pedido.

Acolho a preliminar de julgamento *ultra petita* para extirpar da condenação o pagamento da multa do art. 477 da CLT.

JORNADA DE TRABALHO

a) Apuração das horas extras minuto a minuto

Pretende a reclamada a exclusão da condenação dos minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho na apuração das horas extras, transcrevendo ementa de decisão que desconsidera quinze minutos anteriores e posteriores ao horário de trabalho.

Sem razão.

A restrição pretendida não constou em defesa (fls. 44/45), configurando inovação recursal vedada em nosso ordenamento jurídico, por importar em supressão de instância.

NADA A REPARAR.

b) Horas “in itinere”

Cinge-se a reclamada a requerer a alteração do tempo considerado “in itinere”. Afirma que a decisão estabeleceu o tempo de trinta minutos, enquanto as partes convencionaram que diariamente o reclamante consumia dez minutos no percurso de sua residência para o trabalho e igual tempo para retorno.

O Colegiado de primeiro grau estabeleceu como sendo de 20 minutos o período de deslocamento diário do reclamante da residência para o trabalho até 30-04-97 e de 30 minutos a partir de 01-05-97 porque a cláusula oitava da CCT 97/98 assegurou aos trabalhadores um tempo mínimo de trinta minutos diários para percursos de até 15 km, caso do reclamante.

Entendeu o Juízo *a quo* que seria vedada a transação deste tempo por afrontar ao princípio da irrenunciabilidade (fls. 103).

A decisão não merece reforma no particular.

Não se pode ignorar que o disposto na convenção coletiva passou a integrar o contrato de trabalho. Entendimento diverso implica em contrariar o contido no inc. XXVI do art. 7º da Constituição Federal que determina o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, os quais têm como sucedâneo a melhoria da condição social do trabalhador (art. 7º, “caput”). Sendo assim, era lícito às partes acordar o tempo de percurso no período de vigência do instrumento normativo apenas se fosse de modo mais favorável ao trabalhador, sob pena de prejuízo ao empregado.

Correta a decisão *a quo*.

MANTENHO.

RECONVENÇÃO

Inconforma-se a reclamada com a limitação da r. sentença quanto à indenização, que deveria ser estendida sobre todos os valores recebidos que não foram objeto de ressalva e não apenas pela parcela do descanso semanal remunerado.

PREJUDICADO, ante o decidido no recurso do autor.

CORREÇÃO MONETÁRIA. ÉPOCA PRÓPRIA.

Alega a reclamada que o índice de correção a ser aplicado deve ser o do mês subsequente ao efetivamente laborado e não o do próprio mês.

Sem razão, no meu entender, porque as verbas deferidas pela sentença têm caráter salarial, na medida em que estão recompondo o salário

do autor. Portanto, sofrem correção monetária pelo mesmo critério dos salários inadimplidos, ou seja, o crédito do empregado nasce concomitantemente com o trabalho realizado, no mesmo mês.

A prerrogativa que a Lei confere ao empregador, de efetuar o pagamento até o quinto dia útil do mês subsequente (arts. 2º do DL 75/66 e 459, parágrafo único, da CLT) é mera permissividade, diretamente ligada à pontualidade do empregador, e não implica em transferir a obrigação para o mês seguinte, tanto que o texto legal refere-se ao "... quinto dia do mês subsequente ao vencido" (grifo nosso). Por certo, em caso de inadimplência, não fará jus o devedor a tal prerrogativa, sob pena de enriquecimento sem causa do empregador.

Atualmente, apenas ressalvo tal posicionamento para acatar a decisão da d. maioria desta E. 3ª Turma que assim se pronuncia, conforme voto da Emin. Juíza Wanda Santi Cardoso da Silva:

A tradição legal haurida nas sucessivas normas que cuidaram da matéria (Decreto-Lei 75/66, Lei 6.423/77, Decreto-Lei 2.322/87, Medida Provisória 38/89 e Lei 8.177/91), fixam como marco do início da correção, a data do vencimento da obrigação, quando se tornam exigíveis as parcelas.

Considerando que a CLT, artigo 459, parágrafo único, autorizava o pagamento dos salários até o décimo dia do mês seguinte ao laborado, sendo alterada a respectiva redação pela Lei 7.855/89 para estabelecer o quinto dia útil, entendo que este é o momento em que se afere o inadimplemento e se revela a exigibilidade do crédito.

Por evidente, excetuam-se de tal determinação o décimo terceiro salário e as férias, os quais por imperativo legal têm remuneração no mês específico (art. 145, da CLT e art. 1º do Decreto 57.155/65).

REFORMO, para determinar a incidência da correção monetária a partir do mês subsequente ao trabalhado. Por evidente, excetuam-se de tal determinação o décimo terceiro salário, verbas rescisórias e as férias, os quais por imperativo legal têm remuneração no mês específico (art. 145, art. 477 da CLT e art. 1º do Decreto 57.155/65).

DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS

Requer a reclamada a reforma do julgado quanto aos descontos previdenciários e fiscais

Sustento não ser da competência desta Justiça Especializada (*caput* do art 114, da CF/88) ingerrir-se nas relações obrigacionais entre empregadores inadimplentes e os órgãos arrecadadores de contribuição fiscal, não cabendo a apreciação de tal pedido na decisão *a quo*

Todavia, apenas ressalvo tal posicionamento para acatar a decisão da d maioria desta E 3ª Turma que assim se pronuncia, conforme voto do Exmo Juiz Altino Pedrozo dos Santos

“Insta salientar, de início, a competência material desta Justiça Especializada, sendo oportuna a transcrição do recente Enunciado 1 da Súmula de Jurisprudência do TRT da 8ª Região

‘IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. OBRIGAÇÃO DO DEVEDOR. I A Justiça do Trabalho é competente para decidir litígios acerca de descontos previdenciários e para o imposto de renda, incidentes sobre parcelas remuneratórias, por ser essa controvérsia decorrente de relação de trabalho Inteligência do art 114, caput , da Constituição Federal II Incumbe ao devedor calcular, reter e recolher os encargos previdenciários e para o imposto de renda, incidentes sobre parcelas remuneratorias, respeitando as legislações respectivas, inclusive quanto a limites de isenção e deduções por dependentes econômicos, e comprovando os recolhimentos perante o órgão judiciário trabalhista competente (DOE, caderno 4, 28 726, 28 727 e 28 728, de 1º, 2 e 3 de junho de 1988) ’

A sujeição aos descontos previdenciários é imperativo legal, fixado no artigo 43 da Lei 8 620, de 5 de janeiro de 1993, que alterou as Leis 8 212 e 8 213, de 24 de julho de 1991, cujo teor é o seguinte

‘Nas ações trabalhistas de que resultar o pagamento de direitos sujeitos à incidência de contribuição previdenciaria o juiz, sob pena de responsabilidade, determinará o imediato recolhimento das importâncias devidas a Seguridade Social ’

Na seqüência, o artigo 44, complementando o anterior, estabelece que:

'A autoridade judiciária velará pelo fiel cumprimento do disposto no artigo anterior, inclusive fazendo expedir notificação ao Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS, dando-lhe ciência dos termos da sentença ou do acordo celebrado.'

Da leitura do primeiro artigo em foco, extrai-se que indiscutivelmente há competência material da Justiça do Trabalho para apreciação da questão relativa aos descontos previdenciários, pois a esta cabe determinar o imediato recolhimento dos mesmos e, inclusive, determinar as medidas necessárias ao cálculo, dedução e recolhimento das contribuições devidas pelo empregado ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, em razão de parcelas que lhe venham a ser pagas por força de decisão proferida em reclamação trabalhista, nos termos da orientação contida no artigo 3º do Provimento 1, de 5 de dezembro de 1996, da egrégia Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, *verbis*:

'Art. 3º - Compete ao juiz da execução determinar as medidas necessárias ao cálculo, dedução e recolhimento das contribuições devidas pelo empregado ao Instituto Nacional do Seguro Social, em razão de parcelas que lhe vierem a ser pagas por força de decisão proferida em reclamação trabalhista (art. 43 da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 8.620/93).

§ 1º - Homologado o acordo ou o cálculo de liquidação, o juiz determinará a intimação do executado para comprovar, nos autos, haver feito o recolhimento dos valores devidos pelo empregado à Previdência Social.

§ 2º - Havendo pagamento de parcelas de direitos trabalhistas, não comprovado o recolhimento previsto no § 1º, o juiz dará imediata ciência ao representante do Instituto Nacional de Seguridade Social, determinando a remessa mensal do rol dos inadimplentes, procedendo da mesma maneira em caso de alienação de bens em execução de sentença.'

Conclui-se, portanto, que se trata não só de dever legal, mas, também, de dever de ofício, estabelecido no artigo 35 da Lei Complementar 35, de 14 de março de 1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), pelo que, não há que se cogitar de incompetência material da Justiça do Trabalho,

no caso, pois os dispositivos legais antes mencionados não atitam com o artigo 114 da Constituição Federal.

Com relação à responsabilidade referente aos descontos previdenciários, impõe-se o entendimento de que é tanto do empregado quanto do empregador, de acordo com os artigos 195, incisos I e II, da Constituição Federal, 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c", e aqueles pertinentes às Leis 8.212/91 e 8.620/93, não havendo amparo legal a eventual pretensão de se impor tão-somente a este último a responsabilidade no recolhimento dos referidos encargos.

Quanto ao imposto incidente sobre os rendimentos pagos em cumprimento de decisão judicial, de acordo com o artigo 46 da Lei 8.541, de 23 de dezembro de 1992, "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".

Trata-se de obrigação legal (e, via de consequência, de autorização também legal), dirigida a parte perfeitamente identificada - a **pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento** -, a quem cabe, exclusivamente, a obrigação de calcular, deduzir e recolher o imposto sobre a renda devido pelo reclamante sobre rendimento pago em cumprimento de decisão judicial, no momento em que este rendimento seja colocado à sua disposição, limitando-se a atuação do juiz à simples autorização para que a fonte pagadora proceda à retenção, sem se imiscuir ou deliberar - aqui, sim, a incompetência do juízo - sobre base de cálculo, alíquotas, etc., de atribuição do órgão arrecadador.

Sob outro ângulo da questão, muito embora a Lei 8.541/92 não contenha norma de conduta dirigida expressamente ao juiz, à semelhança do que ocorre em relação aos descontos previdenciários, há que reconhecê-la implícita no citado artigo 46, mesmo porque esse reconhecimento se revela salutar para a rápida solução do litígio, escopo maior do processo trabalhista, na medida em que decide sobre questão jurídica passível de discussão na fase de execução da sentença, postergando, assim, a satisfação do julgado, como tem demonstrado a própria experiência.

No tocante à responsabilidade pelo encargo, e a exemplo do raciocínio exposto quando do exame dos descontos previdenciários, não há amparo legal na pretensão de transferi-la para o empregador, pois tal

responsabilidade cabe àquele que esteja auferindo a receita sujeita ao fato gerador, o empregado, no caso, mormente em se tratando de parcelas cujo débito foi reconhecido somente através de decisão judicial.

Importante ressaltar que, em razão da condenação judicial envolvendo parcelas de natureza salarial, a apuração do imposto de renda far-se-á pelo critério mensal, para que, deparando-se com o montante mensal dos rendimentos (os pagos no curso do contrato de trabalho ou os auferidos por força da condenação), se possa avaliar a faixa de contribuição ou possível isenção.

Tal medida é imperiosa, de vez que a dedução do imposto de renda sobre a totalidade das verbas objeto da condenação importaria prejuízos ao contribuinte, no caso o reclamante, que suportaria recolhimento do tributo em valor superior àquele devido na época própria, caso seus direitos fossem integralmente satisfeitos na vigência do contrato de trabalho.

Em conseqüência, determino que os descontos fiscais sejam efetivados mês a mês, observados os limites de contribuição.”

Merece reforma a r. sentença, para determinar o cumprimento do Provimento 01/96 da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, observando a fonte pagadora que os cálculos sobre o imposto de renda e previdenciários sejam efetivados mês a mês.

REFORMO.

Isto posto,

ACORDAM os Juizes da Terceira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DOS RECURSOS**; por igual votação, rejeitar as preliminares de nulidade por cerceamento de defesa e inépcia da petição de reconvenção; no mérito, por maioria de votos, **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DO RECLAMANTE** para, nos termos da fundamentação, excluir a condenação ao reclamante quanto ao pagamento de indenização com base no artigo 1.531 do Código Civil, vencido parcialmente o Exmo. Juiz Relator; por unanimidade de votos, **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ADESIVO DA RECLAMADA** para, nos termos da fundamentação: 1) acolher a preliminar de julgamento *ultra petita* para extirpar da condenação o

pagamento da multa do art. 477 da CLT; II) fixar os critérios para incidência da correção monetária; III) determinar as contribuições previdenciárias e os descontos fiscais, calculados mês a mês.

Custas inalteradas.

Intimem-se.

**Curitiba, 22 de abril de 1999 - ROSALIE MICHAELE
BACILA BATISTA – Presidente - JUVENAL PEDRO CIM – Relator.**

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. REPETIÇÃO DE PEDIDO QUE EXPRESSAMENTE RENUNCIOU. É flagrante a má-fé do Reclamante que, tendo declarado-se pobre para obter assistência judiciária gratuita, não só tem rejeitado este pedido pelo primeiro grau como é enquadrado no artigo 4º §1º, da Lei 1.060/50, diante da revelação dos autos de que percebeu valores substancialmente expressivos nas rescisórias, além de elevados salários no curso de de trabalho. Inconformado, em embargos de declaração, pede o afastamento da pena, apresentando suas razões e aduzindo que desistia expressamente do pedido de assistência judiciária gratuita, pois propenso a não mais recorrer, com o que obteve revogação da pena. Entretanto, ao desonrar tais compromissos - pois, de forma desleal, não só recorreu, como renovou o pedido que havia renunciado - confirma sua inclinação em litigar de má-fé, em indiscutível demonstração de que a ausência de mecanismos efetivos de repressão ao lucro fácil, na Justiça do Trabalho, leva inevitavelmente à audácia que se descortina *in casu*. Violando o artigo 17 do Código de Processo Civil, subsidiariamente aplicável nesta Justiça especializada, impõe-se-lhe a pena de indenizar a Reclamada pelos prejuízos processuais que esta sofreu.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, procedentes da **MM. 8ª JUNTA DE CONCILIAÇÃO E**

^(*) Publicado no Diário da Justiça do Paraná de 22/01/99.

JULGAMENTO DE CURITIBA, em que é recorrente ANTÔNIO NUNES e recorrida EMPRESA PARANAENSE DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA E EXTENSÃO RURAL.

I RELATÓRIO

Inconformado com a r. sentença de fls. 138/147 que julgou improcedentes os pedidos, recorre o Reclamante a este Tribunal, alegando, em resumo, que são devidas horas extras, requerendo, ainda, isenção das custas processuais e honorários advocatícios.

Custas recolhidas (fl. 159).

Contra-razões apresentadas (fls. 167/172).

O Ministério Público do Trabalho, deixa de opinar, ante a ausência de matéria que justifique sua intervenção (fl. 175).

É, em síntese, o relatório.

II FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

Regularmente interposto, **CONHEÇO DO RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE**, bem como, das contra-razões.

MÉRITO

1- Horas extraordinárias. Prorrogação da jornada laboral do recorrente entre os meses de abril a agosto de cada ano do pacto.

Remetendo aos depoimentos produzidos, além do seu próprio, e mencionando jurisprudência, não se conforma o Reclamante com a r. sentença que indeferiu seu pleito de horas extras, ao fundamento de que a prova testemunhal revelou-se insegura, incerta e imprecisa.

Data vênia, mas o Reclamante não observa a melhor e mais clara forma de peticionar, pois na exordial, ao registrar seus **Dados Funcionais**, limita-se a alegar que:

“A jornada de trabalho era das 7.30 até às 17.30/18.00 horas de segunda a sexta-feira. Dispunha, em média, de menos de 1 hora de intervalo intrajornada.” (fl. 03).

A seguir, no item 3.5 - **Horas Extras**, lança:

“Pagamento como horas extras de todas as excedentes da 8ª diária e 44ª hora semanal, como também o tempo de intervalo intrajornada trabalhado e não usufruído, com adicional de 50% sobre a hora normal; bem como em 100% às excedentes das duas primeiras horas extras diárias, conforme cláusula 8ª da CCT 95/96.” (fl. 15).

No item 4.5 **Dos Pedidos**, requer o pagamento de horas extras, como retro descrito (fl. 16). Com benevolente interpretação, conclui-se que a causa de pedir consta, em verdade, do primeiro item - **Dados funcionais**, e não dos itens seguintes que correspondem ao próprio pedido.

Diante do pleito, a Reclamada, em defesa (fl. 80), assevera que o Reclamante prestava serviços das 08h00min às 12h00min e das 13h00min às 17h00min (ou 14h00min às 18h00min), de segunda a sexta-feira, sempre observado o intervalo intrajornada, aduzindo que, tendo permanecido durante a contratualidade à disposição da Secretaria Estadual de Agricultura e Abastecimento, onde prestava serviços sem qualquer tipo de controle de jornada.

Em manifestação sobre a defesa, pretende o Reclamante que, ante a inexistência de controles de jornada durante o pacto laboral, seja a Reclamada considerada confessa, prevalecendo o horário da exordial (fl.120).

Só em seu depoimento de fl. 135 veio o Reclamante fazer referência à jornada de trabalho que alega ter praticado, quando o razoável e processualmente correto, seria que o fizesse, já na exordial. Disse:

“De março de 92 a abril de 1997, ficou a disposição da Secretaria de Agricultura, laborando internamente no edifício da mesma. Somente o horário oficial e que foi marcado nas folhas ponto e relógio ponto da Secretaria de Agricultura - SEAB, qual seja das 8 às 12 horas e das 14 às 18 horas, de segunda a sexta-feira. O depoente trabalhava neste horário, com exceção dos meses de abril a agosto, para os quais trabalhava das 7 às 12 horas e das 13 às 18 horas, de segunda a sexta-feira. Neste época havia

acúmulo de projetos enviados do interior. Esta prorrogação de jornada não era marcada nos registros. Não compensou os elásticos de nenhuma maneira .”

O Preposto, ao abordar a questão dos horários do Reclamante, revelou-se impreciso, não denotando conhecimento sobre a vida funcional do mesmo, pois disse, em fls. 135/136:

“O horário de trabalho do Reclamante na SEAB deveria ser o mesmo da Emater. Não sabe se o Reclamante elasteceu o horário, ou melhor, tem certeza que não elasteceu porque as informações da SEAB é que a jornada foi normal....A jornada do autor era controlada pela SEAB por folha de frequência.” (Com grifos de agora).

A primeira testemunha indicada pelo Reclamante e, que com este trabalhou a partir de 1992 até junho de 1997, não lhe socorre as alegações, pois depõe em fl. 136:

“Não visualizava diariamente o reclamante, no que tange ao horário, já que laboravam em salas separadas, mas quando a depoente chegava às 7h30min o reclamante já encontrava-se no local, e quando saía as 18h30/19/20 horas o autor permanecia no local. Isto acontecia de abril a agosto. Não sabe quanto tempo o reclamante usufruía de intervalo.” (Meus grifos).

Considerando que o Reclamante, em seu depoimento, admite que laborava até as 18 horas em tais períodos, o fato de sua testemunha declinar horário mais elástico compromete a eficácia de prova indene de dúvidas, sobretudo, quando laborava em local diverso daquele do Reclamante.

A segunda testemunha arrolada pelo Autor e que com este trabalhou na SEAB por três anos e meio, escoados em 1995, também não produz prova a seu favor, pois assevera:

“Trabalhou no mesmo setor e horário. O horário de trabalho normal era das 8 às 12 e das 14 às 18 horas. Durante 8 a 9 meses por ano, o Reclamante chegava entre 7h/7h10 e retornava do intervalo às 13 horas .”

Tal testemunha, com efeito, não merece crédito, pois anuncia horário elástico, em período que sequer o Reclamante alega e porque, não poderia admitir que:

“O Reclamante saía em média às 18h20min/18h30min”, pois a seguir confessa: Raramente executava serviço extra após às 18 horas” (fl. 136).

Competindo ao Reclamante comprovar a prática de jornada elástica e não tendo o mesmo se desincumbido, a contento, deste ônus, a teor do que estabelece o artigo 818 da CLT, combinado com o artigo 333, I, do CPC, não há o que reparar na r. sentença, que resta mantida.

Nada a reparar.

2- Honorários assistenciais

Assevera o Reclamante estar respaldado pela aplicação direta das Leis 1.060/50, 5.584/70, 7.511/83 e 7.510/86, que estabelecem regras da assistência judiciária gratuita derivada de sua hipossuficiência econômica, declarada na inicial.

Mantida a improcedência dos pedidos, não se cogita de deferimento de honorários advocatícios. Entretanto, em relação às custas processuais, o rumo será diferente.

O MM. Juízo *a quo*, indefere o pedido ao fundamento de que o Reclamante não poderia ser considerado pobre, na acepção do termo, já que percebe salário no valor de R\$ 5.315,03, por mês e, porque a título de verbas rescisórias, mais indenização, recebeu a importância de R\$ 22.162,96, além de ter sacado a título de FGTS R\$ 151.822,96, totalizando R\$ 173.985,92, além dos proventos de aposentadoria recebidos mensalmente. Considerando falsa a declaração de pobreza feita pelo Reclamante, aplicou a regra inscrita no artigo 4º, § 1º, da Lei 1.060/50, condenando-o a pagar o décuplo do valor das custas processuais (fl. 146).

Inconformado, opôs o Reclamante Embargos de Declaração, anunciando que à época do ajuizamento da ação, percebia R\$ 608,44, mas que:

“Por outro lado, este Juízo certamente pode imaginar que a abrupta despedida do autor apanhou o mesmo com diversos compromissos assumidos. Na época do ajuizamento, sua situação era próxima da inadimplência, causada pela INJUSTA, INDEVIDA E ILEGAL DESPEDIDA, e que, naquela oportunidade, tendo em vista suas dívidas (assumidas ao tempo em que recebia mais de sete mil mensais) eram bastante superiores aos ingressos (proventos de aposentadoria do INSS dentre outros). Ainda que se argumente que o Autor poderia vender parte de seu patrimônio para honrar suas dívidas, o certo é que o reclamante sempre acreditou que rapidamente seria reintegrado por decisão judicial. Ficou com dívidas e não fez patrimônio. Agora foi reintegrado. Agora não necessita mais de assistência judiciária gratuita.... Por fim ressalte-se que o reclamante é um senhor íntegro, correto, com uma reputação a zelar. Trabalhou por longos anos na EMATER e não tem interesse em prolongar discussões desnecessárias. ”

Após este longo arrazoado, que comoveu o MM. Juízo a quo, a ponto de, em sentença de embargos declaratórios, afastar a penalidade, mantendo apenas, o valor das custas, aqui recolhidas, conclui o embargante:

“Prestados os esclarecimentos supra, como foi reintegrado, o autor desiste expressamente do pedido de assistência judiciária gratuita, estando plenamente de acordo com o pagamento das custas processuais no percentual de 2% sobre o valor atribuído à causa, uma vez que está propenso a não recorrer da sentença, o que não poderá fazer se mantida integralmente a decisão” (fls. 150/152, com meus grifos).

Ora, uma vez reintegrado ao emprego em data bem anterior à sentença, como bem recorda o MM. Juízo a quo (fl. 154), não só poderia o Reclamante ter desistido do pedido de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, por alteração de sua situação econômico-financeira, como mantido a posição assumida perante aquele Juízo. Ao revés, preferiu renovar pleito que, a rigor já havia renunciado, em o pedido recursal que, a toda evidência é desleal e inoportuno e resvala em ato atentatório à dignidade da Justiça.

A Recorrida, em contra-razões (fls. 168/170) pede seja aplicada ao Reclamante a penalidade capitulada nos artigos 17 e 1531, do Código de Processo Civil e do Código Civil Brasileiro, respectivamente, como litigante de má fé, afirmando que o mesmo deduziu pretensão sobre a qual já havia, expressamente renunciado.

Com efeito, neste processo, mais do que em muitos outros que passam por este Tribunal, a má fé do Reclamante manifestou-se de forma escancarada, acintosa, até, em indiscutível demonstração de que a ausência de mecanismos efetivos de repressão ao lucro fácil, ilícito, na Justiça do Trabalho, em nome de uma discutível proteção ao hipossuficiente, leva inevitavelmente à audácia que se descortina nos presentes autos.

Desnecessário repisar aqui situação além da já descrita retro e que permitiram concluir, pelo comportamento reprovável do Reclamante, cabendo, apenas citar, como subsídio do meu convencimento, o acórdão 2.146/89, do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, em que foi relator o eminente juiz Heráclito Pena Júnior:

"LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INDENIZAÇÃO POR DANO PROCESSUAL. CABIMENTO NO PROCESSO DO TRABALHO. *O dever de boa-fé constitui fator de comportamento tão elementar, tão comezinho, que se não pode deixar de elidir pelo falso argumento do caráter tutelar do Direito do Trabalho, ou da gratuidade de seu processo, até porque não vai este ao exagero inadmissível de proteger a má-fé. A sanção à má-fé constitui não só movimento para a moralização do processo, como corresponde à moderna concepção publicística, não hesitante em limitar a liberdade das partes em consideração do princípio da conduta processual honesta (v. CHIOVENDA). A intenção de prejudicar pode estar presente na mente do mais erudito e materialmente privilegiado, quanto do humilde analfabeto, devendo ser repelida em qualquer caso, em homenagem à honestidade e em busca do fim precípua do processo, que é a verdade e o direito. A intenção malévola é equiparada à culpa grave (Cod. de Proc. Civil, art. 17), dispensando inclusive o elemento subjetivo, nessa hipótese, para que o ato deságüe em cominação. Assim, por força do disposto no artigo 769 da CLT, cabe a condenação ao litigante de má-fé, no processo do trabalho, que pode ocorrer inclusive de ofício, o que não recebe adversão da jurisprudência (Cod. Proc. Civil, art. 14)."*

São recursos assim ajuizados que concorrem para o desprestijamento do Poder Judiciário, mormente o Trabalhista, tão em moda na atualidade.

Nessa linha de raciocínio, pelas mesmas inatacáveis razões contidas na decisão trazida à colação, impõe-se o reconhecimento de que o Reclamante violou o artigo 17 do Código de Processo Civil, devendo, por via

de consequência, indenizar a Reclamada pelos prejuízos processuais indiscutivelmente sofridos, em valor que se arbitra em R\$ 200,00 (duzentos reais).

Deixa-se de impor ao procurador do Reclamante, subscritor da petição inicial e do recurso, a responsabilidade solidária na satisfação da indenização devida à Reclamadas, por entender o juízo que tal questão deve ser discutida, como diz o artigo 32, parágrafo segundo, parte final, da Lei 8.906, de 04 de julho de 1994, em ação própria, da qual o mesmo não detém a titularidade.

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO DO RECLAMANTE** e, a este aplico-lhe a pena de indenizar a Reclamada, no valor de R\$ 200,00, por litigância de má-fé.

III. CONCLUSÃO

ACORDAM os Juizes da 3.^a Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9.^a Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE**; no mérito, por maioria de votos, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, aplicando ao Reclamante a pena de indenizar a Reclamada, no valor de R\$ 200,00, por litigância de má-fé, vencido parcialmente o Exmo. Juiz Mirianto José Túlio.

Custas inalteradas.

Intimem-se.

Curitiba, 18 de novembro de 1998 - **ROSALIE MICHAELE BACILA BATISTA** – Presidente - **ALTINO PEDROZO DOS SANTOS** – Relator.

DANO MORAL. INDENIZAÇÃO DEVIDA.

O empregado que é constantemente tratado por superior hierárquico com a alcunha de “ladraozinho”, perante seus colegas de trabalho faz jus a ser indenizado, pois, não há dúvida que foi ofendido em sua honra e consideração social. A fixação da indenização na base de um salário por ano de serviço prestado para a Reclamada, mostra-se razoável na espécie, tendo em vista o período contratual de doze anos.

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSOS ORDINÁRIOS**, provenientes da MM. 1ª Junta de Conciliação e Julgamento de Maringá, em que são recorrentes **COOPERATIVA DOS CAFEICULTORES E AGROPECUARISTAS DE MARINGÁ LTDA. (COCAMAR)** e **CRISTOVO COLOMBINO DE OLIVEIRA** e recorridos **OS MESMOS**.

I. RELATÓRIO

Inconformados com a r. sentença de fls. 169/171, recorrem ordinariamente as partes.

A reclamada pugna pelo reconhecimento de inexistência de dano moral e conseqüente improcedência da reclamatória (fls. 172/187). Anexa comprovantes de custas e depósito recursal (fls. 188/189).

O reclamante, adesivamente, pede a majoração do *quantum* arbitrado para a indenização do dano moral (fls. 192/195).

Contra-razões apresentadas pelo reclamante - fls. 196/205; e ausentes pela reclamada - fl. 208.

^(*) Publicado no Diário da Justiça do Paraná de 25/06/99.

O Ministério Público do Trabalho opinou na fl. 211.

II. FUNDAMENTAÇÃO

1. ADMISSIBILIDADE

CONHEÇO dos recursos e das contra-razões apresentadas pelo reclamante, presentes os pressupostos legais de admissibilidade.

2. MÉRITO

2.1. RECURSO DA RECLAMADA

2.1.1. DANO MORAL

A reclamada sustenta que o reclamante não foi sincero em seu depoimento em Juízo e que a prova produzida, tendente a demonstrar o dano moral, não foi robusta.

Indaga se o fato do reclamante haver esperado quase dois anos para acioná-la, já não seria um indício de que os fatos descritos nunca ocorreram.

Diz que: contraditou as duas testemunhas do autor; que a primeira delas, não precisou o ano em que os fatos ocorreram e, por outro lado, acha pouco crível que na sala de controle (de 2,5 m x 2,5 m ou 3 m x 3 m) pudessem ficar cinco pessoas, como narrou, ademais de todo o maquinário; que a segunda testemunha não presenciou a agressão moral, porque trabalhava em turnos diferentes; que a sua testemunha, Sidney Leal, o suposto agressor, negou os fatos a si imputados, cujo depoimento não pode ser visto com cautela pelo Juízo, porque depôs como testemunha e sob juramento; que o testemunho de Márcio Baio deve ser acreditado, eis que depôs a quilômetros (outra cidade) e quando, há muito, já não figurava de seu quadro de funcionários.

Inicialmente, há que se esclarecer: é direito da parte decidir se proporá ação e em que momento o fará. O fato de apresentá-la poucos dias antes de escoar o prazo prescricional não pode ser entendido como demonstração de ausência do direito invocado.

Doutra parte, em que pese as testemunhas do autor tenham sido, oportunamente, contraditadas, o Juízo, acertadamente, rejeitou a contradita, por falta de amparo legal. Tais testemunhos, portanto, hão de ser tido como imparciais. Ressalte-se, ainda, no que pertine à testemunha José Gamboa, que à época do seu depoimento nestes autos, já havia ocorrido a audiência de instrução na sua reclamatória contra a reclamada, sendo que o reclamante não foi ouvido como testemunha (fl. 98 - 6ª e 7ª linhas de seu depoimento).

No que pertine ao dano moral, em si mesmo, entendo-o, de fato, comprovado.

As testemunhas da reclamada negaram o fato que ensejou a condenação. Porém, os testigos autorais foram bastante convincentes a respeito.

Embora Márcio Baio tenha dito que era ele (Márcio) quem levava os visitantes no setor em que trabalhava o reclamante (fl. 164), o próprio Sidney Leal, em seu depoimento admite que acompanhava as visitas na refinaria (nºs 10 e 11 - fl. 100). Ademais, o testemunho de Márcio Baio, não é capaz de comprovar, ou negar, os fatos imputados à reclamada, através de seu gerente Sidney Leal, tendo em vista o que foi mencionado por este em depoimento:

“23 - que apenas ficou juntamente com o autor e o sr. Márcio Baio uma única vez quando vieram a sua sala”. (fl. 101).

Doutra parte, apesar de Sidney Leal, o invocado agressor do autor, testemunha e preposto da ré - gerente de produção, tenha negado que tenha se dirigido ao autor chamando-o de “ladrãozinho”, e tenha se considerado uma pessoa politicamente correta e não grosseira (fl. 100/101), os fatos a si imputados restaram robustamente provados.

A testemunha Amauri Alencar, ajudante do autor à época, fazendo a mesma jornada, informou, que após o acontecido (o reclamante ter sido notícia em jornal, acusado de receptação, por compra de peças de moto), Sidney passou a chamar o autor, ironicamente (fl. 97 - item 21; e fl. 98 - item 70) de “ladrãozinho de moto” (fl. 97 - item 7); que presenciou o fato, no mínimo, dez vezes (fl. 97 - item 10), inclusive em face de dois visitantes que foram até a sala de controle (fl. 97 - item 18).

No mesmo sentido, o testemunho de José Gamboa, informando que, embora trabalhasse em outro turno, manteve contato com o autor e Sidney, quando fazia horas extras (fl. 98 - item 3); que em todas as vezes que se encontraram Sidney chamou o autor de “ladrãozinho” (fl. 99 - item 5); que referia-se a ele como “esse aí é ladrãozinho de moto”, para as pessoas que estavam em sua volta, inclusive visitantes (fl. 99- item 24); que Sidney falava com o autor brincando, mas em tom de ironia (fl. 99 - item 9).

Para concluir: o fato da primeira testemunha não precisar o ano em que os fatos ocorreram não retira sua credibilidade, eis que tem mais valia (em tela, ante o tempo transcorrido) a segurança na informação acerca do fato do que a respeito da data; a circunstância da sala de controle ser pequena não é obstáculo, em si mesmo, para sediar os fatos narrados, por Amauri; e, a segunda testemunha do reclamante não necessitava relatar, especificamente, os mesmos episódios narrados pela primeira, não se podendo concluir que tenham sido os mesmos, eis que a alcunha de “ladrãozinho” ou similar foi inúmeras vezes dirigida ao autor.

No entanto, como houve o pedido de reforma na matéria, para a exclusão da indenização, e ante a evidência de que o mais comporta o menos, e, ainda, tendo em vista o disposto no art. 515, do CPC, entendo que a r. sentença merece parcial reforma, no que tange à indenização arbitrada.

Entendo que esta deve ser atrelada ao tempo de serviço prestado pelo reclamante na empresa - 12 anos. aplicando-se. analogicamente, o disposto no art. 478. da CLT. Ou seja, a indenização deverá ser a remuneração de um mês (em tela, R\$ 621,00), por ano de serviço efetivo.

REFORMO PARCIALMENTE para restringir a indenização arbitrada, a ser estipulada na remuneração de um mês (em tela, R\$ 621,00), por ano de serviço efetivo.

2.2. RECURSO DO RECLAMANTE

2.2.1. MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL

O reclamante pugna pela majoração do valor atribuído à indenização do dano moral.

Diz que deve ser levado em conta: os 12 anos de serviços prestados à reclamada, a gravidade da ofensa, a situação financeira das partes e o dolo do ofensor.

Entende razoável que a indenização corresponda a 100 vezes o seu salário (R\$ 621,00), totalizando R\$ 62.100,00.

O Juízo, acuradamente, arbitrou o dano em 20 vezes a maior remuneração informada na inicial (fl. 171), de R\$ 621,00.

A indenização do dano moral não deve ser escudo para o enriquecimento sem causa, mas tão-somente, uma forma de ressarcir o abalo moral.

Em tela, houve o dano, porém não com as dimensões pretendidas pela reclamante.

Entendo que a indenização arbitrada é suficiente para retribuir o abalo sofrido, eis que em que pese os parâmetros mencionados em recurso, nada leva ao montante pretendido (100 vezes o salário do reclamante).

NADA A REPARAR.

Pelo que,

ACORDAM os Juizes da Quinta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, EM CONHECER DE AMBOS OS RECURSOS, PRINCIPAL E ADESIVO. No mérito, sem divergência de votos, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DA RECLAMADA para restringir a indenização do dano moral para a remuneração de um mês (em tela, R\$ 621,00), por ano de serviço efetivo; por igual votação, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO DO RECLAMANTE, tudo nos termos da fundamentação.

Custas inalteradas.

Curitiba, 20 de maio de 1999 - **JOSÉ MONTENEGRO ANTERO** – Presidente - **ARNOR LIMA NETO** – Relator.

Doutra parte, em que pese as testemunhas do autor tenham sido, oportunamente, contraditadas, o Juízo, acertadamente, rejeitou a contradita, por falta de amparo legal. Tais testemunhos, portanto, hão de ser tido como imparciais. Ressalte-se, ainda, no que pertine à testemunha José Gamboa, que à época do seu depoimento nestes autos, já havia ocorrido a audiência de instrução na sua reclamatória contra a reclamada, sendo que o reclamante não foi ouvido como testemunha (fl. 98 - 6ª e 7ª linhas de seu depoimento).

No que pertine ao dano moral, em si mesmo, entendo-o, de fato, comprovado.

As testemunhas da reclamada negaram o fato que ensejou a condenação. Porém, os testigos autorais foram bastante convincentes a respeito.

Embora Márcio Baio tenha dito que era ele (Márcio) quem levava os visitantes no setor em que trabalhava o reclamante (fl. 164), o próprio Sidney Leal, em seu depoimento admite que acompanhava as visitas na refinaria (nºs 10 e 11 - fl. 100). Ademais, o testemunho de Márcio Baio, não é capaz de comprovar, ou negar, os fatos imputados à reclamada, através de seu gerente Sidney Leal, tendo em vista o que foi mencionado por este em depoimento:

“23 - que apenas ficou juntamente com o autor e o sr. Márcio Baio uma única vez quando vieram a sua sala”. (fl. 101).

Doutra parte, apesar de Sidney Leal, o invocado agressor do autor, testemunha e preposto da ré - gerente de produção, tenha negado que tenha se dirigido ao autor chamando-o de “ladrãozinho”, e tenha se considerado uma pessoa politicamente correta e não grosseira (fl. 100/101), os fatos a si imputados restaram robustamente provados.

A testemunha Amauri Alencar, ajudante do autor à época, fazendo a mesma jornada, informou, que após o acontecido (o reclamante ter sido notícia em jornal, acusado de receptação, por compra de peças de moto), Sidney passou a chamar o autor, ironicamente (fl. 97 - item 21; e fl. 98 - item 70) de “ladrãozinho de moto” (fl. 97 - item 7); que presenciou o fato, no mínimo, dez vezes (fl. 97 - item 10), inclusive em face de dois visitantes que foram até a sala de controle (fl. 97 - item 18).

No mesmo sentido, o testemunho de José Gamboa, informando que, embora trabalhasse em outro turno, manteve contato com o autor e Sidney, quando fazia horas extras (fl. 98 - item 3); que em todas as vezes que se encontraram Sidney chamou o autor de “ladraozinho” (fl. 99 - item 5); que referia-se a ele como “esse aí é ladraozinho de moto”, para as pessoas que estavam em sua volta, inclusive visitantes (fl. 99- item 24); que Sidney falava com o autor brincando, mas em tom de ironia (fl. 99 - item 9).

Para concluir: o fato da primeira testemunha não precisar o ano em que os fatos ocorreram não retira sua credibilidade, eis que tem mais valia (em tela, ante o tempo transcorrido) a segurança na informação acerca do fato do que a respeito da data; a circunstância da sala de controle ser pequena não é obstáculo, em si mesmo, para sediar os fatos narrados, por Amauri; e, a segunda testemunha do reclamante não necessitava relatar, especificamente, os mesmos episódios narrados pela primeira, não se podendo concluir que tenham sido os mesmos, eis que a alcunha de “ladraozinho” ou similar foi inúmeras vezes dirigida ao autor.

No entanto, como houve o pedido de reforma na matéria, para a exclusão da indenização, e ante a evidência de que o mais comporta o menos, e, ainda, tendo em vista o disposto no art. 515, do CPC, entendo que a r. sentença merece parcial reforma, no que tange à indenização arbitrada.

Entendo que esta deve ser atrelada ao tempo de serviço prestado pelo reclamante na empresa - 12 anos. aplicando-se. analogicamente. o disposto no art. 478. da CLT. Ou seja, a indenização deverá ser a remuneração de um mês (em tela, R\$ 621,00), por ano de serviço efetivo.

REFORMA PARCIALMENTE para restringir a indenização arbitrada, a ser estipulada na remuneração de um mês (em tela, R\$ 621,00), por ano de serviço efetivo.

2.2. RECURSO DO RECLAMANTE

2.2.1. MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL

O reclamante pugna pela majoração do valor atribuído à indenização do dano moral.

Diz que deve ser levado em conta: os 12 anos de serviços prestados à reclamada, a gravidade da ofensa, a situação financeira das partes e o dolo do ofensor.

Entende razoável que a indenização corresponda a 100 vezes o seu salário (R\$ 621,00), totalizando R\$ 62.100,00.

O Juízo, acuradamente, arbitrou o dano em 20 vezes a maior remuneração informada na inicial (fl. 171), de R\$ 621,00.

A indenização do dano moral não deve ser escudo para o enriquecimento sem causa, mas tão-somente, uma forma de ressarcir o abalo moral.

Em tela, houve o dano, porém não com as dimensões pretendidas pela reclamante.

Entendo que a indenização arbitrada é suficiente para retribuir o abalo sofrido, eis que em que pese os parâmetros mencionados em recurso, nada leva ao montante pretendido (100 vezes o salário do reclamante).

NADA A REPARAR.

Pelo que,

ACORDAM os Juizes da Quinta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, EM CONHECER DE AMBOS OS RECURSOS, PRINCIPAL E ADESIVO. No mérito, sem divergência de votos, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DA RECLAMADA para restringir a indenização do dano moral para a remuneração de um mês (em tela, R\$ 621,00), por ano de serviço efetivo; por igual votação, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO DO RECLAMANTE, tudo nos termos da fundamentação.

Custas inalteradas.

Curitiba, 20 de maio de 1999 - **JOSÉ MONTENEGRO ANTERO** - Presidente - **ARNOR LIMA NETO** - Relator.

MULHER. ART. 384 da CLT. INCONSTITUCIONALIDADE. O art. 384 da CLT não foi recepcionado pela nova ordem constitucional que assegurou a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres (art. 5º, inciso I, da Constituição Federal).

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da MM. 4ª Junta de Conciliação e Julgamento de **CURITIBA**, sendo recorrente **SENTINELA SERVIÇOS ESPECIAIS S/C LTDA** e recorrida **CLEUZA AFONSINA DE JESUS**.

Inconformada com a r. sentença de fls. 106/119, que julgou parcialmente procedente o pedido, interpõe recurso ordinário a reclamada.

Alega, em síntese, que não houve qualquer vício de consentimento ao pedido de dispensa formulado pela autora; que as datas de entrada e saída anotadas na CTPS estão corretas; que a autora não logrou desconstituir os controles de jornada acostados nos autos; que o intervalo intrajornada era desrespeitado por iniciativa dos próprios empregados e não por determinação da empresa; que a inobservância ao art. 384 da CLT constitui mera infração administrativa e que a retenção dos descontos previdenciários e fiscais constitui imperativo de ordem legal a ser observado, independentemente de determinação em comando sentencial.

Depósito recursal e custas às fls. 127/128.

Contra-razões apresentadas às fls. 149/155.

A douta Procuradoria Regional do Trabalho, em seu parecer à fl. 158 pugna pela retenção dos descontos previdenciários e fiscais.

^(*) Publicado no Diário da Justiça do Paraná de 23/07/99.

É o relatório.

I - Admissibilidade

Conheço do recurso ordinário da reclamada, eis que presentes os pressupostos legais de admissibilidade, bem assim das tempestivas contra-razões.

II - Fundamentação

a) pedido de dispensa

Pretende a recorrente a reforma da r. sentença que reconheceu a nulidade do pedido de demissão, sustentando, em síntese, não ter havido qualquer vício de consentimento ao pedido de dispensa formulado pela reclamante.

De plano, cumpre esclarecer que não procede a alegação da reclamada no sentido de que a r. sentença não poderia ter considerado o depoimento do preposto prestado em outros autos. Ocorre que, na audiência de instrução às fls. 71/76, quando foi autorizada a juntada de cópia da ata de audiência e da sentença envolvendo caso análogo, a reclamada abriu mão do prazo para se manifestar sobre os documentos, sustentando já ter conhecimento do seu teor, inexistindo portanto qualquer impugnação às provas colacionadas. Por outro lado, é irrelevante o fato da sentença lançada naqueles autos ter sido quase totalmente reformada, na medida que o juízo *a quo* considerou apenas o teor do depoimento do preposto da reclamada para formação do seu convencimento, em conjunto com os demais elementos de convicção trazidos nestes autos.

No que se refere à ocorrência de coação para o pedido de demissão, entendo que a sentença merece reforma.

A MM. Junta concluiu que a reclamante foi coagida a pedir demissão em face da redução salarial que lhe seria imposta, uma vez que haveria redução da carga horária que cumpria, já que o trabalho efetuado pela reclamada seria passado para empresa distinta.

Ora, se tal fato ocorreu, a solução, *data venia*, não seria o pedido de demissão, mas a continuidade do trabalho e eventual discussão

acerca da possibilidade ou não da redução da carga horária e da remuneração. Assim como foi informado à reclamante que haveria modificação da jornada, também consta dos autos que a outra hipótese seria sua demissão, por iniciativa da empresa, o que evidencia que não havia qualquer motivo para o pedido de desligamento devidamente assinado pela reclamante.

A par deste aspecto, é preciso notar que a autora foi admitida quase que imediatamente pela empresa que assumiu as tarefas da reclamada no mesmo local, o que igualmente mostra que havia interesse da empregada no desligamento, já que possuía nova colocação. A meu ver, este aspecto é de vital importância para o deslinde da questão, sendo de se ressaltar que a autora foi admitida pela outra empresa cinco dias depois de seu desligamento da ré.

Em resumo, concluo que a reclamante pediu demissão por sua vontade, já que possuía outro emprego em vista. Porém, ainda que o desligamento tenha ocorrido antes de saber que poderia ser aproveitada pela outra empresa, não vislumbro coação para o pedido de demissão já que, segundo as provas produzidas, a reclamante seria demitida, se não aceitasse a redução da carga horária. Logo, não haveria necessidade de se desligar, pois a empresa iria demiti-la, em caso de não concordância com as novas condições de trabalho.

Reformo para excluir da condenação o aviso prévio, 1/12 de 13º salário, multa de 40% do FGTS e a liberação dos depósitos efetuados. Ainda, exclui-se da condenação o pagamento das férias proporcionais, pois a esta não faz jus o empregado que se desliga voluntariamente do emprego antes de completar um ano de serviço, como é o caso da reclamante.

b) anotação correta da CTPS

Requer a reclamada a exclusão da determinação para retificar a data de entrada e saída da autora, bem como os consectários dessa decisão, sustentando que, quanto à data de entrada, não houve prova de que o labor tenha começado antes da data anotada e, quanto à data de saída, a r. sentença deve ser reformada porque a autora pediu dispensa, não tendo direito à integração do aviso prévio.

No que se refere à data de entrada, do cartão-ponto acostado à fl. 58, constata-se, de forma inequívoca, que a admissão ocorreu em 23.9.96,

na medida que consta registro dos horários cumpridos pela autora da aludida data em diante.

Quanto à data de saída, merece reforma a decisão em face do que foi decidido no item anterior, quanto à causa da extinção do contrato.

Reformo parcialmente para afastar da condenação a ordem de retificação da CTPS quanto à data da saída.

c) horas extras

Irresigna-se a reclamada com o deferimento das horas extras, sustentando que a confissão da autora já é suficiente para infirmar qualquer declaração posteriormente feita por suas testemunhas de que prorrogavam alguns horários. Assevera que a condenação em dois dias da semana em 45 minutos de intervalo intrajornada não é cabível, ante a afirmação da testemunha de que laboravam por vontade própria, sendo indevida também a condenação em 15 minutos com fundamento no art. 384 da CLT, uma vez que não há amparo para deferimento de horas extras neste caso. Requer, por fim, em caso de subsistir a condenação quanto aos intervalos intrajornada, que seja deferido apenas o adicional, nos termos da Lei 8.923/94.

A declaração da autora no sentido de que “foi transferida para prestar serviços no Bom Jesus, das 21:30 às 6:30 horas, para fazer limpeza, de segunda à sexta-feira”, não implica em uma confissão acerca da sua jornada de trabalho, mas apenas delimita a jornada contratual que foi acordada pelas partes. Nesse passo, correta a r. sentença que fixou a jornada de trabalho com base nos horários menos amplos noticiados pela testemunha da reclamante e em observância às restrições impostas pela autora em seu depoimento, ante a inexistência de qualquer prova em sentido contrário, e considerando que tanto a autora como a testemunha ouvida a seu convite relatam a impossibilidade de se consignar, nos controles de ponto, a efetiva jornada laborada.

No que toca à pretensão da reclamada em excluir da condenação os 45 minutos de intervalo intrajornada, sob o argumento de que os empregados não paravam por vontade própria e não por determinação da empresa, esta não merece prosperar, na medida em que o depoimento da testemunha é claro ao relatar que “03 vezes por semana era possível cumprir intervalo de uma hora no Colégio, mas não nos demais dias, quando fazia intervalo de no máximo 15 minutos” (fls. 73), donde se extrai que o labor

decorria unicamente da necessidade do serviço. Oportuno esclarecer que é irrelevante se a prestação de serviços decorreu da iniciativa da empregada ou a mando do empregador, pois houve prestação de serviços em prol deste, com seu consentimento tácito, o que não pode resultar prejuízo à obreira.

Acresça-se que, nos termos do art. 71, § 4º, da CLT, o labor prestado no intervalo intrajornada deve ser remunerado como jornada extraordinária, pois visa compensar a ausência do intervalo mínimo legal a que faz jus o empregado para o descanso e alimentação.

Note-se, portanto, que o trabalhador tem direito a receber como jornada extraordinária, e não apenas o adicional, o período em que não desfrutou do descanso mínimo determinado em lei, não havendo *bis in idem*.

Por derradeiro, quanto à não concessão do intervalo previsto no art. 384 da CLT, entendo que, por não importar em acréscimo de jornada, configura mera infração administrativa. Além do mais, o dispositivo citado trata de proteção do trabalho da mulher, o qual se encontra revogado em face das disposições constitucionais que asseguram igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher. A meu juízo, impossível a manutenção de qualquer norma de proteção, salvo aquelas que se referem a condições especiais da condição de mulher, como a maternidade e o deslocamento de peso.

Ante o exposto, reformo o r. julgado para excluir da condenação o pagamento de 15 minutos extraordinários e reflexos baseados no art. 384 da CLT.

d) FGTS

Sobre as parcelas de natureza salarial cuja condenação restou mantida, incide FGTS, mas à base de 8% e com recolhimento à conta vinculada da reclamante, em face do pedido de demissão.

Reformo parcialmente.

e) descontos previdenciários e fiscais

De acordo com o posicionamento majoritário da jurisprudência, consubstanciada na orientação 32 da SDI do E. TST, há competência para a Justiça do Trabalho manifestar-se acerca de descontos fiscais. Assim, embora

não seja este meu entendimento, curvo-me ao posicionamento dominante para autorizar a efetivação dos descontos fiscais, na forma da Lei 8.212/91.

No que se refere aos descontos previdenciários, inviável a manutenção do julgado. A partir da promulgação da Emenda Constitucional 20/98, é indiscutível a competência da Justiça do Trabalho para apreciar a matéria, tendo-se em vista o § 3º do art. 114 da Constituição Federal.

Reformo para autorizar a efetivação das deduções fiscais e previdenciárias, na forma da Lei 8.212/91 e Emenda Constitucional 20/98.

III - Conclusão

Isto posto, **DOU PROVIMENTO PARCIAL** ao recurso da reclamada para, nos termos da fundamentação, excluir da condenação: a) aviso prévio, 1/12 de 13º salário, férias proporcionais, multa de 40% do FGTS, liberação dos depósitos efetuados e a retificação da CTPS quanto à data de saída; b) horas extras decorrentes da não concessão do intervalo previsto no art. 384 da CLT; c) restringir a condenação do FGTS a 8% sobre as parcelas salariais deferidas, com recolhimento à conta vinculada; d) autorizar a efetivação das deduções fiscais e previdenciárias, na forma da Lei 8.212/91 e Emenda Constitucional 20/98.

Pelo que,

ACORDAM os Juizes da Quarta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **EM CONHECER DO RECURSO DA RECLAMADA** e das contra-razões. No mérito, por maioria de votos, **EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DA RECLAMADA** para, nos termos da fundamentação, excluir da condenação: a) aviso prévio, 1/12 de 13º salário, férias proporcionais, multa de 40% do FGTS, liberação dos depósitos efetuados e a retificação da CTPS quanto à data de saída; b) horas extras decorrentes da não concessão do intervalo previsto no art. 384 da CLT; c) restringir a condenação do FGTS a 8% sobre as parcelas salariais deferidas, com recolhimento à conta vinculada; d) autorizar a efetivação das deduções fiscais e previdenciárias, na forma da Lei 8.212/91 e Emenda Constitucional 20/98, vencida parcialmente a Exma. Juíza Rosemarie Diedrichs Pimpão.

Custas inalteradas.

Intimem-se.

Curitiba, 26 de maio de 1999 - **ROSEMARIE DIEDRICHS
PIMPÃO** - Presidente Regimental - **DIRCEU PINTO JÚNIOR** - Relator -
Ciente: **EDER SIVERS** - Procurador do Trabalho.

IMPENHORABILIDADE. BEM DE FAMÍLIA. APARELHO TELEVISOR. A penhora sobre aparelho de som e vídeo, a exemplo do televisor indicado pelo exequente, não se revela ilegal, porquanto não afronta o objetivo da Lei 8.009/90, afeto à garantia da funcionalidade do lar e da dignidade e sobrevivência da família. Nada obstante de inquestionável importância o exercício do lazer, erigido à dignidade constitucional de direito social (artigo 6º da Magna Carta), impende reconhecer a imperiosa preponderância àquele do direto à vida (artigo 5º da CF), insitamente vinculado à necessidade do alimento para sobrevivência do homem. Prepondera, portanto, a natureza alimentar do crédito trabalhista, em não havendo indicação pelo devedor, de outros bens para garantia da execução.

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **AGRAVO DE PETIÇÃO**, provenientes da MMª 1ª Junta de Conciliação e Julgamento de Londrina - PR, sendo agravante **MARIA DE FÁTIMA DE PAULA** e agravada **LUCINEIDE T. S. DE AZEVEDO**.

I. RELATÓRIO

Inconformado com a decisão de fl. 86, que indeferiu pedido de penhora sobre um televisor de propriedade da ré, recorre a autora a este Tribunal, consoante razões expostas em minuta às fls. 90/91.

Regularmente intimada, deixou a ré de apresentar contraminuta.

^(*) Publicado no Diário da Justiça do Paraná de 23/07/99.

Pelo parecer de fl. 108, não vislumbrou, o Ministério Público do Trabalho, interesse que justificasse sua intervenção no presente feito.

II. FUNDAMENTAÇÃO

1. ADMISSIBILIDADE

Conheço do Agravo de Petição, eis que satisfeitos os requisitos de admissibilidade.

2. MÉRITO

Não obstante a previsão contida na Lei 8.009/90, acerca da impenhorabilidade dos móveis que guarnecem a residência da devedora, pugna, a autora, pela reforma da decisão que indeferiu o requerimento em que solicita penhora de um televisor de propriedade da ré, que constou de certidão informativa do oficial de justiça afeta aos bens que guarnecem a residência da devedora.

Com razão a autora.

Estabelece o texto legal (parágrafo único do art. 1º da Lei 8.009/90), como impenhoráveis os bens móveis cuja ausência implique em aviltamento, quanto à imperiosa necessidade de sobrevivência digna do devedor e sua família, de modo a não lhe impor constrangimento perante a comunidade.

A exegese da norma legal deve primar pelo bom senso, de modo que, a existência de título judicial em favor do credor associada ao permissivo legal para constrição de bens do devedor (artigo 591 do CPC), não leve o julgador a considerar lícito subtrair do patrimônio do executado bens indispensáveis à sua sobrevivência e à da família, ou cujos efeitos atinjam-lhe a dignidade ou submetam-no à degradação moral.

Em contrapartida, há que relevar o julgador, o fato de ao credor restar assegurado, mediante provimento judicial, crédito de reconhecida natureza alimentar, cuja satisfação pertine não só ao interesse e necessidade do próprio credor, mas representa a respeitabilidade e eficácia da prestação jurisdicional.

Impende ao Magistrado sopesar, a cada caso concreto, a natureza alimentar do crédito assegurado pelo Judiciário ao credor, em confronto ao possível aviltamento que os respectivos atos executivos possam causar ao devedor. A penhora requerida sobre aparelhos de som e vídeo, a exemplo do televisor indicado pela exequente, no meu entender, não se revela ilegal, na medida em que não afronta o objetivo da Lei 8.009/90, afeto à garantia da dignidade e funcionalidade do lar, tampouco comprometem a sobrevivência e dignidade da família. Nada obstante de relevante e inquestionável importância o exercício do lazer, erigido à dignidade constitucional de direito social (*caput* do artigo sexto da Magna Carta), impende reconhecer de imperiosa e inexorável preponderância àquele o direito à vida (*caput* do artigo quinto da Constituição da República), insitamente vinculado à necessidade do alimento para sobrevivência do homem. Prepondera, portanto, a natureza alimentar do crédito trabalhista.

Assim, em que pese os termos da certidão de fl. 84, dando ciência dos poucos bens que guarnecem a residência do devedor (“uma mesa redonda com 6 cadeiras, e outros...”), o bem indicado pelo credor para a penhora não está, nesta hipótese, gravado pela impenhorabilidade.

Portanto, nos termos da fundamentação retro, dou provimento ao agravo de petição, para determinar seja formalizada a penhora sobre o televisor, indicado pelo exequente, à fl. 89 (descrito na certidão de fl. 84).

Pelo que,

ACORDAM os Juizes da Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER** do Agravo de Petição interposto e, no mérito, sem divergência de votos, **EM DAR-LHE PROVIMENTO** para, nos termos da fundamentação, determinar seja formalizada a penhora sobre o televisor descrito à fl. 84.

Custas inalteradas.

Curitiba, 15 de junho de 1999 - **NACIF ALCURE NETO** –
Presidente - **ANA CAROLINA ZAINA** – Relatora.