
REVISTA DO
Tribunal Regional do Trabalho
7ª REGIÃO

DOCTRINA PROVIMENTOS JURISPRUDÊNCIA DECISÕES NOTICIÁRIO

JUSTIÇA DO TRABALHO
CEARÁ

ANO XXVII - Nº 27 - JANEIRO A DEZEMBRO/04

Revista do TRT da 7ª Região

EXPEDIENTE

Edição e Editoração Gráfica

Diretoria do Serviço de Informação e Jurisprudência

Capa

DSIJ

Impressão

Gráfica do TRT 7ª Região

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO - 7ª REGIÃO
Rua Des. Leite Albuquerque, 1077 - Anexo II/12º andar
Aldeota - CEP: 60.150-150
Tel.: (0xx85) 3266.9442 - 3266.9313 - Fortaleza-CE

Brasil. Tribunal Regional do Trabalho. Região, 7ª. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. Fortaleza, Ano XXVII, nº 27 - jan./dez. 2004.

Anual

1. DIREITO __ Periódico I. CEARÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região

CDD 340.05

CDU 34 (05)

É permitida a reprodução total ou parcial das matérias constantes nesta revista, desde que citada a fonte.



Oscar Araripe - Regata I - Bico-de-pena aquarelado / 0.19m x 0.30m / 2004

Exposição realizada com a patronesse da Dr.^a Beatriz Alcântara, Primeira Dama do Ceará e pelo Centro Cultural Bárbara de Alencar, em julho de 2004, quase simultaneamente na Universidade do Cariri, no Crato e no Centro Cultural Oboé-Iracema, em Fortaleza, Ceará. Curadoria de Luciano Montezuma.

FONTE: <http://www.oscarararipe.com.br/pintor/masterceara.html>

Sumário

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO	7
COMPOSIÇÃO DAS VARAS DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO	9
DOCTRINA	
“INDENIZAÇÃO DE 40% SOBRE O FGTS. PRESCRIÇÃO” - JOSÉ ANTÔNIO PARENTE DA SILVA	17
“DOENÇAS EMOCIONAIS E CONDIÇÕES DE MISERABILIDADE DO TRABALHADOR - TRABALHO ESCRAVO” - EMMANUEL TEÓFILO FURTADO.....	21
“JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA É OU NÃO É JURISDIÇÃO: A POLÊMICA CONTINUA” - LILIANA R. BASTOS DE ALENCAR ARARIPE	25
“DESCONTOS NOS SALÁRIOS PARA PAGAMENTO DE EMPRÉSTIMOS BANCÁRIOS” - YONE FREDIANI	31
“ASPECTOS ESSENCIAIS SOBRE O AVISO PRÉVIO NA JUSTIÇA DO TRABALHO” - LUIS EDUARDO GUNTHER E CRISTINA MARIA NAVARRO ZORNIG	35
“O ENUNCIADO Nº 363 DO TST E A NECESSIDADE URGENTE DO SEU CANCELAMENTO: UMA ABOR- DAGEM CRÍTICA DAS DEMANDAS TRABALHISTAS ENVOLVENDO A CONTRATAÇÃO DE PESSOAL, SEM CONCURSO, NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA” - SÉRGIO CABRAL DOS REIS	75
“GARANTISMO CONSTITUCIONAL E FUNDAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS” - ROBERTO BASILONE LEITE.....	105
“INVESTIDAS CONTRA A PESSOA DO TRABALHADOR OU NOTAS SOBRE O TRABALHO ESCRAVO” - ARI PEDRO LORENZETTI	129
“A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA” - RADSON RANGEL F. DUARTE	141
PONTO DE VISTA	
“PRESCRIÇÃO E DIREITOS DO TRABALHADOR RURAL: CINCO ANOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 28/2000” - FERNANDA MONTEIRO LIMA VERDE	149
PROVIMENTOS.....	161

JURISPRUDÊNCIA	
ACÓRDÃOS DO TST	171
ACÓRDÃOS DO TRT DA 7ª REGIÃO	
JUIZ MANOEL ARÍZIO EDUARDO DE CASTRO	179
JUIZ JOSÉ RONALD CAVALCANTE SOARES	187
JUÍZA LAÍS MARIA ROSSAS FREIRE	195
JUÍZA MARIA IRISMAN ALVES CIDADE	203
JUIZ ANTONIO CARLOS CHAVES ANTERO.....	211
JUIZ ANTONIO MARQUES CAVALCANTE FILHO	215
JUÍZA DULCINA DE HOLANDA PALHANO	221
JUIZ JOSÉ ANTÔNIO PARENTE DA SILVA	229
JUIZ JUDICAEL SUDÁRIO DE PINHO.....	245
EMENTÁRIO DO TRT DA 7ª REGIÃO	265
DECISÕES DE 1ª INSTÂNCIA	281
NOTICIÁRIO	311
ÍNDICE DE DECISÕES DE 1ª INSTÂNCIA	317
ÍNDICES DE JURISPRUDÊNCIA	
ACÓRDÃOS DO TST	321
ACÓRDÃOS DO TRT 7ª REGIÃO	323
EMENTÁRIO DO TRT 7ª REGIÃO	327

**Composição do
Tribunal Regional do Trabalho
da 7ª Região**

JUIZ ANTONIO MARQUES CAVALCANTE FILHO

Presidente

JUÍZA DULCINA DE HOLANDA PALHANO

Vice-Presidente

JUIZ MANOEL ARÍZIO EDUARDO DE CASTRO

JUIZ JOSÉ RONALD CAVALCANTE SOARES

JUÍZA LAÍS MARIA ROSSAS FREIRE

JUÍZA MARIA IRISMAN ALVES CIDADE

JUIZ ANTONIO CARLOS CHAVES ANTERO

JUIZ JOSÉ ANTÔNIO PARENTE DA SILVA

Composição das Varas do Trabalho da 7ª Região

VARAS DO TRABALHO DE FORTALEZA - CE

JURISDIÇÃO: Aquiraz, Beberibe, Cascavel, Caucaia, Chorozinho, Euzébio, Fortaleza, Guaiúba, Horizonte, Maracanaú, Maranguape, Pacajus, Paracuru, Paraipaba, Pentecoste, Pindoretama, São Gonçalo do Amarante, São Luís do Curu, Trairi e Umirim.

ENDEREÇO: FÓRUM AUTRAN NUNES
Av. Duque de Caxias, 1150 - Centro
CEP: 60.035-110 - TEL: (0xx85) 3255.5900 - 3252.1935 (Fax)

TITULARES

1ª VARA DO TRABALHO

JUIZ JUDICAEI SUDÁRIO DE PINHO

2ª VARA DO TRABALHO

JUÍZA MARIA ROSELI MENDES ALENCAR

3ª VARA DO TRABALHO

JUIZ SÍLVIO DE ALBUQUERQUE MOTA

4ª VARA DO TRABALHO

JUIZ CLÁUDIO SOARES PIRES

5ª VARA DO TRABALHO

JUIZ FRANCISCO TARCÍSIO GUEDES LIMA VERDE JR.

6ª VARA DO TRABALHO

JUIZ PLAUTO CARNEIRO PORTO

7ª VARA DO TRABALHO

JUIZ JEFFERSON QUESADO JÚNIOR

8ª VARA DO TRABALHO

JUÍZA REGINA GLÁUCIA CAVALCANTE NEPOMUCENO

9ª VARA DO TRABALHO

JUIZ JOÃO CARLOS DE OLIVEIRA UCHÔA

10ª VARA DO TRABALHO

JUÍZA MARIA JOSÉ GIRÃO

11ª VARA DO TRABALHO

JUIZ EMMANUEL TEÓFILO FURTADO

12ª VARA DO TRABALHO

JUIZ DURVAL CÉSAR DE VASCONCELOS MAIA

VARA DO TRABALHO DE BATURITÉ

JURISDIÇÃO: Acarape, Aracoiaba, Aratuba, Barreira, Baturité, Canindé, Capistrano, Caridade, Guaramiranga, Itapiúna, Itatira, Mulungu, Ocara, Pacoti, Palmácia, Paramoti e Redenção.

ENDEREÇO: Rua Major Catão, 450 - Mondego
CEP: 62.760-000 - BATURITÉ-CE - FONE/FAX: (0xx85) 3347.1332

TITULAR
JUÍZA ALDENORA MARIA DE SOUZA SIQUEIRA

VARA DO TRABALHO DE CRATEÚS

JURISDIÇÃO: Aarendá, Boa Viagem, Catunda, Crateús, Graça, Hidrolândia, Independência, Itaporanga, Ipueiras, Monsenhor Tabosa, Novo Oriente, Nova Russas, Parambu, Poranga, Quiterianópolis, Santa Quitéria, Tamboril e Tauá.

ENDEREÇO: Rua Hermínio Bezerra, 1655 - Planalto
CEP: 63.700-000 - CRATEÚS-CE - FONE/FAX: (0xx88) 3691.2040

TITULAR
JUÍZA LENA MARCÍLIO XEREZ

VARA DO TRABALHO DE CRATO

JURISDIÇÃO: Altaneira, Antonina do Norte, Araripe, Assaré, Campos Sales, Crato, Farias Brito, Jardim, Nova Olinda, Potengi, Salitre e Santana do Cariri.

ENDEREÇO: Av. Perimetral Dom Francisco, S/N
CEP: 63.100-000 - Crato-CE - FONE/FAX: (0xx88) 3523.2707

TITULAR
JUIZ CLÓVIS VALENÇA ALVES FILHO

VARA DO TRABALHO DE IGUATU

JURISDIÇÃO: Acopiara, Arneiroz, Baixio, Cariús, Catarina, Cedro, Icó, Iguatu, Ipaumirim, Jucás, Lavras da Mangabeira, Mombaça, Orós, Piquet Carneiro, Quixelô, Saboeiro, Tarrafas, Umari e Várzea Alegre.

ENDEREÇO: Rua José de Alencar, S/N
CEP: 63.500-000 - IGUATU-CE - FONE/FAX: (0xx88) 3581.1971

TITULAR
JUIZ PAULO RÉGIS MACHADO BOTELHO

VARA DO TRABALHO DE JUAZEIRO DO NORTE

JURISDIÇÃO: Abaiara, Aurora, Barbalha, Barro, Brejo Santo, Caririaçu, Granjeiro, Jati, Juazeiro do Norte, Mauriti, Milagres, Missão Velha, Penaforte e Porteiras.

ENDEREÇO: Rua José Marrocos, S/N
CEP: 63.180-000 - Juazeiro do Norte-CE - FONE/FAX: (0xx88) 3512.3277

TITULAR
JUIZ CARLOS ALBERTO TRINDADE REBONATTO

VARA DO TRABALHO DE LIMOEIRO DO NORTE

JURISDIÇÃO: Alto Santo, Aracati, Ererê, Fortim, Icapuí, Iracema, Itaiçaba, Jaguaretama, Jaguaribara, Jaguaribe, Jaguaruana, Limoeiro do Norte, Morada Nova, Palhano, Pereiro, Potiretama, Quixerê, Russas, São João do Jaguaribe e Tabuleiro do Norte.

ENDEREÇO: Rua Waldemar Falcão, 1655
CEP: 62.930-000 - Limoeiro do Norte-CE - FONE/FAX: (0xx88) 3423.1405

TITULAR
JUIZ ANTÔNIO TEÓFILO FILHO

VARA DO TRABALHO DE QUIXADÁ

JURISDIÇÃO: Banabuiú, Choró, Dep. Irapuan Pinheiro, Ibaretama, Ibicuitinga, Madalena, Milhã, Pedra Branca, Quixadá, Quixeramobim, Senador Pompeu e Solonópole.

ENDEREÇO: Rua Tenente Cravo, 775
CEP: 63.900-000 - Quixadá-CE - FONE/FAX: (0xx88) 3412.0599

TITULAR
JUÍZA MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA MAGALHÃES

VARA DO TRABALHO DE SOBRAL

JURISDIÇÃO: Acaraú, Alcântara, Amontada, Bela Cruz, Cariré, Coreaú, Cruz, Forquilha, Groaíras, Irauçuba, Itapajé, Itapipoca, Itarema, Jijoca de Jericoacoara, Marco, Martinópolis, Massapê, Meruoca, Miraíma, Moraújo, Morrinhos, Mucambo, Pacujá, Santana do Acaraú, Senador Sá, Sobral, Tejuçuoca, Tururu, Uruburetama e Uruoca.

ENDEREÇO: Av. Lúcia Sabóia, 500
CEP: 62.100-000 - Sobral-CE - FONE/FAX: (0xx88) 3611.2500

TITULAR
JUÍZA ROSA DE LOURDES AZEVEDO BRINGEL

VARA DO TRABALHO DE TIANGUÁ

JURISDIÇÃO: Barroquinha, Camocim, Carnaubal, Chaval, Croatá, Frecheirinha, Graça, Granja, Guaraciaba do Norte, Ibiapina, Ipu, Pires Ferreira, Reriutaba, São Benedito, Tianguá, Ubajara, Varjota e Viçosa do Ceará.

ENDEREÇO: Rua Manoel da Rocha Teixeira, S/N - Planalto
CEP: 62.320-000 - Tianguá-CE - FONES: (0xx88) 3671.3129/3671.3975

TITULAR
JUIZ JOSÉ HENRIQUE AGUIAR

**JUIZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS
(Ordem de Antigüidade)**

ROSSANA RAIA DOS SANTOS
LUCIVALDO MUNIZ FEITOSA
IVÂNIA SILVA ARAÚJO
SINÉZIO BERNARDO DE OLIVEIRA
ROBÉRIO MAIA DE OLIVEIRA
FRANCISCO GERARDO DE SOUZA JÚNIOR
MARCELO LIMA GUERRA
MILENA MOREIRA DE SOUSA
JOSÉ MARIA COELHO FILHO
RAFAEL MARCÍLIO XEREZ
HERMANO QUEIROZ JÚNIOR
ANTÔNIO GONÇALVES PEREIRA
SANDRA HELENA BARROS DE SIQUEIRA
ANA LUÍZA RIBEIRO BEZERRA
FRANCISCO ANTÔNIO DA SILVA FORTUNA

DOUTRINA

“INDENIZAÇÃO DE 40% SOBRE O FGTS. PRESCRIÇÃO”

JOSÉ ANTÔNIO PARENTE DA SILVA
Juiz do TRT da 7ª Região
MESTRANDO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

Cuida a *vexata quaestio* sobre o adimplemento das diferenças relativas à indenização de 40% do FGTS, decorrentes dos expurgos inflacionários não creditados pela Caixa Econômica Federal na conta vinculada do trabalhador nos anos de 1988 a 1990.

O reconhecimento da existência do direito às diferenças do saldo do FGTS sobreveio de três situações possíveis. De decisão do Supremo Tribunal Federal, de decisão da Justiça Federal e, através da edição da Lei Complementar nº 110/01, de 29.06.01.

A controvérsia lavra quanto a se saber qual afinal o marco inaugural para contagem do prazo prescricional para se reclamar as diferenças da indenização de 40% do FGTS decorrentes da rescisão arbitrária do contrato de trabalho.

Uma primeira corrente entende que as diferenças da indenização de 40% poderiam ser cobradas a partir da ruptura do contrato de trabalho, fluindo daí o prazo para vindicá-las. Uma segunda tese, posiciona-se no sentido de considerar o início do prazo prescricional, a partir da edição da Norma Complementar, ou seja, a partir de 30.06.01, data do primeiro dia de vigência da lei. A terceira corrente, a sua vez, propugna que o marco prescricional exsurge do depósito do crédito complementar na conta vinculada do obreiro, visto que somente a partir daí surgiu a obrigação do empregador de efetuar o pagamento das diferenças.

De forma que impende identificar no ordenamento jurídico pátrio os lineamentos que embasam a aplicação do instituto da prescrição. Conforme é consabido, o atual Código Civil no art. 189 dispõe: “*Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206*”.

Por seu turno, é cediço ainda que o art. 7º, inciso XXIX, da Carta Magna, estatui que o direito de ação quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve em 2 (dois) anos, após a extinção do contrato de trabalho.

Entretanto, se a ação prescreve somente a partir da data em que poderia ser proposta, o prazo prescricional não começou a fluir da data da extinção do contrato de trabalho, uma vez que naquele instante ainda não havia se constituído o direito de demandar as diferenças do saldo do FGTS. Se não havia o direito às diferenças, elas não poderiam ser objeto de pretensão através de ação judicial. De conseguinte, se não havia a pretensão, não há como correr prazo de prescrição, de vez que enquanto não creditada a atualização monetária a cargo da Caixa Econômica Federal não se poderá cogitar de violação a direito.

Disso resulta que a extinção do contrato de trabalho não poderá ser tida como marco inaugural para a contagem do prazo prescricional do direito de ação, uma vez que

naquele momento não se constituiu ainda o direito de reclamar as diferenças decorrentes dos expurgos inflacionários. A obrigação do empregador somente surge após o cumprimento da obrigação a cargo da Caixa Econômica Federal. É dizer, o início do prazo não coincide com a data da extinção do contrato do trabalho, porquanto àquela época não se havia constituído ainda o direito de obter as diferenças da indenização.

Nesse diapasão, leciona o Ministro João Oreste Dalazen: “*ordinariamente, a multa de 40% do FGTS, decorrente de dispensa sem justa causa, é devida a partir da rescisão contratual, fluindo daí o biênio prescricional para postulá-la. Sucede, entretanto, que, na espécie, ao tempo da rescisão não havia ainda o direito material e, por conseguinte, não era suscetível de violação, razão pela qual, em última análise, inconcebível o fluxo do prazo prescricional*”¹.

A conclusão, nesse passo, se apresenta na forma do seguinte teorema: se não havia ainda o direito às diferenças da indenização, elas não poderiam ser objeto de pretensão deduzida em juízo. *Ipsa facto*, se não havia a pretensão, impossível falar em fluência do prazo prescricional.

Cabe perquirir então se com o advento da Lei Complementar nº 110/01, de 29.06.01, o marco prescricional passou a ser em 30.06.01, data do primeiro dia de vigência da Lei.

Sabe-se que com a publicação da referida Norma Complementar a Caixa Econômica ficou autorizada a pagar os créditos complementares sobre o saldo do FGTS, mantidos no período de 1º de dezembro de 1988 a 28 de fevereiro de 1989 e durante o mês de abril de 1990. O trabalhador que tivesse conta vinculada do FGTS com saldo naquele período faria jus ao complemento da atualização monetária, desde que firmasse um Termo de Adesão nas condições estipuladas pelos artigos 4º e 6º da Lei.

De plano, colhe-se que a Lei Complementar em comento não poderia materializar lesão ao direito de perceber as diferenças da indenização de 40%, sendo ilógico entender que da sua edição comesse a fluir o prazo inicial para contagem da prescrição do direito de ação. A razão é simples, a Lei Complementar veio em reconhecimento ao direito do empregado, desde que este implementasse determinadas condições - saldo na conta vinculada no período de 1988 a 1990 e assinatura do Termo de Adesão - não podendo constituir o marco inicial do fluxo prescricional. A nosso ver, a lesão ao direito de perceber a indenização do FGTS, só poderá ocorrer com a feita dos depósitos das diferenças dos índices inflacionários não computados. Não pagas pelo empregador as diferenças da indenização, neste instante, consumou-se a lesão, contando-se daí a prescrição do direito de ação para cobrança das diferenças.

Resta claro que uma coisa é o reconhecimento do direito à atualização monetária da conta vinculada do FGTS e outra bem diferente é o surgimento do direito às diferenças da indenização de 40% sobre a atualização. Assim, se o direito às diferenças da indenização dependia da implementação da correção monetária pela Caixa Econômica,

enquanto esta não se verificar, não teria adquirido o trabalhador o direito à indenização, não havendo ainda ação correspondente para assegurá-lo, sendo impossível, portanto, a fluência de prazo prescricional.

Estamos em que o direito às diferenças da indenização fundiária nasce somente com o depósito na conta vinculada do obreiro do complemento da atualização monetária do FGTS, pois a partir do ingresso dos créditos na conta do obreiro é que surge a obrigação do empregador de adimplir o percentual remanescente da indenização de 40%. Tal sucede em virtude das diferenças ostentarem caráter acessório, porquanto só têm cabimento após a Caixa Econômica Federal proceder a recomposição do valor correspondente à totalidade dos depósitos do FGTS.

Em prol do nosso entendimento invocamos mais uma vez os escólios precisos do Ministro Dalazen em recente decisão:

“Deste modo, a partir do momento em que a atualização nas contas do FGTS e em que o empregador responsável, a meu juízo, pelo pagamento da multa absteve-se de, sponte própria, pagar a multa do FGTS, já agora, em face da nova base de cálculo, surgiu a violação ao direito material de receber a multa com base nessa nova base de incidência, com base nessa nova atualização do saldo da conta vinculada. E, portanto, a partir da atualização monetária, a cargo da Caixa Econômica Federal, no saldo da conta vinculada é que surgiu a lesão ao direito no tocante à multa. Em conclusão, entendo que o termo inicial não é a entrada em vigor da Lei Complementar nº 110/01, de 29.06.01, a decisão do E. STF ou tampouco o trânsito em julgado da decisão proferida na Justiça Federal. Isto porque tanto a lei como as decisões do E. STF e da Justiça Federal meramente reconheceram o direito material às diferenças do saldo do FGTS. A lesão ao direito à multa do FGTS, todavia, deu-se posteriormente, com os depósitos das diferenças dos índices expurgados. Neste momento, não paga pelo empregador a conseqüente diferença da multa, consumou-se a lesão”. (TST AIRR 28870/2002-002-11-00.6. Ac. 1ª T., 29.10.03. Revista LTr vol. 68, nº 03, de março de 2004, pág. 337)

Em sendo assim, impõe-se dizer que o prazo prescricional para a postulação dos trabalhadores é de dois anos, contados da data em que tiver sido cumprida pela Caixa Econômica Federal a obrigação de proceder a atualização monetária no saldo da conta do FGTS. Via de conseqüência, enquanto não for creditada a correção monetária pela Caixa na conta vinculada, não se poderá cogitar de lesão ao direito do trabalhador e muito menos em fluência de prazo prescricional do direito de ação.

O prazo, dessarte, para o exercício da ação iniciar-se-á somente na data em que o empregador, dispondo de elementos para efetuar o cálculo da base de incidência da indenização de 40%, deixar de efetuar o pagamento das diferenças. Antes, porém, desse momento, carece o empregado de pretensão que viabilize o pedido objeto da ação, logo, não há como admitir que a prescrição do direito de ação passe a fluir.

Com efeito, como a prescrição consiste na perda da ação atribuída a um direito pelo seu não exercício *opportuno tempore*, é palmar que não pode começar a fluir o prazo antes de se deferir o direito de ajuizar a demanda. Não há como atribuir a pecha de desidioso ao obreiro em situações que tais, vez que o exercício da ação ainda não seria possível em virtude de não haver se titularizado o direito do empregado em face do empregador, justamente pela ausência do depósito atualizado do complemento da correção monetária na conta vinculada. Se não havia o direito material às diferenças no saldo do FGTS, o empregado não possuía pretensão para exigir o cumprimento do dever jurídico por parte do devedor, conseqüentemente não fluindo a prescrição.

CITACÃO

¹ TST AIRR 28870/2002-002-11-00.6. Ac. 1ª T., 29.10.03. Revista LTr vol. 68, nº 03, de março de 2004, pág. 336

“DOENÇAS EMOCIONAIS E CONDIÇÕES DE MISERABILIDADE DO TRABALHADOR - TRABALHO ESCRAVO”

EMMANUEL TEÓFILO FURTADO
MESTRE E DOUTOR EM DIREITO
PROFESSOR ADJUNTO DE DIREITO DO TRABALHO DA
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
Juiz do Trabalho Titular da IIª VARA do Trabalho de FORTALEZA

1 DISCRIMINAÇÃO POR DOENÇAS EMOCIONAIS

Não há de ser discriminado o trabalhador pelo fato de ser portador de doença, mormente se não há empecilho para o normal desempenho de sua função.

E quando aqui se fala em doença não se está a restringir à doença física, mas também à doença emocional. A Revista *Veja*¹ publicou interessante reportagem intitulada *DESÂNIMO COM BULA*, na qual noticia a discriminação que acontece nas empresas com trabalhadores que apresentam alguns tipos de doença, principalmente se de caráter emocional.

A sintomatologia da depressão é a desmotivação, a falta de interesse por qualquer que seja o projeto, a lentidão, a dispersão, o mau-humor, a fadiga aumentada, as baixas auto-estima e auto-confiança, idéia de culpa, sensação de inutilidade, lentidão motora e de raciocínio. Todos esses circunstanciais num ambiente de trabalho são catastróficos, mas qualquer trabalhador, assim como toda e qualquer pessoa, a eles estão sujeitos por conta de um processo depressivo, que normalmente acontece durante a faixa etária mais produtiva, a saber, dos 30 aos 40 anos.

Sói acontecer de a pessoa deprimida ficar marcada como alguém que quer fazer corpo mole, que não tem disposição e está sempre de crista baixa. Muitas vezes acaba sendo posta para fora do emprego, preterida nas promoções ou isolada para não contaminar os demais colegas de trabalho.

Em conformidade com a Organização Mundial de Saúde, uma em cada cinco pessoas é, foi ou será afetada pela depressão. E a doença não escolhe classe social, atingindo o pedreiro e o alto executivo. É, em grande parte das vezes, temporária e tratável. É envolta por uma aura de ignorância, segredos e medos, principalmente no ambiente de trabalho. Para um paciente psiquiátrico encontrar e manter o emprego há bastante dificuldade.

Em recente pesquisa realizada pela Fundação de Saúde Mental da Inglaterra, 47% das pessoas com distúrbios mentais disseram ter passado por discriminação no emprego e 55% omitiram o problema para os colegas. Ainda em comentado estudo realizado em 1998, 200 profissionais da área de recursos humanos avaliaram o currículo de dois pretendentes a cargo de extremo relevo, com experiência e formação semelhantes, sendo que um sofria de diabetes e o outro se recuperava de um período de depressão. O resultado foi que o candidato que tivera depressão foi considerado significativamente menos empregável que o com diabetes.

Tal decisão está em conformidade com a postura geral das empresas brasileiras na hora de admitir o empregado, ou seja, é intolerável qualquer problema de ordem emocional, mormente a depressão, quer seja fato presente, quer seja do passado da vida do trabalhador. Pura discriminação.

Já nos Estados Unidos 70% das empresas reconhecem a necessidade de criação de projetos de saúde corporativa que abarquem distúrbios psíquicos. Estima o governo americano que o gasto anual com a perda da produtividade e despesas médicas por conta da depressão beira a casa dos 70 bilhões de dólares. Pessoas deprimidas faltam ao trabalho três vezes mais que o empregado sem a doença.

Vê-se que, quando a empresa oferece um acesso fácil ao setor médico, com garantia de anonimato, o trabalhador busca o apoio psiquiátrico mais rapidamente. Na maioria das vezes o próprio paciente não aceita que esteja em pleno processo depressivo, porque entende ser uma fraqueza moral, quanto mais admitir para os outros, daí a importância do anonimato.

Embora com características próprias, é a depressão uma doença, não podendo o trabalhador que a desenvolveu ser por ela discriminado ou muito menos posto para fora do emprego, mas, isto sim, tratado devidamente, para que se dê rapidamente seu restabelecimento.

2 DISCRIMINAÇÃO PELO ESTADO DE MISERABILIDADE, LEVANDO AO TRABALHO ESCRAVO

Acalourada tem sido a polêmica a respeito do número de trabalhadores no Brasil que se encontram na condição de escravos, em grande parte por conta da total condição de miserabilidade do laborista, falta de consciência de direitos e de fiscalização dos órgãos competentes, muitas vezes, admita-se, pela falta de recursos materiais e de pessoal para tanto, considerando-se a vasta extensão territorial brasileira.

Há grande cizânia a respeito do verdadeiro número de trabalhadores brasileiros que hoje se encontram na condição de escravos, como desenvolve o advogado Roberto de Figueiredo Caldas², Presidente da Comissão de Combate ao Trabalho Escravo do Conselho Federal da OAB.

Em conformidade com informação dada pelo então Ministro da Justiça do Governo Fernando Henrique Cardoso, Paulo de Tarso Ramos Ribeiro, durante a I Jornada de Debates sobre Trabalho Escravo, de 1995 até 2002 o número de trabalhadores escravos teria caído de 25.000 para 2.500.

Tal quadro teria sido refutado pelo então Ministro Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Francisco Fausto, que asseverou com escudo em informações dadas pelo então Presidente Nacional da OAB, Rubens Approbato, que existem cerca de 15.000 escravizados na realidade atual.

E não se diga que seja apenas uma questão de fontes diferentes, vez que o governo se utilizou da mesma fonte que a OAB, a saber, a CPT – Comissão Pastoral da Terra.

Os 25.000 que foram referidos existirem em 1995 era a soma de trabalhadores escravizados e em regime de superexploração, o que sem dúvida, é um conceito bem mais amplo.

A menção aos 2.500 se refere aos escravizados que foram libertados, o que é bem diferente do número total dos que ainda estão escravizados.

Já o número de 15.000 escravizados é o que é mais aceito pelos que se dedicam ao enfrentamento de tal problema. É inclusive citado no livro intitulado *Vidas Roubadas*, de Binka Le Breton, pág. 75, nota de rodapé: “Segundo uma estimativa da CPT para o ano 2000, o número total de vítimas poderia estar para lá de 15 mil pessoas”.

Ao que tudo leva a crer, houve um aumento do trabalho escravo no Brasil. Basta que se observe que o número de ações realizadas pelo Grupo Móvel de resgate do Ministério do Trabalho e o número de estabelecimentos fiscalizados mantiveram-se praticamente constantes desde 1995, ao passo que o número de trabalhadores resgatados aumentou de 200 para quase 1.600, o que evidencia que se está escravizando mais por estabelecimento.

Doutra sorte, a precária política levada a efeito até o final do governo Fernando Henrique não teve o condão de diminuir tão dramático quadro. O número de ações não é proporcional ao número de denúncias, fazendo com que mais da metade fique sem fiscalização, sendo o prazo médio de atendimento da denúncia de 60 dias em 2002.

O fato é que o Estado brasileiro não possui dados precisos a respeito do trabalho escravo, nem muito menos uma política pública condizente com a gravidade do problema, sendo que o número de trabalhadores resgatados é mera ponta de *iceberg*, vez que 90% ou mais dos casos não vêm à baila, não se tendo atuado sequer com forças mínimas para resolver o problema.

Das formas de discriminação acima mencionadas e relacionadas ao trabalho sem dúvida que esta é uma das mais gritantes, vez que tangencia o segundo mais precioso bem do ser humano, após a vida, a saber, a sua liberdade, posto que o escravizado trabalha praticamente pelo prato de comida, sendo cativo da propriedade onde labuta.

Oxalá referido problema possa ser no mínimo diminuído sensivelmente, posto que é uma das mais profundas feridas ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

CITACÕES

¹ CIVITA, Roberto. Desânimo com Bula. *Revista Veja*. São Paulo: Editora Abril, número 49, ano 34, 12/12/2001, pp. 93-94

² CALDAS, Roberto de Figueiredo: Trabalho Escravo *Jornal da OAB Nacional*, São Paulo: Editora da OAB, número 99, outubro de 2002, p.132.

“JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA É OU NÃO É JURISDIÇÃO: A POLÊMICA CONTINUA”

LILIANA R. BASTOS DE ALENCAR ARARIPE
ANALISTA JUDICIÁRIA - TRT 7ª Região
ESTUDANTE DE DIREITO NA UNIVERSIDADE
DE CONSTANÇA, ALEMANHA (2000 A 2003)
BACHARELANDA DE DIREITO NA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ

Almejamos no presente trabalho fazer uma breve digressão sobre o fenômeno jurisdição voluntária, realçando as diferenças que a doutrina majoritária faz entre esta e a outra forma de jurisdição, denominada de contenciosa. Não ousamos ir tão longe, a ponto de assentar a última pedra sobre esse assunto, que foi resumido de forma bastante plástica por um jovem jurista pátrio como um dos mais pantanosos terrenos da ciência processual.¹

Indubitavelmente, não é incomum ao operador do Direito o deparar constante com as divisões doutrinárias seja ao definir, seja ao classificar, seja ao enquadrar qualquer realidade que mereça o epíteto de realidade ou fenômeno jurídico.

Não foi diferente com a jurisdição. Partindo-se da idéia (esta sim, unânime) de que a jurisdição é una e indivisível e que para melhor atuá-la, o Estado costuma organizar os órgãos encarregados de aplicá-la, compartimentalizando as áreas em que será prestada, construiu-se um esquema classificatório que em linhas gerais dispõe dos seguintes critérios: quanto à espécie de pretensão, a jurisdição pode ser penal ou civil; quanto à instância em que a mesma é exercida, pode ser superior ou inferior; quanto ao órgão que a exerce, pode ser a jurisdição ser dividida em especial ou comum.

Sob qual critério poderíamos, então, afirmar ser a jurisdição do tipo contencioso ou voluntário? A esta pergunta devemos responder com uma segunda: é jurisdição voluntária espécie de jurisdição?

Passemos ao tema.

JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA CORRENTE CLÁSSICA

A doutrina dominante pátria, que pode ser denominada de corrente administrativista ou clássica, afirma, com uma ou outra mudança no matiz da conceituação, que na jurisdição voluntária, o juiz apenas realiza gestão pública em torno de interesses privados. Não há litígio, nem partes. É uma forma de administração pública de interesses privados.

Leciona Nelson Nery Júnior que a jurisdição voluntária é jurisdição apenas na forma, não se caracterizando como jurisdição pura, porque o juiz não diz o direito. Substituindo a vontade das partes, apenas pratica atividade integrativa do negócio jurídico privado administrado pelo Poder Judiciário. Esse negócio jurídico, contudo, não tem validade se não integrado pelo juiz, donde é lícito concluir não ser voluntária essa

jurisdição, mas sim forçada. Nela não há processo, mas procedimento; não há lide, mas controvérsia; não há partes, mas interessados; não incide o princípio dispositivo, mas sim o inquisitório; não há legalidade estrita, pois pode o juiz decidir por equidade.

No mesmo trilhar anda Humberto Theodoro Junior, quando afirma que na jurisdição voluntária o juiz apenas realiza gestão pública em torno de interesses privados, citando como exemplos a nomeação de tutores, alienações de bens de incapazes, extinção do usufruto, etc.

Para Luís Rodrigues Wambier, a jurisdição voluntária não é efetivamente jurisdição, pois nela não há decisão que diga o direito aplicável a lide, em substituição à vontade dos interessados, nem consiste em resolver conflitos, mas apenas cancelar, por força da lei, aquilo que os interessados entre si já resolveram, mas cuja eficácia depende dessa chancela.

Trata-se portanto, de atividade extraordinária desempenhada pelo Poder Judiciário, sem que faça parte de sua destinação específica, que é a de resolver os conflitos de interesses a ele submetidos, em que aquele apenas chancela a vontade manifestada pelos interessados, que disso necessitam para conferir eficácia a essa manifestação.

Mesma posição tem o ilustre Moacir Amaral dos Santos, para quem a jurisdição voluntária não é propriamente jurisdição, a qual pressupõe um conflito de interesses a ser composto pelo órgão judiciário, substituindo as atividades das partes em conflito. Sua finalidade é assegurar a paz jurídica, não que esta esteja ameaçada ou violada, mas porque o interesse a tutelar-se é daqueles que merecem especial proteção do Estado.

José Alberto dos Reis muito bem estipulou o paralelo entre essas duas atividades: “A jurisdição voluntária implica o exercício duma atividade essencialmente administrativa; a jurisdição contenciosa implica o exercício duma atividade verdadeiramente jurisdicional”.

Lopes da Costa, filiando-se a essa mesma posição leciona que a jurisdição voluntária, em verdade, não é nem jurisdição, nem voluntária, haja vista que não declara o direito de uma parte em face de outra, e muitas vezes o interessado é coagido a obedecer à autoridade. Trata-se de um função secundária do Poder Judiciário.

As distinções mais difundidas na doutrina são as seguintes:

- 1 - Quanto aos efeitos: A jurisdição contenciosa produz e a voluntária não produz coisa julgada.
- 2 - Na jurisdição contenciosa há ação; na voluntária há simples pedido de um interessado.
- 3 - Na jurisdição contenciosa há partes; na voluntária há interessados.
- 4 - Na jurisdição contenciosa há processo; na voluntária há procedimento.
- 5 - Na jurisdição contenciosa há conflito de interesses (litígio); na voluntária há simples negócio jurídico.
- 6 - Na jurisdição contenciosa o juiz diz o direito a ser aplicado no caso concreto; na voluntária ele apenas chancela, homologa o que já foi previamente decidido pelas partes.
- 7 - A jurisdição contenciosa é substitutiva; a voluntária é administrativa, já que o juiz não substitui a atividade dos interessados.

8 - A jurisdição voluntária não exclui o exercício posterior da jurisdição contenciosa sobre o mesmo assunto.

9 - Na jurisdição contenciosa há sempre possibilidade de contraditório; na voluntária não.

Enfim, a jurisdição contenciosa tem por objetivo compor conflitos de interesses, em busca da pacificação. A jurisdição voluntária, por sua vez, tem por objeto interesses que não estão em conflito e visa proteger os respectivos interessados.

Analisando os elementos caracterizadores, diz a doutrina dominante que os atos de jurisdição voluntária, na realidade, nada teriam de jurisdicionais pelas seguintes razões: a) não se visa, com eles, à atuação do direito, mas à constituição de situações jurídicas novas; b) não há o caráter substitutivo, pois o que acontece é que o juiz se insere entre os participantes do negócio jurídico, numa intervenção necessária para a consecução dos objetivos desejados, mas sem exclusão das atividades das partes; c) o objeto dessa atividade não é uma lide, como sucede sempre com a atividade jurisdicional; não há um conflito de interesses entre duas pessoas, mas apenas um negócio, com a participação do magistrado.

JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

CORRENTE MODERNA

À corrente clássica vem-se contrapondo uma teoria desraigada da noção administrativista de jurisdição. A ela grandes nomes da ciência processual demonstram simpatia: Candido Dinamarco, Ovídio Batista da Silva, Greco Filho, Sérgio Bermudes, Ada Pellegrini Grinover, Alexandre Freitas Câmara, dentre outros.²

Grinover salienta que a atividade jurisdicional voluntária visa, tanto quanto a contenciosa, à pacificação social, mediante a eliminação de situações incertas ou conflituosas. Além disso, exerce-se segundo as formas processuais: há um petição inicial, que deverá ser acompanhada de documentos (CPC, art. 1104), há a citação dos demandados (CPC, art. 1105), respostas destes (CPC, art. 1106), princípio do contraditório, provas (CPC, art. 1107), sentença e apelação (CPC, art. 1110).

O coro dos processualistas da corrente minoritária soa na mesma direção, isto é, derrubando um a um dos argumentos apresentados pela outra doutrina, quer fazer prevalecer o entendimento de que a atividade de integração da vontade do particular, praticada pelo juiz, comparece sim sob o manto de *verdadeira* jurisdição.

Em primeiro lugar, contrapõem à tese de que não existindo lide, a jurisdição voluntária não poderia ser identificada com a contenciosa, o argumento de que a lide é mero elemento acidental e não essencial ao exercício da jurisdição.³

Quanto ao argumento de que na jurisdição voluntária não há substitutividade da atividade das partes, vez que as mesmas comparecem diante do magistrado apenas para receber do Estado a chancela para a constituição ou desconstituição de um ato jurídico preexistente, pondera Freitas Câmara que, devendo o juiz exercer uma atividade que originariamente não lhe cabia, substitui, assim, a atividade dos interessados em jogo, uma vez que a lei impede estes interessados de negociar livremente alguns interesses particulares.

Em terceiro lugar, quanto à natureza constitutiva da jurisdição voluntária, não se pode olvidar que na jurisdição contenciosa há também sentenças constitutivas.

Finalmente, à objeção de não ser jurisdição por seus provimentos não serem alcançados pela coisa julgada, argumentam os da segunda corrente, à semelhança do mesmo raciocínio contido na primeira crítica, que há típicos provimentos jurisdicionais não alcançados pela *res judicata*, a exemplo da sentença cautelar.

Por essas razões, a doutrina mais moderna defende a natureza jurisdicional da jurisdição voluntária. Não há porque restringir à jurisdição contenciosa os conceitos de parte e processo.

JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

Como dito anteriormente, há consenso quanto ao ponto de a jurisdição ser uma, sendo sua compartimentalização apenas mecanismo de melhor atuação dos órgãos incumbidos de exercê-la.

Assim, quanto ao órgão que a exerce, pode ser dividida em jurisdição especial e comum.

Partindo do pressuposto de autonomia do Direito Processual do Trabalho frente ao Processual civil, vê-se também nesse ramo a presença das duas espécies de jurisdição.

Não poderia ser diferente, haja vista não poder o cientista processual estabelecer premissas diferentes para as espécies dentro do gênero de que se ocupa.

A dicotomia jurisdição voluntária versus jurisdição contenciosa é visitada pela doutrina processual trabalhista sem muitas inovações.

Parece-nos que a doutrina que segue a corrente clássica (administrativista) é majoritária.

Compartilhando as mesmas idéias de Nelson Nery, Humberto Theodoro e Moacyr Amaral, escreve Eduardo Gabriel Saad que jurisdição voluntária ou graciosa tem por fim a prática de atos de índole administrativa atribuídos ao Poder Judiciário para que fiquem bem resguardados os interesses das partes. Depõe ainda a contradição que os termos evoca: “os atos que são submetidos à jurisdição voluntária são aqueles em que a lei quer que assim se proceda. É evidente a contradição: ato de jurisdição voluntária é obrigatória”⁴.

Afirma, ainda, referido autor serem poucos os casos de jurisdição voluntária no âmbito trabalhista e cita dois exemplos: o pedido de ingresso no regime do FGTS pelo estável, quando da fusão dos regimes da CLT e do Fundo de Garantia pela Lei nº 8036/90, e o pedido de demissão do empregado estável válido apenas quando feito com a assistência do respectivo sindicato, e, na falta deste, perante autoridade local competente do Ministério do Trabalho ou da Justiça do Trabalho.

Francisco Gerson Marques de Lima aborda o tema sob a mesma perspectiva. Enxerga na jurisdição voluntária uma atividade administrativista do Poder Judiciário, sem litígios nem contraditório e dá-nos dois casos desse tipo de atividade: liberação de alvarás e opção retroativa pelo FGTS.

Tostes Malta, que chama o fenômeno jurisdição voluntária também graciosa, administrativa, gratuita ou intervolutes, perfilha o pensar clássico quando diz que mediante a jurisdição graciosa não se dirimem conflitos e sim homologam-se acordos, há nomeação de pessoas para exercerem certos encargos, são realizados, enfim, atos que poderiam ser atribuídos a autoridades administrativas, mas que, para mais completa garantia dos interessados, são incumbidos aos órgãos judiciários.⁵

CONCLUSÃO

Em síntese conclusiva dizemos, por fim, que há na doutrina tanto processual civil em sentido estrito, quanto na processual trabalhista, clara preferência pela tese que rejeita o caráter jurisdicional à jurisdição voluntária.

Os autores que por ela optam rechaçam o caráter jurisdicional e mesmo o qualificativo voluntário desse tipo de jurisdição, apoiando-se nos seguintes argumentos: a) não se visa com ela à atuação do direito, mas à constituição de situações jurídicas novas; b) não está presente o caráter substitutivo, pois o que acontece é que o juiz se insere entre os participantes do negócio jurídico, numa intervenção necessária para a consecução dos objetivos desejados, mas sem exclusão das atividades das partes; c) o objeto dessa atividade não é uma lide, como sucede sempre com a atividade jurisdicional; não há um conflito de interesses entre duas pessoas, mas apenas um negócio, com a participação do magistrado; d) não há facultatividade na escolha de ir ou não ir ao Poder Judiciário para aperfeiçoamento do ato jurídico desejado pelos particulares, pois a lei impõe a necessidade inafastável da intervenção do Estado.

Os adeptos da corrente oposta, ou seja, daquela que admite o verdadeiro caráter jurisdicional da jurisdição voluntária, procuram derrubar os argumentos contrários com a indicação dos elementos acidentais do fenômeno, concluindo que a ausência de alguns desses elementos na jurisdição voluntária não tem o condão de desnaturá-la para atividade meramente administrativa.

A suma do pensamento e críticas da segunda corrente pode ser apresentada de forma bastante expressiva pelas palavras de Edson Prata, que de tão eloqüentes merecem ser integralmente citadas:

“Parece-nos que os alinhados nesta corrente (*clássica*) preocupam-se muito em arrear a jurisdição voluntária do terreno ocupado pela jurisdição, e até do processo, para limpar o caminho que traçam e no qual não querem óbices que impeçam o diálogo em linha reta, mas se esquecem de ajeitá-la entre os atos da atividade administrativa. Retiram a jurisdição voluntária do terreno jurisdicional, jogam-na na seara da administração, porém sem indagação prévia da possibilidade jurídica desta providência. Talvez nenhum se tenha perguntado, com a necessária paciência do pesquisador, se a jurisdição voluntária, não se comportando adequadamente no conceito de jurisdição, se ajeita plenamente no conceito de administração”⁶.

CITACÕES

¹ CAMARA, Alexandre F. Lições de Direito Processual Civil, 11ª ed., Lumem Júris, p. 76.

² CAMARA, Alexandre F. op. cit., p. 77.

³ O Direito Processual Civil alemão admite casos dentro da jurisdição voluntária em que há conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida (exemplos: perda do pátrio poder – *Entziehung der elterlichen Sorge*-, enquanto noutros casos submetidos à jurisdição contenciosa, lide não há). Daí a oportuna qualificação de Jauernig para os dois adjetivos como *irreführend*, ou seja, que pode levar a equívocos. Jauernig, *Zivilprobrechet*, 27ª ed. Beck, p. 14.

⁴ SAAD, Eduardo Gabriel, *Direito ...*, 4ª ed., LTr, p. 348.

⁵ MALTA, Cristóvão P. T. *Prática ...* 27ª ed., LTr, p. 25.

⁶ Prata, Edson *apud* Alexandre Freitas Câmara, op. cit., p.79

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Volume 1, 11ª ed., Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004.

JAUERNIG, Othmar. **Zivilprozeßrecht**. 27ª ed., München: Beck, 2002.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Direito Processual do Trabalho**. 3ª ed., Malheiros: São Paulo, 2001.

MALTA, Cristóvão Piragibe Tostes. **Prática do Processo Trabalhista**. 27ª ed., São Paulo: LTr, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 22ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil**. 31ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Direito Processual do Trabalho**. 4ª ed., São Paulo: LTr, 2004.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. Volume 3, 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. Volume 1, 2ª ed., Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 1, 38ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. Volume 1, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

“DESCONTOS NOS SALÁRIOS PARA PAGAMENTO DE EMPRÉSTIMOS BANCÁRIOS”¹

YONE FREDIANI

Juíza do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, aposentada
Mestre em Relações de Estado/PUC-SP e em Direitos Fundamentais/UNIFIEO
Doutoranda em Direito do Trabalho PUC-SP
Professora de Direito Individual e Coletivo do Trabalho e de
Direito Processual do Trabalho nos cursos de Pós-Graduação e Graduação do UNIFIEO
Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho, da Academia Paulista de Letras Jurídicas
e da Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
do Instituto dos Advogados de São Paulo e do Instituto Paulista de Magistrados - IPAM

A questão relativa ao empréstimo bancário e sua respectiva dedução mensal através da folha de pagamento, foi inicialmente regulada pela Medida Provisória nº 130, de 17/10/2003, posteriormente convertida na Lei nº 10.820, de 17/12/2003.

Com a finalidade de movimentação da economia através da concessão de crédito aos empregados celetistas mediante desconto em folha de pagamento, criou-se mecanismo que se por um lado, diminuiu a possibilidade de inadimplência do mutuário, por outro, tornou possível a redução da taxa de juros em relação àquelas praticadas pelo mercado, em razão da **garantia** conferida à entidade financeira através da dedução da respectiva parcela mensalmente, quando do pagamento dos salários do favorecido.

Desta forma, **facultou-se** ao empregador, com a anuência da entidade sindical respectiva, firmar acordos com instituições financeiras para concessão de empréstimos aos seus empregados, permitindo-se, ainda, a mesma contratação através das entidades e centrais sindicais.

Por sua vez, caberá ao empregado, dentre as diversas alternativas colocadas à sua disposição, escolher livremente a instituição consignatária, independentemente da existência de prévio acordo com empregador ou entidade sindical, cabendo, em qualquer caso, a obrigação do empregador em proceder aos descontos e repasses mensais contratados e autorizados pelo empregado.

Nesta última hipótese aventada, qual seja, de entidade não integrante de eventual acordo, mantido com o empregador ou com a entidade sindical respectiva, a empresa tomará ciência do empréstimo contratado pelo empregado através do recebimento de uma via da autorização para desconto em folha de pagamento, circunstância que materializa a operação financeira e implica na obrigação do empregador proceder aos descontos e repasses mensais autorizados e ajustados pelo empregado.

De ressaltar-se que o contrato previsto pelo diploma legal em apreço, embora envolva empregados vinculados ao regime da CLT, tem **natureza jurídica de contrato de direito civil**, apesar da autorização para realização de desconto salarial pelo empregador.

São beneficiários de referido diploma legal os empregados vinculados à CLT que, mediante obtenção de empréstimo bancário, poderão autorizar o desconto em folha

de pagamento do valor correspondente à parcela mensal ajustada para amortização da importância recebida, **até o limite de 30% (trinta por cento) da remuneração disponível.**

Referida autorização dada ao empregador tem **caráter irrevogável e irretratável**; vale dizer, não poderá ser cancelado pelo empregado sem prévia anuência e concordância da instituição consignatária e via de regra, só se extinguirá no momento em que extinguir-se a relação de emprego.

De ser esclarecido que referido desconto também poderá ser objeto de incidência sobre as verbas rescisórias, quando da rescisão contratual e desde que devidamente ajustado, até o limite máximo de 30% (trinta por cento).

Na ocorrência de rescisão contratual o débito mensal em folha de pagamento será automaticamente interrompido, cabendo à instituição consignatária a cobrança das parcelas pela forma que resultar ajustada quando da contratação do empréstimo.

Em caso de rescisão do convênio entre empregador, entidade sindical e instituição consignatária, a dedução das parcelas mensalmente ajustadas ocorrerá normalmente até a quitação completa do empréstimo concedido.

Dentre as diversas obrigações impostas ao empregador, além das informações gerais aos empregados e instituição financeira para contratação do crédito, de ser realçada a obrigação de repasse à instituição consignatária, da importância deduzida dos salários do empregado até o quinto dia útil após da data de pagamento.

O empregador será considerado e responderá como **devedor principal e solidário** perante a instituição consignatária pelos valores a esta devidos, em razão dos empréstimos contratados, que deixarem, por sua falha ou culpa, de serem retidos ou repassados.

No caso de efetiva e comprovada dedução da parcela mensal dos salários do empregado sem que o mesmo valor tenha sido devidamente repassado à instituição consignatária, não se permitirá a inclusão do nome do favorecido perante qualquer **cadastro de inadimplentes**, ficando o empregador e seus representantes legais, sujeitos à ação de depósito, segundo o disposto no diploma processual civil.

Na ocorrência de **falência do empregador** antes que tenha sido realizado o repasse da importância mensal deduzida dos salários do empregado, assegura-se à instituição consignatária, na forma da lei, o direito de pleitear a restituição das importâncias retidas.

Encontram-se também abrangidos pela Lei 10.820/2003, os **titulares de benefícios de aposentadorias e pensões** pelo regime Oficial de Previdência Social, os quais poderão autorizar a realização dos descontos das parcelas relativas à amortização mensal do empréstimo obtido.

No entanto, em qualquer hipótese, **não haverá se cogitar de responsabilidade solidária do INSS** pelos débitos contratados pelo segurado, eis que a mesma restringe-se, tão somente, à retenção dos valores autorizados pelo beneficiário e conseqüente repasse à instituição consignatária.

Nesta hipótese e à semelhança da disposição legal prevista para o empregado vinculado ao sistema da CLT, o valor mensal da parcela objeto de amortização financeira não poderá superar o limite de 30% (trinta por cento) do benefício recebido.

De ser lembrado que, inobstante o § 2º do artigo 4º do diploma legal sob análise tenha, impropriamente, contemplado a possibilidade de celebração de acordo com instituições consignatárias pelas entidades e **centrais sindicais** a serem realizados com seus representados, estas últimas, diante do atual ordenamento legal não se inserem dentre as entidades detentoras de **representação jurídica** dos empregados, por se constituírem em órgãos que dispõem de mera **representação política** no cenário das relações de trabalho.

Vale repetir, o diploma legal sob análise conferiu a possibilidade de que as centrais sindicais possam intermediar empréstimos sem que as mesmas sejam detentoras de representação jurídica de seus representados, **não se encontrando aptas a desempenhar prerrogativas atribuídas às entidades sindicais.**

Por outro lado, o inciso III, do artigo 8º, da Constituição, ao estipular que ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da **categoria**, não estabeleceu qualquer discriminação entre **associados e não associados** da entidade sindical, uma vez que referida entidade representa, vale repetir, a categoria.

Ademais, a regra insere no inciso V, do mesmo texto, assegura o direito de que **ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato**, o que reforça a representação da categoria como um todo e não apenas do empregado filiado à entidade sindical.

Feitas tais considerações, passo à resposta da pergunta formulada pela organização deste evento.

É lícito, para fins de empréstimo bancário para desconto nos salários diferenciar entre associados e não associados do Sindicato para cobrar juros diferentes?

Entendo que a **discriminação entre associados e não associados do sindicato para tal fim não se sustenta**, posto que, onde o legislador não distinguiu, não cabe ao interessado, no caso à entidade sindical, estabelecer qualquer diferenciação.

Assim sendo e tendo-se em conta que ao sindicato, na conformidade das regras constitucionais apontadas, cabe a defesa e representação da categoria, bem assim, o direito de filiar-se ou não a sindicato, **inexiste suporte legal para manutenção legítima da diferenciação de tratamento entre empregados sindicalizados e não filiados** quanto à estipulação da taxa de juros, sob pena de afronta aos incisos II e V do artigo 8º da Lei Maior, embora tal prática tenha sido adotada de maneira uniforme entre as inúmeras entidades sindicais pesquisadas.

CITACÃO

¹ Trabalho apresentado no 44º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho, 9º Painel: Direito Individual do Trabalho, realizado em São Paulo pela LTr, durante o período de 21 a 23 de junho de 2004.

“ASPECTOS ESSENCIAIS SOBRE O AVISO PRÉVIO NA JUSTIÇA DO TRABALHO”

LUIZ EDUARDO GUNTHER

Juiz do TRT da 9ª Região

CRISTINA MARIA NAVARRO ZORNIG

Assessora de Juiz no TRT da 9ª Região

Sumário: 1 Origens históricas; 2 Natureza jurídica; 3 Conceito; 4 Cabimento; 5 Forma do aviso prévio; 6 Efeitos; 7 Consequências da ausência de aviso prévio pelo empregador; 8 Consequências da ausência de aviso prévio pelo empregado; 9 Duração do aviso prévio; 10 Aviso prévio proporcional; 11 Aviso prévio indenizado; 12 Redução da jornada de trabalho durante o prazo do aviso; 13 O aviso prévio e o tempo de serviço; 14 Aviso prévio e despedida indireta; 15 Aviso prévio e culpa recíproca; 16 Aviso prévio e contrato de experiência; 17 Aviso prévio e extinção da empresa; 18 Aviso prévio e falência da empresa; 19 Aviso prévio e estabilidade; 20 Aviso prévio “cumprido em casa”; 21 Aviso prévio e prescrição; 22 Aviso prévio e férias; 23 Aviso prévio e renúncia; 24 Aviso prévio e indenização adicional; 25 Aviso prévio – Empregado menor; 26 Retorno ao serviço do empregado que esteve em gozo de aposentadoria; 27 Morte do empregador constituído em firma individual; 28 Correção salarial durante o seu curso; 29 Faltas no curso do aviso prévio; 30 Prazo para pagamento; 31 Irrevogabilidade do aviso prévio por ato unilateral; 32 Aviso prévio e descontos previdenciários; 33 Referências bibliográficas.

1 ORIGENS HISTÓRICAS

Segundo registram Orlando Gomes e Elson Gottschalk¹, a origem do instituto está na Idade Média, quando foi introduzido nas relações corporativas. Pelo menos a partir do século XIII são verificados exemplos registrados em estatutos e corporações de prazos variáveis de duração. No aviso de uma parte a outra, o empregado sempre estava sujeito a prazo maior.

Durante a Revolução francesa ele permaneceu ignorado, prevalecendo, em meio às idéias liberais e o individualismo jurídico, a ruptura brusca como um direito. Esta situação só veio a ser alterada a partir de meados do século passado, quando os tribunais europeus começaram a se sensibilizar com os abusos dos patrões.

No Brasil, originou-se a idéia do instituto do aviso prévio através do Código Comercial de 1850, que em seu artigo 81 estatuiu: “*não se achando acordado o prazo do ajuste celebrado entre o preponente e os seus prepostos, qualquer dos contraentes poderá dá-lo por acabado, avisando o outro da sua resolução com 1 (um) mês de antecipação*”.

Sobreveio a esta disposição o Código Civil, de 1916, com o artigo 1.221 dispondo: “*não havendo prazo estipulado, nem se podendo inferir da natureza do contrato, ou do costume do lugar, qualquer das partes, a seu arbítrio, mediante prévio aviso, pode rescindir o contrato. Parágrafo único. Dar-se-á o aviso: I – com antecedência de oito dias, se o salário se houver fixado por tempo de um mês, ou mais; II – com antecipação de quatro dias, se o salário estiver ajustado por semana ou quinzena; III – de véspera, quando se tenha contrato por menos de sete dias*”.

No Direito do Trabalho a sua aparição ocorreu através da Lei nº 62, de 05 de junho de 1935, em seu artigo 6º, que exigia comunicação somente do empregado, tendo, posteriormente se consolidado nos artigos 487 a 491 da CLT.

E em 1988 foi a vez da Constituição Federal, no artigo 7º, inciso XXI, consagrar o direito ao aviso prévio como cláusula pétrea. Sim, porque o artigo 7º da CF/88 está incluído no Capítulo II dos Direitos Sociais, consagrando, o artigo 6º, o trabalho como direito social. Não pode ser esquecido que o título II da Constituição estabelece os direitos e garantias fundamentais, nos quais estão incluídos aqueles previstos no Capítulo II.

Não havendo qualquer dúvida quanto ao acima exposto, nem mesmo emenda constitucional pode subtrair-lo da condição de direito pétreo do empregado, sob pena de ofensa ao art. 60, parágrafo 4º, da CF/88, que proíbe emenda **tendente a abolir** “os direitos e garantias individuais”.

2 NATUREZA JURÍDICA

Não há unanimidade na doutrina acerca da natureza jurídica do aviso prévio. O resumo deste dissenso doutrinário é relatado por José Augusto Rodrigues Pinto e Rodolfo Pamplona Filho²:

Para uns, dentre os quais se incluem Orlando Gomes e Elson Gottschalk, o aviso prévio é um ato receptício, eis que, recebida a denúncia, originária do empregador (despedida) ou do empregado (demissão) traduz-se, imediatamente, em ato jurídico perfeito e acabado, aceitando ou não as partes, e, ainda, de um ato constitutivo, cujo efeito se produz para o futuro. Outros, como o Professor Russomano, classificam-na como conversão do contrato de duração indeterminada em de duração determinada. E também há quem a diga como termo suspensivo ou inicial da efetiva extinção do contrato (o Professor Catharino, por exemplo).

Segundo Amauri Mascaro Nascimento (1999:467), o aviso prévio tem tríplice natureza jurídica. A **primeira**, é de comunicar a outra parte do contrato de trabalho do desinteresse na sua continuidade. A **segunda**, é de período mínimo que a lei determina para aviso da parte contrária quanto à rescisão do contrato de trabalho, de modo que o empregador possa conseguir novo empregado para a função ou o empregado possa procurar novo emprego. E a **terceira**, a de pagamento que vai ser efetuado pelo empregador ao empregado pela prestação de serviços durante o restante do pacto, ou à indenização substitutiva pelo não-cumprimento do aviso prévio por qualquer das partes³. Há, assim, a combinação dos elementos comunicação, prazo e pagamento (salarial ou indenizatório).

3 CONCEITO

Comunicação a que está obrigada, com antecedência mínima legal, sob pena de indenização substitutiva, qualquer das partes do contrato de trabalho estabelecido por prazo indeterminado a oferecer a outra quanto ao seu desejado rompimento da relação de emprego.

Resumem Orlando Gomes e Elson Gottschalk: “*O aviso prévio é instituto peculiar a todo contrato de execução continuada, por tempo indeterminado, tornando-se essencial aos que vinculam a pessoa, como ocorre com o de trabalho.*”

Consiste na obrigação que tem qualquer das partes do contrato de trabalho por tempo indeterminado de notificar à outra de sua intenção de romper o vínculo contratual, em data futura e certa.

É uma advertência que se faz para prevenir o outro contraente de que o contrato vai se dissolver, de que os seus efeitos vão cessar”⁴.

Oliveira Viana, em parecer, sobre a Lei nº 62, em 1938, conceituava que “o aviso prévio é um meio preventivo que protege ao mesmo tempo o patrão e o empregado contra os inconvenientes de uma rescisão ‘ex abrupto’, inconvenientes estes que afetam, ao mesmo tempo, o patrão e o empregado; este, porque não teve tempo para encontrar outra colocação; aquele, porque fica sem poder dar substituto imediato ao empregado que se despediu sem avisá-lo a tempo”⁵.

Para Hirose Pimpão, “o Aviso Prévio é o espaço de tempo, fixado em lei, que antecede à rescisão unilateral do contrato de trabalho por prazo indeterminado, quando não tenha ocorrido um motivo imperioso, e durante o qual a parte avisada deve procurar restabelecer as condições normais de seu trabalho, evitando, assim, as conseqüências da ruptura brusca dos vínculos contratuais”⁶.

O nome correto, bem lembra o Prof. Sergio Pinto Martins não é “aviso breve, como é comum ser empregado, principalmente entre os trabalhadores de baixa instrução. Prévio quer dizer com antecedência. Breve significa de pouca extensão, ligeiro”⁷.

4 CABIMENTO

A partir do próprio conceito já se verifica que o aviso prévio é admissível nos contratos por prazo indeterminado, quando a dissolução que se pretende, por qualquer das partes, não tem justa causa para acontecer.

Nos contratos por prazo determinado (em razão do objeto ou porque assim assentem as partes), o aviso prévio não tem cabimento, pois previamente já está acertada a data limítrofe da relação estabelecida.

“Tem cabimento apenas no contrato de trabalho por tempo indeterminado, que se quer rescindir sem justa causa. Não se justifica no contrato por tempo determinado, nem na rescisão com justa causa. (...)

Com vista à sua finalidade, deve ser excluída a possibilidade de ser dado (...) quando o empregado obtém, com o consentimento do empregador, e sem interrupção do serviço, emprego em outro estabelecimento ou empresa. Não se justifica, também, na dissolução do contrato por mútuo consenso, salvo o livre ajuste das partes sobre este ponto”⁸.

5 FORMA DO AVISO PRÉVIO

Não existe forma solene para o aviso prévio, podendo até mesmo ser verbal. Portanto, é reconhecida como hábil e eficaz qualquer maneira que efetivamente leve ao conhecimento da parte a perda do emprego após o esgotamento do prazo do aviso.

De acordo com o artigo 82 do Código Civil, a validade do ato jurídico requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita **ou não defesa em lei.**

O problema surge quando há controvérsia a respeito da ciência, quando deverá, então, ser provada a observância da notícia notificadora da proximidade do fim do liame contratual, que se desfará ao término do prazo.

“O aviso prévio, que é a expressão material da denúncia, não obedece, entre nós, a nenhuma forma especial. A declaração de vontade deve ser, entretanto, séria e não equívoca. Mas, para sua validade não está subordinada à forma determinada.

*A comunicação da denúncia deve ser feita, porém, de modo que se possa precisar o momento de sua recepção, para a contagem exata do período fixado em lei. Daí a vantagem dos avisos por escrito, com o ciente da outra parte. Pode ser dada oralmente ou por escrito, seja por carta ou por telegrama ou qualquer outro meio de comunicação. Nada impede que o empregador faça a comunicação mediante aviso, com citação nominal dos empregados, afixado em quadro no estabelecimento, desde que estes possam, por este meio, ter conhecimento da decisão tomada. A modalidade escrita da comunicação facilita a prova do fato que, por ser positivo, cabe o ônus a quem alega, em juízo, tê-lo cumprido”*9.

6 EFEITOS

Os **efeitos principais** do aviso prévio são:

- 1) a prevista rescisão contratual, ao término de seu prazo;
- 2) durante o seu curso permanecem integrais os direitos e obrigações contratuais;
- 3) o seu período inclui-se no tempo de serviço do trabalhador, ainda que indenizado (art. 487, § 1º, da CLT).

Como **efeitos secundários podem ser apontados**:

- 1) do ponto de vista do empregado, o de lhe proporcionar tempo para a obtenção de uma nova colocação no mercado de trabalho;
- 2) e, do ponto de vista do empregador, o de lhe propiciar tempo, igualmente, para providenciar um substituto à vaga a ser deixada.

7 CONSEQÜÊNCIAS DA AUSÊNCIA DE AVISO PRÉVIO PELO EMPREGADOR

A falta de aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários do período do respectivo aviso (§ 1º do art. 487 da CLT), garantindo-se sempre a sua integração no tempo de serviço do empregado, sendo este o principal fim colimado pela lei.

O empregado, de uma forma ou de outra, sempre será reparado do prejuízo acarretado pela rescisão de seu contrato de trabalho, ou seja, o empregador de todo modo responderá pelo ato abusivo e lesivo do direito do contratante.

8 CONSEQÜÊNCIAS DA AUSÊNCIA DE AVISO PRÉVIO PELO EMPREGADO

Mediante atestado médico, à mulher grávida é facultado romper o contrato de trabalho, sem pré-aviso, desde que este seja prejudicial à gestação (art. 394 da CLT).

Afora esta específica situação, a falta de aviso prévio por parte do empregado que pretende se desligar da empresa dá ao empregador o direito de descontar o saldo de salários correspondentes ao prazo respectivo (art. 487, § 2º, da CLT).

O empregador só poderá descontar do empregado os salários do período mencionado (art. 462 da CLT), e não outro tipo de verba, como, exemplificativamente, férias. Se o empregado não presta serviços durante o aviso prévio, por sua própria decisão, perde o direito aos dias respectivos:

“FALTA GRAVE - ABANDONO DE EMPREGO DURANTE O AVISO PRÉVIO. *Abandono de emprego, pelo trabalhador, após a cientificação do aviso prévio, somente retira-lhe o direito ao respectivo aviso prévio. Inteligência do Enunciado setenta e três do TST”¹⁰.*

É de se observar a referência expressa da lei a “desconto”, o que significa dizer que nada sendo devido pelo empregador, nada poderá ser subtraído, como soa elementar.

9 DURAÇÃO DO AVISO PRÉVIO

A duração mínima do aviso prévio passou a ser, incondicionalmente, de trinta dias para todos os trabalhadores: urbanos, rurais (artigo 7º, XXI, da CF) e domésticos (art. 7º, parágrafo único, da CF), nada impedindo, no entanto, que as partes, espontaneamente, por liberalidade, ou por força de instrumento normativo (art. 444 da CLT) elasteçam a duração deste prazo.

Hirosê Pimpão conclui, neste particular: “...conquanto em nosso Direito positivo nada se encontre disposto a respeito, concluímos ser lícito que as partes pactuem o prazo de duração maior do que o fixado na lei, por não se oporem a isso razões ponderáveis, a menos que, em face de um caso concreto, elas se apresentem”¹¹. E continua: “Não vemos nenhum inconveniente nesse procedimento. Até pelo contrário, acreditamos que nele vai grande parte do reconhecimento do empregador pela contribuição recebida de seus auxiliares no sentido do progresso da empresa.

Parece evidente que, dispondo de prazo maior, mais calma e pensadamente o trabalhador buscará uma colocação nova, não tendo que aceitar a primeira que se lhe oferecer, muitas vezes em discordância absoluta com as suas habilidades e com os usos e costumes industriais que já adquiriu. E ‘o hábito é uma segunda natureza’...

Uma questão, no entanto, poderá surgir, no espaço de tempo compreendido entre a notificação e o seu término longínquo, ainda. É esta: se o empregado lograr obter novo emprego quando ainda faltar muito tempo para a expiração do prazo, como há de proceder?

Ele precisa aceitar essa nova colocação, que lhe interessa, porque não é justo que se exija dele que vá arriscar ver terminar o contrato sem ter aceito o emprego que se lhe ofereceu, e para logo, e agora, prestes a terminar o prazo, fique sem conseguir nova oportunidade de se reempregar.

Terá ele que oferecer, em tal hipótese, por sua vez, Aviso Prévio ao empregador, menor naturalmente do que o já vigente e dado por este, ou poderá desligar-se imediatamente do serviço e transferir-se para o novo emprego obtido?

Parece-nos que a atitude correta e indicada deve ser esta última. E isso pelos fundamentos seguintes: o Aviso obedecendo os prazos legais ou o que fôr oferecido com prazo mais dilatado pelo empregador, visa sempre o mesmo fim. Isto é, a obtenção por parte do empregado, quando fornecido pelo empregador, de novo emprego, e a substituição do emprego pré-avisante, quando fôr ele quem forneceu a notificação.

Ora, atingido o fim reservado pela instituição pré-avisal ao empregado, o aviso se exauriu, naturalmente, em suas finalidades, com êsse objetivo satisfeito, e passará a ser, desde então, inoperante.

Dessa forma afirmamos que o Aviso Prévio cessará a sua função, e o empregado poderá deixar, imediatamente, sem obrigação de pré-avisar o empregador, o serviço e ir assumir o emprego que se lhe oferece”¹² (transcrição literal, de época anterior à reforma gramatical).

Com a Constituição de 05.10.88 os incisos I e II¹³ do artigo 487 da CLT, relativamente ao empregador, foram superados. O mesmo, entretanto, não ocorre no que se refere ao empregado, como explica o Prof. Sergio Pinto Martins:

“A Lei Maior não dispõe que o aviso prévio é o dado pelo empregador ao empregado, mas que se trata de um direito do trabalhador. Assim, na hipótese do aviso prévio dado pelo empregado ao empregador, o prazo poderá ser de oito dias, se o pagamento for efetuado por semana ou por tempo inferior. Se o aviso prévio for dado pelo empregador ao empregado, terá de ser de pelo menos 30 dias, mesmo que o trabalhador ganhe por semana ou tempo inferior”¹⁴.

A forma de início da contagem do aviso prévio é prevista pela Orientação Jurisprudencial nº 122 da SDI I DO C. TST, inserida em 20.04.98: *“Aviso prévio. Início da contagem. Art. 125, Código Civil. Aplica-se a regra prevista no art. 125, do Código Civil, à contagem do prazo do aviso prévio”*.

A partir de 11 de janeiro de 2003, com a entrada em vigor do Novo Código Civil (art. 2.044 da Lei nº 10.406/02), essa forma de contagem passa a ser regulada pelo seu artigo 132.

O prazo poderá ter início em dia não útil, como salienta o Professor Sergio Pinto Martins¹⁵, pois não há nenhuma ressalva no Direito material quanto a esse fato, ao contrário do Direito Processual (§ 2º do art. 184 do CPC), que disciplina começarem a correr os prazos no primeiro dia útil após a intimação. Assim, também, o último dia do aviso prévio poderá recair em dia não útil, quando terminará o contrato, sem nenhuma prorrogação, porque o prazo é de trinta dias corridos.

O Ministério do Trabalho e Emprego, antes (IN 03/02, art. 18), entendia que o prazo deveria ter início no dia útil seguinte à notificação expressa, mas, agora, através da Instrução Normativa nº 04, da Secretaria de Relações do Trabalho, de 29.11.02 (DOU 03.12.02), adaptou-se à forma de contagem do prazo preconizada pelo C. TST, deixando claro que este terá início no dia seguinte (mesmo que dia não útil) à respectiva comunicação.

10 AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL

A novel Constituição Federal estabeleceu o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, todavia o fez em norma de caráter programático, ou seja, dependente de lei que fixe a proporcionalidade. Neste sentido a Orientação Jurisprudencial nº 84 DA SDI I DO C. TST: *“Aviso prévio. Proporcionalidade. A proporcionalidade do aviso prévio, com base no tempo de serviço, depende da legislação regulamentadora, posto que o art. 7º, inc. XXI, da CF/1988 não é auto-aplicável”* (inserida em 28.04.97).

Arion Sayão Romita, sobre o fato de diversos dispositivos constitucionais, sobre direito individual e coletivo do trabalho, previdência, assistência e seguridade social, dependerem de regulação pela lei infraconstitucional, enfatiza: *“As normas constitucionais, neste setor, quando não meramente programáticas, raramente são dotadas de eficácia plena, isto é, aptas a imediata aplicação independentemente da intermediação do legislador ordinário, o que reduz consideravelmente sua importância prática”*¹⁶.

Como a legislação ainda se faz ausente, somente há possibilidade de ser concedido aviso prévio proporcional ao tempo de serviço se instrumentos normativos, equivalentes à lei (arts. 611 e 612 da CLT), trouxerem tal previsão.

11 AVISO PRÉVIO INDENIZADO

A obrigação ao aviso prévio é uma obrigação de fazer, não sendo permitida sua alternância com obrigação de pagar, ou seja, não é dado a qualquer das partes conceder em tempo ou pagar o valor do salário correspondente ao prazo do aviso. *“Não é uma obrigação alternativa”*¹⁷.

Existe o chamado aviso prévio indenizado, mas, em verdade, ele nada mais é do que uma indenização substitutiva por inadimplemento da obrigação. Portanto, se as partes não cumprem especificamente a obrigação de fazer, *“esta se converte em obrigação de pagar. Nesta conversão de obrigações opera-se, tecnicamente, o que o direito denomina ressarcimento de dano. O caráter ressarcitório da indenização de aviso prévio não se altera porque seja ela correspondente ao salário do prazo do aviso. É uma forma encontrada pelo legislador para liquidar o dano, tarifando-o à forfait, tal como procedeu com a indenização por acidente do trabalho no regime anterior à Lei nº 5.316”*¹⁸.

Apesar disto, a Súmula nº 305 do C. TST dispõe deva haver incidência de FGTS sobre aviso prévio, mesmo quando indenizado. Ainda que “indenizado”, o aviso prévio não pode perder sua natureza salarial, sob pena de se possibilitar que o empregador se beneficie de sua própria torpeza.

Não há prestação do trabalho por conveniência do empregador, que opta por romper imediatamente o vínculo, sem conceder o prazo de pré-aviso que a lei impõe. A importância que se paga a título de aviso prévio tem por fim indenizar ou reparar dano sofrido pelo empregado pela sua falta, sem perder, no entanto, ao mesmo tempo, o seu caráter de salário pago antecipadamente para permitir o rompimento imediato do vínculo. Inteligência do artigo 487, parágrafo 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Surgindo o direito à indenização substitutiva, conhecida como “aviso prévio indenizado”, ela deverá corresponder ao valor do salário devido ao empregado, neste incluídas as horas extras habituais, conforme Súmula nº 94 do C. TST: “*Horas extras. O valor das horas extraordinárias habituais integra o aviso prévio indenizado*” (RA 43/1980, DJ 15.05.80, republicada com correção na Res. 80/1980, DJ 04.07.80).

Já virtual gratificação semestral a que tenha direito o empregado não integra o seu cálculo, de acordo com o que dispõe a Súmula nº 253 do C. TST: “*Gratificação semestral. Repercussão nas férias, aviso prévio e horas extras. A gratificação semestral não repercute nos cálculos das horas extras, das férias e do aviso prévio, ainda que indenizados*” (Res. 1/1986, DJ 23.05.86).

Também, o Ministério do Trabalho e Emprego, recentemente, através da Instrução Normativa nº 04/2002, alterou o art. 27 da IN 03/02, orientando no sentido de, independentemente da causa da rescisão contratual (com ou sem justo motivo), o empregador pagar o repouso semanal remunerado quando do término do aviso prévio no sábado ou na sexta-feira, quando existir acordo compensatório do sábado ou escala de revezamento e o aviso prévio encerrar-se no dia anterior ao previsto para descanso.

12 REDUÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO DURANTE O PRAZO DO AVISO

Quando o empregador concede o aviso prévio, é permitido ao empregado, sem prejuízo de seu salário, durante o seu prazo, dispor de tempo (duas horas diárias ou 7 dias corridos – art. 488 e parágrafo único da CLT) para a busca de uma nova colocação, o principal objetivo do instituto.

O trabalhador rural, segundo dispõe o art. 15 da Lei nº 5.599/73, tem direito a, minimamente¹⁹, um dia por semana para procurar nova colocação. Justifica-se esta diferenciação pelas peculiaridades que envolvem a atividade rural, principalmente as grandes distâncias entre as áreas.

Não há distinção na lei a respeito dos empregados que desenvolvem jornada reduzida, seja legal (como, por exemplo, os médicos, bancários), ou contratual. Isto, portanto, pode fazer surgir a possibilidade de um empregado chegar a não estar obrigado a prestar serviços durante o prazo do aviso prévio: aquele, por exemplo, contratado para trabalhar duas horas por dia.

Seja diurna ou noturna a jornada, o empregado tem direito à aludida redução ou supressão.

Não há, por outro lado, especificação expressa na lei sobre o momento em que elas devam ocorrer (se no início ou no final da jornada, em se tratando de redução, ou se no início ou final do período do aviso, em se tratando da supressão de sete dias). As partes, assim, neste aspecto, deverão entrar em acordo, para definir o seu adequado momento.

Já o fracionamento, não resta dúvida de que é vedado, o mesmo ocorrendo com a substituição da redução horária ou supressão de dias de trabalho por pagamento de horas extras, conforme prescreve a Súmula nº 230 do C. TST: “*Aviso prévio. Substitui-*

ção pelo pagamento das horas reduzidas da jornada de trabalho. É ilegal substituir o período que se reduz da jornada de trabalho, no aviso prévio, pelo pagamento das horas correspondentes” (Res. 14/1985, DJ 19.09.85).

Se o empregado pudesse trabalhar as duas horas diárias a que tem direito ou os sete dias corridos, substituindo-os por horas extras isso frustraria o intuito ensejador da regra celetista, que é o de proporcionar ao trabalhador um tempo capaz para a busca de um novo emprego. É ilegal, portanto, esta substituição, que, ocorrendo, torna nulo o aviso prévio concedido e gera o direito ao empregado de receber a indenização correspondente.

Nesse sentido a sensível jurisprudência do TRT da 2ª Região:

“AVISO PRÉVIO - SUBSTITUIÇÃO DA REDUÇÃO LEGAL DE HORÁRIO PELO DAS HORAS CORRESPONDENTES - POSSIBILIDADE - O
Enunciado 230 pacificou a jurisprudência no sentido de que é ilegal substituir o período que se reduz da jornada de trabalho no aviso prévio pelo pagamento das horas correspondentes. Pré-aviso cumprido sem a redução de lei não é aviso prévio e a condenação ao seu pagamento, que se impõe, não implica nulidade (pois não se anula o inexistente) nem ‘bis in idem’, mas puro e simples ressarcimento de obrigação originada em direito irrenunciável”²⁰.

Não ocorrendo a redução da jornada ou a supressão de dias de trabalho, isto equivalerá à inexistência de aviso prévio, sujeitando-se o empregador ao pagamento do valor correspondente ao período.

Quando o aviso prévio é concedido pelo empregado não há redução na jornada de trabalho. *“O empregado certamente não é obrigado a procurar emprego durante as duas horas que lhe são concedidas para tanto; seu procedimento nesse período é matéria que afeta sua vida particular apenas, em que o empregador não pode ismicuir-se”²¹.*

13 O AVISO PRÉVIO E O TEMPO DE SERVIÇO

O período do aviso prévio integra o tempo de serviço para todos os efeitos, inclusive para o cálculo de mais 1/12 de 13º salário, férias e FGTS²² em função da sua projeção. Logo, o contrato de trabalho não se finda instantaneamente, mas só depois de terminado o prazo do aviso prévio, ainda que indenizado.

Por esse motivo é que a data a ser anotada na CTPS do empregado como sendo a de término do contrato de trabalho deve ser a correspondente à do fim do cumprimento do aviso prévio ou da projeção do aviso prévio indenizado, caso a referida comunicação não seja cumprida (Orientação Jurisprudencial nº 82 da SDI do TST²³).

14 AVISO PRÉVIO E DESPEDIA INDIRETA

Na explicação do Professor Cesarino Júnior²⁴, caso típico de rescisão indireta ocorre quando quem dá causa à rescisão do contrato de trabalho é o empregador, e quem a exercita, quem a põe em prática é o empregado.

Inexistindo especificação legal, nos primórdios, era pacífica a incompatibilidade do instituto do aviso prévio com o regime das despedidas indiretas (TST-3.404-50. Rel. Min. Edgard Ribeiro Sanches; TST-4.140-51. Rel. Min. Júlio Barata; TST-6.265-51. Rel. Min. Waldemar Marques). A questão chegou até a ser sumulada (Súmula nº 31 do C. TST). Fundamentava-se que, se o aviso prévio provém do fato de uma parte desejar a rescisão injustificadamente há justa causa do empregador.

Seguindo-se grande oscilação, tanto doutrinária quanto jurisprudencial, sobreveio norma legal a coactar a cizânia: a Lei nº 7.108, de 05 de julho de 1983, que acresceu ao artigo 487 da CLT o parágrafo 4º: “*É devido o aviso prévio na despedida indireta*”.

Houve, então, o cancelamento da Súmula nº 31 do C. TST (RA 31/94 - DJ 12.05.94)²⁵, desaparecendo, em definitivo, a injustiça antes por vezes existente, de se permitir que o empregador, quem efetivamente causava o fim da relação de emprego, nada pagasse a título de indenização, em evidente prejuízo ao empregado.

15 AVISO PRÉVIO E CULPA RECÍPROCA

Segue íntegra a orientação do mestre Mozart Víctor Russomano²⁶: “*o aviso prévio – diz o art. 487 – só tem cabimento nos casos de rescisão injusta. Havendo culpa recíproca, a rescisão do contrato é feita tanto pelo empregado, quanto pelo empregador, com motivo juridicamente aceito pela lei. Isso exclui a figura do aviso prévio*”.

Tratando-se o aviso prévio de uma obrigação de fazer, e não de indenização, não se cogita de sua justificação para o caso de culpa recíproca no art. 484 da CLT, vale frisar.

O instituto em tela pressupõe absoluta e integral vontade de rescindir o contrato (art. 487 da CLT), a qual não se observa em rescisão por culpa recíproca. A Súmula nº 14 do C. TST assim dispõe: “*Culpa recíproca. Reconhecida a culpa recíproca na rescisão do contrato de trabalho (art. 484 da CLT), o empregado não fará jus ao aviso prévio, às férias proporcionais e à gratificação natalina do ano respectivo*”(RA 28/1969 DO-GB 21.08.69).

16 AVISO PRÉVIO E CONTRATO DE EXPERIÊNCIA

Controvertem a doutrina e a jurisprudência sobre a necessidade de serem expostas as razões, ou justificativas, pelas quais não prossegue o contrato, ou seja, a necessidade de aviso prévio.

Se o contrato de experiência é modalidade de ajuste determinado, afirma Alice Monteiro de Barros, “*com o advento do termo extingue-se o liame empregatício, sem que o empregador tenha necessidade de expor as razões pelas quais não prosseguiu a relação jurídica. É que a legislação não estabelece, como exigência, que o empregador comprove a falta de habilitação*”²⁷.

Em sentido oposto, manifesta-se Milton Vasques Thibau de Almeida, salientando: “*A despeito do silêncio da lei brasileira, a Consolidação das Leis do Trabalho fundamenta-se no pressuposto de que toda rescisão contratual deve ser motivada, punindo a imotivação com indenizações*”²⁸.

Para justificar a primeira corrente, Alice Monteiro de Barros transcreve um julgado em abono ao seu pensar:

*“O empregador não está obrigado a declinar os motivos da não realização do contrato de trabalho de forma definitiva, após o contrato de experiência. TST-RR 67591/93.8, Ac. 5ª T. 1.602/93. 4ª Reg. Rel. Min. Armando de Brito, DJU 06.08.1993, p. 15.143”*²⁹.

Em sentido diametralmente contrário, Milton Vasques Thibau de Almeida cita aresto que impõe a justificativa para a ruptura contratual sob pena de indenização:

*“Não provando o empregador o insucesso da experiência, devido é ao empregado o aviso prévio e seus consectários. TRT 9ª Reg. 1ª T. proc. RO 2.882/86, Rel. Juiz Pedro Tavares”*³⁰.

O princípio da boa-fé já era considerado aplicável ao direito do trabalho há muito tempo. Segundo Américo Plá Rodriguez *“a boa-fé que deve vigorar como princípio do Direito do Trabalho é a boa-fé-lealdade, ou seja, que se refere a um comportamento e não a uma simples convicção”*³¹.

Essa boa-fé-lealdade, conforme o autor citado *“se refere à conduta da pessoa que considera cumprir realmente com o seu dever. Pressupõe uma posição de honestidade e honradez no comércio jurídico, porquanto contém implícita a plena consciência de não enganar, não prejudicar, nem causar danos. Mais ainda: implica a convicção de que as transações são cumpridas normalmente, sem trapaças, nem abusos, nem desvirtuamentos”*³².

Preceitua o art. 422 do novo Código Civil, fazendo referência ao princípio basilar da boa-fé objetiva: *“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”*.

Também o art. 113 reporta-se à boa-fé de índole objetiva ao prescrever: *“Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”*.

A boa-fé objetiva teria, assim, uma tríplice função: a) cânone hermenêutico interpretativo do contrato; b) norma de criação de deveres jurídicos; c) norma de limitação de direitos subjetivos³³.

Segundo relata Eduardo Milléo Baracat: *“na Consolidação das Leis do Trabalho não existe uma cláusula geral da boa-fé, mas tendo em vista o princípio constitucional da função social do contrato de trabalho, deve ser interpretado de acordo com o princípio da boa-fé”*³⁴.

Em decisão que parece ser a primeira, com esses contornos, a E. 2ª Turma do E. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade, aplicou o princípio da boa-fé objetiva na interpretação do contrato de experiência.

E, ao fazê-lo, explicitou fundamento no sentido de impor que a parte *“indique, especificamente, a condição que não se realizou, de forma a fazer legítima a ruptura, ao final do prazo avençado”*³⁵.

Do corpo do aresto extrai-se: *“o contrato de experiência não é um simples contrato por prazo determinado, mas sujeito ao implemento de uma condição resolutiva. As partes ajustam que, durante determinado período, serão verificadas as condições de*

trabalho – pelo empregador, se o empregado tem as aptidões necessárias ao exercício da função e, pelo empregado, se o trabalho lhe é conveniente. Se, ao final do prazo, uma das partes não está satisfeita, tem o dever de informar à outra a condição que não se implementou, sob pena de o pacto passar à condição de contrato por prazo indeterminado. À semelhança do que se dá nas tratativas preliminares, em que se reconhece a responsabilidade pré-contratual permeada pelo princípio da boa-fé, também no contrato de experiência têm as partes o dever de lealdade e a conseqüente responsabilidade da parte que, depois de suscitar na outra a justa expectativa de celebração de um certo negócio, volta atrás e desiste de consumir a avença”.

A sentença, ante essas justificativas jurídicas, assim, foi reformada para condenar a ré a pagar as chamadas verbas rescisórias (aviso prévio, 12/12 de férias e natalinas e FGTS de 11,2%).

Trata-se, sem dúvida, de um dos primeiros casos trabalhistas (ou, mesmo, o primeiro) interpretados à luz do princípio da boa-fé objetiva, já aplicando-se, subsidiariamente, o novo Código Civil (art. 8º, parágrafo único, da CLT).

Ainda, o art. 481 da CLT dispõe que se há uma cláusula no contrato de experiência assegurando o direito recíproco de rescisão antecipada, aplicam-se, em sendo exercido tal direito, as regras que tratam da rescisão do contrato por prazo indeterminado, dentre as quais se inclui a referente ao aviso prévio.

A Súmula nº 163 do C. TST, por sua vez, vai além, esclarecendo que, expressa ou não, é insita ao contrato de experiência esta cláusula assecuratória do direito recíproco de final antecipado, ou seja, dispõe ser sempre devido o aviso prévio quando há dispensa no curso deste contrato: “*Aviso prévio. Contrato de experiência. Cabe aviso prévio nas rescisões antecipadas dos contratos de experiência, na forma do art. 481 da CLT*”³⁶.

17 AVISO PRÉVIO E EXTINÇÃO DA EMPRESA

Ao empregado é garantido o aviso prévio quando da rescisão a que não dá causa. Portanto, extingüindo-se a empresa, tal fato equipara-se à rescisão imotivada, daí o direito ao aviso prévio.

A Súmula nº 44 do C. TST é definitiva:

“AVISO PRÉVIO - CESSAÇÃO DA ATIVIDADE DA EMPRESA. A cessação da atividade da empresa, com o pagamento da indenização, simples ou em dobro, não exclui, por si só, o direito do empregado ao aviso prévio”
(RA 41/73 - DJ 14.06.73).

Poder-se-ia propor, no entanto, com vistas aos artigos 501 e 502 da CLT, uma redução da indenização substitutiva (art. 502, II) em casos de efetiva força maior, como na hipótese de um incêndio, por exemplo³⁷.

18 AVISO PRÉVIO E FALÊNCIA DA EMPRESA

Valem, aqui, os mesmos argumentos do item anterior. A falência gera a extinção da empresa, que, por sua vez, não prejudica o direito do empregado ao aviso prévio.

Outro argumento legal que reforça esta posição está insculpido no art. 2º da CLT, que dispõe ser do empregador os riscos do empreendimento, sem possibilidade de transferência ao empregado, exceto nos casos de contratações que prevejam a participação do empregado nos riscos da empresa, como as de altos executivos, por exemplo.

19 AVISO PRÉVIO E ESTABILIDADE

Com a Constituição Federal de 1988 desapareceu a estabilidade decenal, antes garantida pelo art. 492 da CLT, passando todos os empregados, automaticamente, a serem “optantes” pelo regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

Hoje, portanto, afora as estabilidades decenais existentes por força de direito adquirido e a estabilidade prevista no art. 19 do ADCT, só existem estabilidades provisórias (decorrentes de instrumentos normativos; do art. 8º, VIII, da CF – dirigente sindical; do art. 10, “a”, do ADCT – membro da CIPA; do art. 10, “b”, do ADCT – gestante; do art. 118 da Lei nº 8.213/91 – acidente do trabalho ou doença profissional).

Enquanto o empregado detém o direito a qualquer dessas formas de estabilidades o seu empregador não poderá lhe conceder aviso prévio, sob pena de nulidade (art. 9º da CLT).

Nesse sentido a Súmula nº 348 do C. TST (Res. 58/96, DJ 28.06.96):

“AVISO PRÉVIO. CONCESSÃO NA FLUÊNCIA DA GARANTIA DE EMPREGO. INVALIDADE. É inválida a concessão do aviso prévio na fluência da garantia de emprego, ante a incompatibilidade dos dois institutos”.

Insistindo nessa atitude e sendo consumada a rescisão contratual, o empregado, que possui o direito subjetivo de ação, poderá pleitear judicialmente a sua reintegração, ou, não mais sendo possível o retorno ao trabalho (seja por incompatibilidade ou porque já expirado o prazo da estabilidade), poderá requerer indenização substitutiva.

O problema de maior polêmica, no entanto, quando se discute aviso prévio e estabilidade, surge quando o direito a esta é adquirido durante o prazo do aviso prévio.

A Orientação Jurisprudencial nº 35 da SDI I do C. TST, inserida em 14.03.94, apresenta-se no seguinte sentido:

“DIRIGENTE SINDICAL. REGISTRO DE CANDIDATURA NO CURSO DO AVISO PRÉVIO. Não tem direito à estabilidade provisória (art. 543, § 3º, CLT)”.

Quanto a esse exclusivo ponto de discussão, a respeito do dirigente sindical, emerge cristalina a intenção do C. TST, que é a de evitar de a estabilidade não atingir o seu objetivo, mas apenas a intenção do empregado, de não ser despedido.

Todos os acórdãos que originaram essa tendência jurisprudencial apontam no sentido de ser inviável reconhecer a estabilidade provisória prevista no § 3º do art. 543 da CLT, por força de registro de candidatura no curso do aviso prévio, primeiro, pela inexistência de má-fé da empresa no despedimento do empregado, sem caráter obstativo a qualquer estabilidade, inexistente à época da comunicação, e, segundo, porque o aviso prévio conferiria ao contrato de trabalho feições de contrato a prazo determinado, não admitindo, assim, por analogia, a estabilidade sindical (precedentes: ERR 3622/86, DJ 31.08.90, Rel. Min. Ermes Pedro Pedrassani; ERR 2269/88, DJ 15.05.92, Rel. Min. José Luiz de Vasconcellos).

No entender da mais alta Corte Trabalhista, o período de aviso prévio indenizado integra o tempo de serviço (CLT, art. 487, § 1º), mas já com cláusula resolutiva legal de termo certo e determinado. Com o advento do termo, efetiva-se a rescisão mesmo que o empregado se enquadre, nesse interregno, na hipótese do art. 543, § 3º, da CLT.

Em um dos precedentes antes citado (ERR 3622/86, DJ 31.08.90, Rel. Min. Ermes Pedro Pedrassani), o posicionamento é detalhadamente explicado:

“A índole do instituto do aviso prévio é possibilitar ao empregado a busca do novo emprego sem ser ameaçado de perda dos direitos decorrentes do contrato de trabalho. Daí a previsão legal que determina a integração do período no tempo de serviço (CLT, art. 487, § 1º). Não se deve presumir que essa integração possa, de alguma maneira, anular o próprio destino do instituto.

Essa integração busca resguardar o empregado da negativa de eficácia do contrato de trabalho durante o período imposto por lei para que ele, empregado, tenha segurança mínima para encontrar nova colocação. Ou seja, transparece da integração sua natureza finita, determinada, a termo ‘cetus an e certus’ quando. Ao se admitir, então, que evento alheio ao instituto, e à integração do período no tempo de serviço, possa anular o ato potestativo que denunciou o contrato, admite-se também que isso só se pode dar por decorrência da integração do período no tempo de serviço.

Ao praticar o ato de registro e comunicá-lo, o empregado já não mais detinha em seu patrimônio jurídico um contrato de trabalho igual àquele que celebrara ao ser admitido. E disso sabia.

Transformara-se em contrato a termo, não por mútuo acordo, mas por força de lei, que justamente prevê um período de segurança ao empregado cujo contrato foi denunciado, estando submetido a termo. O fato de registrar-se como candidato à eleição sindical não tem efeito de reverter a situação já definida juridicamente.

A proteção ao candidato em eleição sindical (CLT, art. 543, § 3º) não se adequa e nem foi prevista para o empregado que já havia sido despedido, eis que a proibição não pode atingir, juridicamente, fatos pretéritos.

O egrégio 4º Regional apanhou perfeitamente a abrangência da integração do período de aviso prévio ao tempo de serviço. O legislador não poderia prever o próprio malogro do instituto por força de uma garantia inexistente no momento de sua utilização.

Destina-se, portanto, a garantir os direitos contratuais, ou seja, aqueles decorrentes da existência do contrato de trabalho, e não os direitos decorrentes da candidatura em eleição sindical, como são previstos pelo art. 543 da CLT.

A alusão dos embargos, de que a orientação da egrégia Turma recorrida facultaria a ação maliciosa por parte do empregador que descobrisse, oportunamente, o propósito de seu empregado em se candidatar a cargo eletivo em organismo sindical, se apresenta como hipótese que poderia ser apreciada e instruir ação trabalhista, com dilação probatória exaustiva. Mas não pode o Poder Judiciário adotar jurisprudência preventiva, portanto, em tese, em verdadeira posição administrativa, de polícia, adiantando-se à lei e impedindo inoportunamente que o empregador exerça seu direito de resilir o contrato de trabalho que mantém com empregado não estável.

Observa-se, assim, que o recorrido praticou ato potestativo, previsto em lei, portanto, perfeito, porque consumado. O período de aviso prévio não é condição para a rescisão do contrato, apenas cria um termo para sua efetivação. O próprio interessado na extinção do vínculo não poderá arrepender-se eficaz e unilateralmente (CLT, art. 489). Esse termo submete-se, antes de mais nada, à própria natureza do instituto, que se define prevalentemente por seu fim. Apenas após essa configuração é que se poderá admitir que esse termo, na forma do art. 124, submete-se também à regra de sobredireito do art. 119, ambos do Código Civil Brasileiro, pois o capítulo das “Modalidades dos Atos Jurídicos”, do Direito Civil, vem a pêlo por via subsidiária, sem a valorização característica da vontade individual, que é da substância daqueles dispositivos”.

Na mesma linha vem a Orientação Jurisprudencial nº 40 da SDI I do C. TST, inserida em 28.11.95:

“Estabilidade. Aquisição no período do aviso prévio. Não reconhecida. A projeção do contrato de trabalho para o futuro, pela concessão do aviso prévio indenizado, tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso, ou seja, salários, reflexos e verbas rescisórias”.

Por seu caráter geral ela inclui todas as demais hipóteses de estabilidades provisórias, inclusive a da gestante, por exemplo, que só após extinto seu contrato de trabalho descobre ter tido início o seu estado gestacional no curso do aviso prévio, fixando que ela não tem direito à reintegração ou à indenização substitutiva do período de estabilidade (desde a dispensa até cinco meses após o parto).

Sustenta-se que, se a proibição da dispensa prevista na Constituição é para a “empregada” gestante, em havendo aviso prévio, com a dispensa do trabalho e a indenização do período correspondente, a empregada deixa de deter esta condição, e, apesar de ter se tornado gestante, as duas condições não se fazem presentes ao mesmo tempo – não existindo, portanto, direito à estabilidade ou à indenização. A gravidez é tida como fato superveniente ao ato perfeito e acabado da rescisão contratual. Nestes termos, tem-se a decisão unânime da 5ª Turma do C. TST no RR 460713/1998, julgado em 19.06.02.

A nosso ver, entretanto, a gestante não poderia perder seus direitos, pois, diferentemente da estabilidade sindical, a gravidez não pode ser tachada, categoricamente, como um fato que dependa única e exclusivamente da vontade da empregada. Tem-se, ainda, que, além de o aviso prévio integrar o tempo de serviço, já está assente na doutrina

e na jurisprudência, inclusive do Excelso Supremo Tribunal Federal³⁸, não ser necessária a ciência prévia do empregador sobre a gravidez para que a empregada tenha direito à garantia do emprego assegurada pela Constituição Federal (art. 10, inc. II, “b”, do ADCT).

Da norma constitucional emerge a figura da “responsabilidade objetiva” do empregador, bastando para tanto a prova da gravidez, no curso do contrato (no qual se inclui o prazo do aviso prévio – art. 487, § 1º, da CLT), para a incidência da regra que assegura à empregada gestante estabilidade provisória no emprego.

A União, recentemente, até chegou a ser condenada pelo C. TST a reintegrar ao serviço público um técnico de nível médio, dispensado da extinta Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (Funabem) em 26 de setembro de 1988, dez dias antes da promulgação da Constituição, que teve reconhecido direito à estabilidade prevista pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, adquirida durante aviso prévio.

O Ex.^{mo} Relator, Eminentíssimo Ministro Rider de Brito, entretanto, explicou que isso só aconteceu porque não se tratava de estabilidade provisória, decorrente de lei ou da vontade das partes, via acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho, mas de estabilidade definitiva (art. 19 da ADCT).

Por fim, em progresso, apresenta-se a Orientação Jurisprudencial nº 135 da SDI I do C. TST, inserida em 27.11.98: “**AVISO PRÉVIO INDENIZADO. SUPERVENIÊNCIA DE AUXÍLIO DOENÇA NO CURSO DESTES.** Os efeitos da dispensa só se concretizam depois de expirado o benefício previdenciário, sendo irrelevante que tenha sido concedido no período do aviso prévio já que ainda vigorava o contrato de trabalho”.

Ela se restringe, por certo, à hipótese de auxílio doença concedido durante o curso do aviso prévio indenizado, não fazendo qualquer menção expressa ao direito à estabilidade decorrente do art. 118 da Lei nº 8.213/91.

Dentre os fundamentos que embasaram a orientação em tela, temos (E-RR-65.187/92, Ac. 3.288/96, Min. Cnéa Moreira, DJ 21.02.97; E-RR-35.887/91, Ac. 4.899/94, Min. Thaumaturgo Cortizo, DJ 07.04.95):

- 1) O contrato de trabalho continua em plena vigência durante o curso do aviso prévio, ainda que indenizado;
- 2) No período do referido aviso subsistem as obrigações recíprocas das partes, uma vez que a relação jurídica, não obstante terminada de fato, permanece e produz seus efeitos até a expiração do prazo do referido aviso;
- 3) A doença superveniente ao recebimento do aviso prévio indenizado suspende o seu curso e acarreta a suspensão do contrato de trabalho, da mesma maneira que ocorreria se o fato se desse nas circunstâncias normais, conforme previsto no art. 476 da CLT;
- 4) No auxílio-doença, a partir do décimo sexto dia, todas as cláusulas do contrato do empregado atingido pela moléstia deixam de gerar obrigações para o seu empregador, de modo que a doença, que, nos quinze primeiros dias, produz apenas interrupção contratual, a partir do décimo sexto dia, determina suspensão autêntica, que, com essa natureza, se prolonga até o fim do benefício.

- 5) Somente após o final da licença médica é possível contar o prazo do aviso e haver a conseqüente ruptura do contrato laboral.

Fácil perceber que até determinado ponto os fundamentos parecem sinalizar para a hipótese de uma verdadeira reavaliação das orientações anteriores, em especial da Orientação Jurisprudencial nº 40. Entretanto, ao final, por mais paradoxal que possa parecer, o comando é claro no sentido de que, terminada licença médica só é autorizada a contagem do prazo do aviso, sendo permitida a conseqüente ruptura do contrato laboral, sem se considerar a estabilidade prevista na Lei nº 8.213/91.

Se se diz que no período do aviso prévio permanecem todos os efeitos do contrato de trabalho (art. 489 da CLT), inclusive, quanto aos direitos e obrigações dos contratantes, e, restando estipulado o direito do empregado à suspensão do contrato de trabalho, quando em auxílio-doença, mesmo quando estiver o obreiro no período de aviso prévio estipulado em lei, a doença superveniente ao seu recebimento, que implique afastamento por mais de quinze dias, também deveria acarretar o direito correspondente: a garantia, pelo prazo mínimo de doze meses, à manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente (art. 118 da Lei nº 8.213/91).

A 2ª Turma do TRT da 9ª Região assim já decidiu:

“ESTABILIDADE PROVISÓRIA DO ACIDENTADO. ACIDENTE NO CURSO DO AVISO PRÉVIO. EXISTÊNCIA. *Garantia de emprego assegurada por lei, como a do acidentado, se a ocorrência do acidente se dá no período do aviso prévio, não inibe o deferimento dos salários correspondentes no prazo de estabilidade provisória, pois o empregador que pré-avisa o empregado não adquire o direito à rescisão, e esta não se efetiva se durante o transcurso do aviso ocorre qualquer evento que impede a despedida arbitrária do obreiro, em decorrência de sua integração, em qualquer caso, ao seu tempo de serviço, por força do § 1º, do artigo 487, da CLT”*³⁹.

Mais se justifica esse entendimento se considerarmos, também, as ponderações de Rodrigo de Lacerda Carelli, Procurador do Trabalho lotado na Procuradoria Regional do Trabalho da 1ª Região (Rio de Janeiro): “... seria inteiramente injusto e injurídico a não concessão da estabilidade daquele que sofreu o acidente de trabalho, somente porque este já estava no período do aviso prévio. Ora, o sistema jurídico não pode resguardar situações injustas, pois, como afirma o Mestre Nelsi Silvério de Oliveira, ‘A justiça é o primeiro fundamento, a última finalidade e o único valor absoluto do Direito. Sem a Justiça, o Direito transforma-se em conveniência ideológica, hipocrisia social institucionalizada, instrumento lógico-intelectual de opressão, pseudo-ética de vencedores sobre vencidos’.

*Não há razão, ao contrário das outras estabilidades provisórias, para que não seja concedida a estabilidade acidentária quando o acidente ocorrer durante o aviso prévio. Isto porque o prejuízo do empregado em função da sua fidelidade laboral à empresa ocorreu da mesma forma que se ainda não tivesse recebido o aviso de dispensa”*⁴⁰.

Felizmente o C. TST parece já estar se apercebendo das contradições e dos pontos sobre os quais elas merecem ser banidas, em evidente reavaliação, pelo menos no que diz respeito à estabilidade acidentária, da Orientação Jurisprudencial nº 135 de sua SDI I.

Em 17 de julho de 2002, na *home page* do C. TST (www.tst.gov.br), constou a seguinte notícia, a respeito do julgamento havido no RR 483994/1998, que bem demonstra não ser firme a posição quanto ao efetivo alcance dessa orientação:

“A concessão do Auxílio-Doença Acidentário a um trabalhador suspende o contrato de trabalho em vigência, até mesmo durante o período de aviso prévio indenizado. Com base no artigo 118 da Lei 8.213/91, a Subseção de Dissídios Individuais I (SDI-I) do Tribunal Superior do Trabalho (TST) negou recurso impetrado pelo Bradesco S.A. para interromper a estabilidade provisória garantida à funcionária Valéria Oliveira Curi Bregalda pelo Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais.

Valéria foi desligada do quadro funcional do Bradesco em 7 de janeiro de 1997 e o benefício previdenciário foi concedido quinze dias após sua dispensa. A funcionária, que trabalhou parte do tempo como digitadora, sustentou ter contraído Lesão por Esforço Repetitivo (LER) e que, na época do ajuizamento da reclamação, encontrava-se em gozo de Auxílio-Doença Acidentário.

O Bradesco argumentou que a doença da funcionária só foi admitida pelo INSS após a rescisão contratual e que a prestação do benefício teve início no curso do aviso prévio, motivos para impedir a estabilidade. Mas o INSS reconheceu a existência da doença profissional durante o período de aviso prévio indenizado. Atestado do órgão previdenciário ainda confirmava a existência dos sintomas da doença desde antes da comunicação do aviso prévio pela empresa.

Após análise do recurso, o TST considerou indiscutível o direito à estabilidade provisória, uma vez que a rescisão do contrato de trabalho só ocorre com o término do aviso prévio. Conforme ressaltou o ministro Rider Nogueira de Brito, ‘havendo a concessão do Auxílio-Doença Acidentário no curso do período do aviso prévio, opera-se a suspensão do contrato de trabalho, da mesma maneira que ocorreria se o fato se desse nas circunstâncias normais’. A suspensão do contrato trabalhista só pode acontecer depois de expirado o benefício previdenciário, conforme Orientação Jurisprudencial número 135”.

No que se refere à estabilidade do art. 118 da Lei nº 8.213/91, ainda é importante registrar que ela abrange doença profissional e acidente de trabalho, ou seja, estende-se aos trabalhadores portadores de doença profissional e não somente àqueles que sofrem acidente de trabalho. O C. TST, recentemente, decidiu nessa direção, através de sua 2ª Turma, no julgamento do RR 499.274/98, DJ 28.06.02, tendo atuado como Relator o Ex.^{mo} Juiz convocado José Pedro de Camargo, que assim fundamentou seu voto:

“De fato, há de ser feita interpretação sistemática da Lei 8.213/91, eis que o seu artigo 20, em seus incisos I e II, equipara a doença profissional ao acidente de trabalho, ou seja, atraindo também, a garantia de emprego, por 12 meses. A sentença de 1º grau reconheceu à trabalhadora estabilidade provisória e determinou sua reintegração ao serviço, com o pagamento da remuneração equivalente ao auxílio-doença por acidente de trabalho. Ao término do benefício, a empregada deveria ser colocada em função compatível com sua condição física, fluindo a partir deste momento o período de 12 meses a que se refere a lei”.

20 AVISO PRÉVIO “CUMPRIDO EM CASA”

No Direito do Trabalho já se tornou comum a expressão “aviso prévio cumprido em casa”, pretendendo-se, doutrinária e jurisprudencialmente, seja firmado entendimento no sentido de que através dele o empregador pré-avisa o trabalhador e determina que este cumpra o prazo do aviso em casa. Dela, entretanto, ousamos divergir.

Não existe embasamento técnico ou jurídico para a existência do chamado aviso prévio “cumprido em casa”. Os artigos 477 e 487 da CLT indicam a concreção de duas modalidades de aviso prévio: indenizado ou trabalhado. Ponderando-se que o fundamental compromisso contratual do empregado é dispensar labor, eximi-lo dele, então, corresponde à forma indenizada do instituto, não se mostrando correta, a nosso sentir, substituí-la pela vulgar proposição “aviso prévio cumprido em casa”.

De qualquer forma, não se nega que essa modalidade indenizada encerra, de fato, situação benéfica ao trabalhador:

“No aviso prévio ‘cumprido em casa’ o empregado não terá, apenas, duas horas para procurar novo emprego, mas período integral, situação mais benéfica ao obreiro. Durante o período de aviso prévio o empregador poderá, inclusive, reconsiderar o aviso e o contrato de trabalho continuar, nos termos do art. 489 da CLT.

Não se incompatibiliza também o aviso prévio ‘cumprido em casa’ com o art. 444 da CLT, pois não traz nenhum prejuízo ao empregado. Permite ao obreiro tempo de serviço para procurar novo emprego.

Mesmo nos casos em que o empregado ganhe por produção, por peça ou tarefa, ou por comissão, o aviso prévio ‘cumprido em casa’ não importará prejuízo ao empregado, desde que se assegure ao obreiro a maior remuneração que este já percebeu no período ou o salário do mês anterior; do contrário haveria prejuízo ao trabalhador, pois, para obter sua remuneração, teria de trabalhar. Tal ato poderia configurar uma dispensa indireta, se demonstrado o prejuízo ao operário”⁴¹.

Confirma-se tal situação favorável que tem o empregado pela adoção da forma indenizada através da Orientação Jurisprudencial nº 14 da SDI I do C. TST, inserida em 25.11.96, que descarta a possibilidade de as verbas rescisórias virem a ser pagas somente após o período do aviso prévio: “Aviso prévio cumprido em casa. Verbas rescisórias. Prazo para pagamento. Até o 10º dia da notificação da demissão. (CLT, 477, § 6º, ‘b’)”.

21 AVISO PRÉVIO E PRESCRIÇÃO

Muito se discute a questão referente à projeção do aviso prévio indenizado, para efeito de se determinar o marco inicial do prazo prescricional do direito de pleitear, em juízo, verbas trabalhistas: se da dação do aviso prévio ou do rompimento total do vínculo empregatício com o efetivo decurso do prazo do aviso.

Sendo o aviso prévio indenizado, evidentemente, não pode implicar que o contrato é rescindido, automaticamente, no ato da dispensa do empregado e do pagamento da indenização substitutiva.

No ordenamento jurídico pátrio, em face da previsão legal do artigo 487, § 1º, da CLT, quando ocorre a dispensa com o aviso prévio indenizado, há a concentração, em um mesmo momento, do ato de avisar e do ato de reparar. Todavia, os efeitos da comunicação se projetam pelo prazo relativo ao período do aviso, cessando a relação de trabalho com o desligamento que, como ato jurídico perfeito e acabado, só se completa depois de corrido o prazo do aviso prévio.

Conseqüentemente, o fim do contrato de trabalho iguala-se com o último dia do prazo previsto para o aviso prévio, momento a partir do qual se tornam exigíveis pelo empregado as parcelas decorrentes da rescisão contratual, ocorrendo, neste ensejo, o início da contagem do prazo prescricional para que o empregado ingresse em juízo pleiteando o que entender de direito.

Não se ignore que a indenização substitutiva (“aviso prévio indenizado”) foi instituída como benefício para o empregado e como faculdade para o empregador, o qual poderá exercer o seu poder potestativo no sentido de exigir o seu efetivo cumprimento pelo empregado, ou liberá-lo da prestação de serviço nesse período, não se eximindo, todavia, neste caso, do pagamento do salário correspondente ao período do aviso.

Assim, igualmente na hipótese indenizada, aplica-se o disposto no art. 487, § 1º, da CLT, dilatando-se a rescisão do contrato de trabalho para o término do prazo do aviso prévio. Portanto, tal período integrará o tempo de serviço do empregado, que não pode ser prejudicado pelo exercício de uma faculdade patronal.

A Orientação Jurisprudencial nº 83 da SDI I do C. TST, inserida em 28.04.97, é clara: “*Aviso prévio. Indenizado. Prescrição. A prescrição começa a fluir no final da data do término do aviso prévio. Art. 487, § 1º, CLT*”.

Sobre esse especial assunto, reputamos importante reproduzir aqui um exemplo prático que nos é dado por José Luiz Ferreira Prunes⁴²:

“... o empregado é despedido repentinamente – digamos – em 1º de janeiro de 1991; não recebe o aviso prévio e nem outros eventuais direitos; b) o empregado ingressa com reclamatória em 15 de janeiro de 1993, ou seja: dois anos e quinze dias depois do último dia de trabalho. Podemos ter as seguintes soluções:

- a) se o empregador se limitar a se defender alegando tão somente a prescrição, por já terem se passado mais de dois anos desde o último dia de trabalho, sua defesa certamente não é eficiente: com a soma do período de aviso prévio, mesmo tendo o empregado trabalhado até 1.1.1991, seu tempo de serviço se projeta até 31.1.1991 e sendo a ação proposta em 15.1.1993, ainda não se deu a prescrição;*
- b) se o empregador alegar justa causa para embasar o fato de não ter dado o aviso prévio (e nem o computado no tempo de serviço), se reconhecida a justa causa o contrato – de fato e de direito – se extinguiu em 1.1.1991 e em 15.1.1993 já terá se concretizado a prescrição;*

c) *entretanto, se o ex-empregador não comprovar a justa causa que teria rompido o contrato há mais de dois anos (1.1.1991 a 15.1.1993, respectivamente despedida e ajuizamento da ação), soma-se à primeira data (1.1.1991) os 30 dias de aviso prévio, o que projeta-se à primeira data (1.1.1991) os 30 dias de aviso prévio, o que projetará o biênio prescricional até 31.1.1993. Terá o empregador de atender a indenização do aviso prévio, assim como as verbas requeridas sobre a despedida (injusta) e a prescrição que foi invocada quando da contestação, apenas atingirá as parcelas que sejam devidas há mais de cinco anos... ”.*

22 AVISO PRÉVIO E FÉRIAS

Hirosê Pimpão, em seu livro “As Férias e o Bem-Estar Físico do Trabalhador”⁷⁴³ já salientava:

“As férias constituem um refrigerio ao espírito e um bálsamo para o corpo cansados, forçosamente, pelos afazeres a que se dedicou o homem durante um dilatado tempo de trabalho como é um ano. (...)

O servidor deverá evitar trabalhos cansativos durante as suas férias. Deverá evitar sequer de se lembrar das suas ocupações normais que o absorvem durante todo um ano de labor. Qualquer objeto, pessoa, atividade que lembre a atividade comum do servidor deverá ser afastado d’ele” (grafia sem os ajustes decorrentes da reforma gramatical).

Completando esse pensamento, em outra obra, extraordinária e pioneira, acentuou: *“é evidente que o Aviso Prévio, porque prende o trabalhador à sua atividade normal, porque lhe traz preocupações próprias da próxima perda do emprego, não pode ser fornecido durante as suas férias.*

*No gozo de férias o empregado tem o direito, que é quase uma obrigação, de se distrair, de sair do local onde está situada a fábrica onde trabalha, ou o estabelecimento, o que não poderá acontecer se, no curso de suas férias, receber o Aviso Prévio de dispensa”*⁷⁴⁴ (também aqui a reprodução não contém ajustes decorrentes da reforma gramatical).

J. Antero de Carvalho relatou um caso concreto apreciado pelo C. TST por volta de 1949, assim:

“Certo empregador deu aviso prévio a um grupo de empregados na véspera de entrarem em gozo de férias.

Inconformados, reclamaram perante a Junta de Conciliação e Julgamento, tendo o reclamado sustentado não haver impedimento legal, sendo de acrescentar que o contrato de trabalho, durante as férias, não se interrompe nem se suspende.

A Junta deu ganho de causa aos empregados, confirmando a decisão em grau de embargos. Daí o apêlo ao Tribunal Superior.

Ouvida a Procuradoria Geral, opinou esta pelo não conhecimento ou não provimento do recurso. E o Pretório máximo da Justiça especializada adotou o parecer sustentando que seria a anulação do instituto do aviso prévio permitir que seu prazo flua concomitantemente com o das férias, cumprindo o empregador duas obrigações salariais com o pagamento de um só salário (TST – 5.873-49).

Com efeito, além de se anular o aviso prévio, ficaria desvirtuada a finalidade das férias, com um duplo prejuízo para o empregado e reais vantagens para o empregador.

Não saltassem aos olhos motivos imediativos de tal prática, bastava considerar o artigo 488 da Consolidação, 'in verbis': 'O horário normal do trabalho do empregado durante o aviso prévio e se a rescisão tiver sido promovida pelo empregador, será reduzido de duas horas diárias, sem prejuízo do salário integral'.

Advém daí que a lei pressupõe esteja o empregado trabalhando para receber o aviso prévio, ou, pelo menos, que se encontre à disposição do empregador.

Mas durante as férias, em que o empregado fica inteiramente fora do comando do patrão, sob pena de desvirtuar as exigências do repouso, burlando a sua elevada finalidade higiênica, - durante êsse período, não se pode admitir o aviso prévio”⁴⁵ (a transcrição não constam os ajustes decorrentes da reforma gramatical).

Diversa, no entanto, é a situação das férias escolares, que não se confundem, vale lembrar, com as férias normais do professor.

A Súmula nº 10 do C. TST, de 1969 (RA 28/1969 – DO-GB 21.08.69), sinaliza claramente para a possibilidade de o aviso prévio poder coincidir com as férias escolares, que acontecem quando o professor fica à disposição do empregador, podendo dele exigir prestação de serviços:

“Professor. *É assegurado aos professores o pagamento dos salários no período de férias escolares. Se despedido sem justa causa, ao terminar o ano letivo ou no curso dessas férias, faz jus aos referidos salários”.*

E esse entendimento veio a ser incorporado no artigo 322, § 3º, da CLT, através da Lei nº 9.013, de 30 de março de 1995: *“Na hipótese de dispensa sem justa causa, ao término do ano letivo ou no curso das férias escolares, é assegurado ao professor o pagamento a que se refere o ‘caput’ deste artigo”.*

Pela literalidade da lei, portanto, não há óbice legal à despedida do empregado no curso do recesso escolar. O que, entretanto, o empregador não pode deixar de fazer, caso tome a iniciativa de dispensar o professor durante as férias escolares, é de pagar os salários correspondentes ao período, pois embora no interstício o professor não goze de qualquer estabilidade ou garantia de emprego, a eles tem direito (*caput* do art. 322 da CLT).

Hirosê Pimpão, desde 1958 era defensor dessa posição, pelos seguintes fundamentos:

“Fomos, na qualidade de advogado do Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino Secundário, Primário e Comercial do Rio de Janeiro, quem, pela vez primeira, sustentou a compatibilidade dessas férias escolares com o Aviso Prévio.

Em nossa opinião até não há outra oportunidade mais oportuna para pré-avisar professôres que a das férias escolares.

É que durante o ano letivo o professor pré-avisado não encontra vagas nos colégios, que estarão com seus quadros preenchidos, assim como os colégios também não encontrarão professôres disponíveis para substituir o que foi pré-avisado.

Já durante as férias escolares esse problema não existe, porque é a época em que há muitos contratos terminando, como há muitas renovações nos quadros de professores⁷⁴⁶ (a transcrição não contém, repita-se, os ajustes decorrentes da reforma gramatical).

Há, no entanto, jurisprudência contrária, como pode se ver do aresto que segue:

“PROFESSOR - AVISO PRÉVIO CONCEDIDO NO PERÍODO DE FÉRIAS ESCOLARES – IMPOSSIBILIDADE. Durante as férias escolares, ao professor é assegurada a sua remuneração normal e integral. Despedido sem justa causa nesse período, o professor fará jus aos salários correspondentes, independente dos outros direitos rescisórios, tal como o aviso prévio, que não poderá coincidir com o período de férias escolares. Entendimento em contrário desnatura o instituto do pré-aviso, pois que nesse período de férias, impossível ao professor a procura de novo emprego, vez que todas as escolas se encontram fechadas”⁷⁴⁷.

23 AVISO PRÉVIO E RENÚNCIA

Sobre a renúncia Pontes de Miranda leciona:

“Renúncia é ato de disposição. Extingue-se direito, pretensão, ação ou exceção do renunciante. Qual a repercussão que a renúncia tem na esfera jurídica de outrem depende, não da renúncia em si, mas do que, por fora, se ligou à renúncia (...) não se renuncia ao crédito, em negócio jurídico bilateral, mas remete-se a dívida: o que estava com o credor se remete ao devedor, por força de prestação do credor. A remissão típica, unilateral, essa é renúncia. Cumpre que a cada caso de ato desvestitivo, ato pelo qual alguém se desveste de direito, pretensão, ação ou exceção, se procura a classificação que tem. O conhecimento das espécies de fatos jurídicos, atos-fatos jurídicos, atos jurídicos ‘sctricto sensu’ e negócios jurídicos unilaterais e bilaterais, é de importância enorme. Se daí se partir, os enganos são inevitáveis. A cada momento, as conclusões inexatas e erradas de juristas, nacionais e estrangeiros, resultam de não estarem a par da classificação científica dos fatos jurídicos”⁷⁴⁸.

A respeito dos efeitos da renúncia pelo empregado, no que toca ao aviso prévio, Arnaldo Süssekind é específico⁷⁴⁹:

“Durante a relação de emprego prevalece, como regra, o princípio de que o empregado não pode renunciar aos direitos que lhe correspondem ou aos que advirão no curso do contrato. Tratando-se de direitos oriundos de normas de ordem pública, a renúncia só é válida nos casos em que a lei venha admiti-la. (...) Em verdade, sendo a subordinação jurídica do empregado ao empregador o traço característico e essencial do contrato de trabalho; correspondendo a esse elemento o poder hierárquico e o de comando da empresa; colocando-se o empregado, na quase totalidade dos casos, num estado de absoluta dependência econômica em relação ao empregador - inócua seria a proteção ao trabalho se se desse validade à renúncia ocorrida durante a execução do contrato de trabalho, seja pertinente a direito adquirido, seja alusiva a direito futuro. Se

o direito resulta de norma de ordem pública, sua aplicação 'não pode ceder ao arbítrio das partes', pois, se assim fosse, a função do Direito do Trabalho 'seria totalmente estéril'. Se nasceu da livre manifestação de vontade dos contratantes, deve ser presumido o vício de consentimento do empregado, sempre que não possui legítimo interesse no resultado do ato pelo qual abre mão do direito ajustado”.

E em termos de renúncia no momento da cessação do contrato de trabalho, discorre o mestre⁵⁰:

“O que devemos examinar neste ensejo, é se o estado de dependência econômica, capaz de constituir uma coação econômica, cessa no momento em que o trabalhador deixa de ser empregado da empresa. Com o término do contrato de trabalho, reconhece a melhor doutrina que, sem embargo de cessar a 'soggezione impiegatizia', pode persistir o estado de inferioridade e dependência econômica do trabalhador, capaz de o levar a renunciar a certos direitos, a fim de obter o pagamento imediato de salários atrasados ou, mesmo, sua indenização. Neste caso, a renúncia corresponde a uma transação oculta, que não pode ter validade pela inexistência da 'res dubia'. Eis a razão pela qual o Enunciado nº 276, do TST, enuncia que o 'direito ao aviso prévio é irrenunciável' ... salvo comprovação de haver o prestador de serviços obtido novo emprego”. O vício de consentimento de vontade do empregado, oriundo da coação econômica nitidamente caracterizada, determina a nulidade do ato”.

Um mero pedido do empregado não é apto a legitimar a sua renúncia ao aviso prévio e eximir o empregador do dever de remunerar o período correspondente a seu gozo, o que só pode este alcançar mediante a prova de imediata obtenção de novo emprego pelo prestador de serviços:

“AVISO PRÉVIO. RENÚNCIA SUBSEQÜENTE AO ATO NOTIFICATÓRIO DO EMPREGADOR, QUE DENUNCIA O CONTRATO SEM CAUSA JUSTIFICADA. *Sujeito a regulação legal indisponível e, portanto, de eficácia irrenunciável, o empregado só pode ser dispensado antes do termo final do prazo do aviso prévio, com a conseqüente desoneração do empregador do pagamento do salário a que lhe corresponde, se houver comprovada justificação. Enunciado número duzentos e setenta e seis do TST. Tratando-se de parcela salarial e, portanto, integrativa da remuneração, o valor correspondente à duração do aviso prévio e do décimo terceiro salário integra a base de cálculo do FGTS. Revista conhecida e provida”⁵¹.*

A citada Súmula nº 276 do C. TST permite exceção à regra da irrenunciabilidade do direito ao aviso prévio, tanto por parte do empregado quanto por parte do empregador.

A jurisprudência confirma esse tipo de flexibilização, nos seguintes termos:

“Embora em princípio seja irrenunciável, previamente, o aviso prévio, a jurisprudência tem evoluído no sentido de aceitar a renúncia ao cumprimento do mesmo, quando livremente manifestado pelo empregado, e no seu interesse. Revista conhecida e provida em parte”⁵².

“AVISO PRÉVIO - DIREITO DE RENÚNCIA. A renúncia, rigorosamente, é unilateral, não dependendo da anuência de outrem. Quando se diz que o empregado ‘renunciou’ ao aviso-prévio, tem-se, na realidade, salvo prova em contrário, que ele propôs fosse liberado da prestação de serviços no período, ficando o empregador, em consequência, liberado do pagamento respectivo. Há, portanto, um ajuste, um ato jurídico bilateral quanto à formação, com a presunção de que atendeu aos interesses das duas partes. No caso, merece ser salientado, após a rescisão do contrato e sob assistência legal, o empregado admitiu constasse, do instrumento da quitação final, que pedira dispensa do cumprimento do aviso prévio, tendo, ademais, manifestado ressalva a propósito de outra parcela. Em consequência, tendo por regular o havido, estou em que, na hipótese, renúncia, propriamente dita, só poderia haver, por conseguinte, no tocante às duas horas previstas no artigo quatrocentos e oitenta e oito da CLT, devidas ao empregado independentemente da prestação de serviços. É irrenunciável, pois, somente o direito às duas horas de cada dia do período do aviso prévio. Recurso do empregado provido parcialmente para esse fim”⁵³.

A renúncia pelo empregador ao aviso prévio a que tem direito ocorreria, por exemplo, no caso de, ao receber a comunicação do empregado, já possuir, de imediato, um substituto para a vaga, ou, simplesmente, por motivo de foro íntimo, não mais querer a continuidade da prestação de serviço. Vale lembrar, no entanto, que o empregador pode dispensar, desde logo, o empregado pré-avisante, mas não pode deixar de lhe pagar o salário atinente ao período respectivo. Nas sábias palavras do Ministro Luís Galotti, quando titular da Procuradoria Geral, no AI 14.303, DJ 23.11.49, p. 3.973: “A renúncia do empregador ao seu direito há de ser permitida, mas somente até onde não prejudique o empregado”.

E quanto ao empregado também pode ocorrer a renúncia, quando este, por exemplo, também de imediato, ao ser pré-avisado, já tem uma outra colocação, esvaziando-se, assim, o principal objetivo do instituto em discussão (a procura de um novo emprego). Poder-se-ia argumentar que mesmo nesta hipótese (de o empregado já ter encontrado um novo emprego) a renúncia necessitaria ser aceita pelo empregador, porque o aviso prévio é irrenunciável se, sob qualquer aspecto, a renúncia importar ofensa aos interesses das partes.

Em análise a esse tema o filósofo Emanuel Kant, quando enunciou o célebre princípio da relatividade, é bem lembrado por Hirosê Pimpão⁵⁴: “O direito de um termina onde começa o de outro”.

Seguindo esse raciocínio, da necessidade do exercício condicional do direito, sempre limitado pelos interesses circunvizinhos, mesmo o empregado que já tivesse outro trabalho em vista só poderia insistir na renúncia ao aviso prévio que recebeu se o empregador a aceitasse. Do contrário, sem este aceite, só restaria ao empregado faltar durante o período respectivo e ver, então, descontadas estas faltas de seu salário.

Sergio Pinto Martins explica: “No aviso prévio dado pelo empregado, o período pertence ao empregador e este poderá renunciá-lo, o que não ocorre quando o aviso prévio é dado pelo empregador. Caso, entretanto, o empregado deixe de cumprir o aviso prévio por ele oferecido ao empregador, sem a concordância deste, deverá indenizá-lo”.

O descumprimento, pelo empregado, do aviso prévio dado pelo empregador deve sempre ser registrado como faltas ao serviço ou, então, deve ser comprovada a obtenção de novo emprego pelo trabalhador, durante seu curso, sob pena de, em se tratando de direito irrenunciável, o empregador estar sujeito ao seu pagamento.

Pode ocorrer, também, de o empregado, mesmo sem ter outro emprego já em vista, comunicar seu empregador da rescisão e, ao mesmo tempo, pedir-lhe a dispensa do cumprimento do aviso prévio. Mesmo neste caso, se o empregador o dispensar do trabalho deverá efetuar o pagamento dos valores devidos durante o período. Só a obtenção de nova colocação eximiria o empregador que dispensa o trabalho do pagamento respectivo, consoante a Súmula nº 276 do C. TST:

“AVISO PRÉVIO. IRRENUNCIABILIDADE. O direito ao aviso prévio é irrenunciável, como são, via de regra, todos os direitos trabalhistas previstos em lei. Assim, a liberação do cumprimento do aviso prévio pela empresa, a empregado dispensado a pedido, não a exime do pagamento dos valores pecuniários pertinentes, irrenunciáveis”⁵⁵.

24 AVISO PRÉVIO E INDENIZAÇÃO ADICIONAL

O aviso prévio também reflete na indenização adicional (art. 9º da Lei nº 7.238/84), que corresponde a um salário mensal (Súmula nº 182 do C. TST), ou seja, ainda que indenizado, será computado para se observar se o empregado foi dispensado nos trinta dias anteriores à data-base da categoria, o que lhe daria o direito à respectiva indenização.

Consoante entendimento sedimentado nas Súmulas nº 182⁵⁶ e 314⁵⁷ do C. TST, em se tratando de aviso prévio indenizado, a data a ser considerada para efeito de verificação do direito ou não à indenização adicional é aquela correspondente à data imposta pela sua projeção.

Portanto, se a ruptura contratual, considerada a projeção do aviso prévio indenizado, insere-se nos trinta dias que antecederam a data-base, isto é o que basta para o pagamento da indenização adicional (*a dispensa no trintídio que antecede a data-base, computada a projeção do aviso*), independentemente de o empregador pagar verbas rescisórias com base no salário vigente após a data-base ou complementá-las. Isto não faz desaparecer a presunção de que o empregador tencionou, com a dispensa, obstar a continuidade do reajuste da data-base, daí a incidência da indenização adicional (*como forma de penalidade*).

Uma coisa (*verbas rescisórias corrigidas*) não compensa outra (*indenização adicional*), dada a diversidade da natureza, não podendo ser esquecido, ainda, que a Súmula nº 314 do C. TST também teve objetivo de caráter econômico, pois transparece, com clareza, ser grande, em termos monetários, a diferença entre os valores equivalentes à correção e à indenização.

25 AVISO PRÉVIO - EMPREGADO MENOR

A Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998 (DOU 16.12.98) conferiu nova redação ao inciso XXXIII do artigo 7º da CF: *“proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 (dezoito) anos e de qualquer trabalho a menores de 16 (dezesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 (quatorze) anos”*.

A CLT, em seu Capítulo IV, ainda não foi adaptada formalmente, considerando-se esses novos limites de idade, como se vê, por exemplo, no art. 402.

À luz do artigo 439 da CLT, que dispõe ser vedado ao menor de 18 (dezoito) anos dar, sem assistência de seus responsáveis legais, quitação ao empregador pelo recebimento da indenização que lhe for devida, indaga-se se o trabalhador menor, sem esta mesma assistência, pode conceder aviso prévio ao empregador.

O Professor Russomano entende que pode, pois o direito de rescindir o contrato de trabalho seria inerente à liberdade do trabalhador como homem. Para ele quem dá o aviso prévio não renuncia a direitos decorrentes da rescisão contratual, *“porque é o preavisante quem provoca a rescisão. Esses direitos reduzem a mera hipótese, probabilidade, expectativa e se limitam ao caso de rescisão injusta e provocada pelo patrão”*⁵⁸.

E é acompanhado por Carlos Alberto Reis de Paula:

“Se o menor, sem assistência, pode firmar contrato de trabalho, vinculando a sua atividade pessoa a uma determinada atividade ou encargo, pode, ‘ipso facto’, tomar a iniciativa de rescindir o contrato. Aliás, o ato jurídico de contratação é mais denso e de maior amplitude do que o de provocar a rescisão contratual. Normalmente, do ponto de vista formal, os contratos são extintos tal como constituídos.

A incapacidade relativa do menor, na órbita do Direito Laboral, restringe-se apenas e tão-só a sua capacidade de firmar recibo rescisório, presumindo-se erro, ou coação ou simulação (art. 147, II, do Código Civil), presunção ‘juris tantum’ que pode ser elidida pela confissão livre do menor, ratificando o ato (art. 148 do Código Civil).

*Concluimos, pois, que o aviso prévio concedido pelo empregado menor inassistido é válido”*⁵⁹.

26 RETORNO AO SERVIÇO DO EMPREGADO QUE ESTEVE EM GOZO DE APOSENTADORIA

A aposentadoria por invalidez, nos termos do art. 475 da CLT, apenas suspende o contrato de trabalho, não acarretando, como, nos demais casos de aposentadorias, por idade, por tempo de serviço e especial, a extinção do contrato de trabalho, tanto é assim que o art. 46 do Decreto nº 3.048/99 dispõe que o segurado aposentado por invalidez está obrigado, a qualquer tempo, sem prejuízo da inspeção bial e independentemente de sua idade e sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da previdência social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos.

Somente após o seu cancelamento, verificando-se a recuperação da capacidade de trabalho do segurado, é que o contrato retoma o seu curso normal.

Assim, somente depois do retorno ao trabalho é que poderá ser concedido aviso prévio ao obreiro. *“Evidentemente que o aviso prévio não poderá ser concedido enquanto o trabalhador estiver afastado pelo motivo da aposentadoria por invalidez, que suspendeu o contrato de trabalho”*⁶⁰.

27 MORTE DO EMPREGADOR CONSTITUÍDO EM FIRMA INDIVIDUAL

O artigo 483, § 2º, da CLT dispõe: *“No caso de morte do empregador constituído em firma individual, é facultado aos empregados rescindir o contrato”*.

As interpretações dadas por Valentin Carrion e Sergio Pinto Martins a esse dispositivo legal se assemelham:

- 1) a morte do empregador é caso de *“motivo justificado, não de justa causa; o empregado pode rescindir, mas não recebe indenização; está eximido de fazer a comunicação de aviso prévio ou de indenizar os prejuízos ocasionados (em caso de contrato por tempo determinado)”*⁶¹.
- 2) *“O § 2º do artigo 483 da CLT atribui uma faculdade ao empregado no caso de falecer o empregador constituído em empresa individual. Se a empresa individual encerra sua atividade, o empregado está automaticamente despedido; porém se alguém continua com o negócio, ao empregado fica a faculdade de rescindir ou não o contrato. Preferindo o empregado sair da empresa, na última hipótese, não terá de dar aviso prévio ao empregador, porque há um motivo para a rescisão, mas é de se entender que a hipótese é de pedido de demissão e não de dispensa, pois haverá a continuidade dos negócios da empresa”*⁶².

A jurisprudência confirma:

“AVISO PRÉVIO. MORTE DO EMPREGADOR. *O aviso prévio é devido mesmo na hipótese de morte do empregador, tendo em vista que a possibilidade de rescisão por iniciativa do empregado é apenas faculdade legal (art. 483, par. 2º, da CLT) que pode ou não ser exercida, pois além de a morte do empregador não acarretar necessariamente a extinção do empreendimento, o pagamento da indenização a que se refere o art. 485 não exclui, por si só, o direito do empregado ao aviso prévio”*⁶³.

Apesar de o empregado não estar sujeito a pré-avisar os sucessores do falecido, em caso de optar pela rescisão, estes, *“ao contrário, não havendo em seu favor preceito de lei que dispense a adoção do aviso prévio, a ele estão obrigados”*⁶⁴.

28 CORREÇÃO SALARIAL DURANTE O SEU CURSO

A Súmula nº 05 do C. TST (RA 28/1969. DO-GB 21.08.69) orienta:

“Reajustamento salarial. *O reajustamento salarial coletivo, determinado no curso do aviso prévio, beneficia o empregado pré-avisado da despedida, mesmo que tenha recebido antecipadamente os salários correspondentes ao período do aviso, que integra o seu tempo de serviço para todos os efeitos legais”.*

Projetando-se o aviso prévio indenizado (art. 487, § 1º, da CLT) no mês da correção salarial do empregado, as diferenças de pagamento restringem-se aos dias adentrados em referido mês, vale lembrar.

Se o pré-aviso fosse cumprido em serviço, os dias havidos no mês anterior ao da correção salarial seriam pagos com base no salário deste; só os outros, cumpridos no mês em que se verifica o reajuste, é que geram diferenças.

Em termos de salário o empregado somente não fará jus a virtual antecipação espontânea, como salienta o Prof. Sergio Pinto Martins: *“A empresa não estará obrigada a conceder antecipações salariais espontâneas em relação ao aviso prévio do empregado que está desligando-se da empresa, justamente porque não poderá compensá-las na data-base, além de não existir determinação legal nesse sentido”*⁶⁵.

E quanto ao FGTS, também não terá direito à correção da multa de 40% do FGTS em face da projeção, conforme Orientação Jurisprudencial nº 254 do C. TST, inserida em 13.03.02:

“FGTS. MULTA DE 40%. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. DIFERENÇA INDEVIDA. *O cálculo da multa de 40% do FGTS deverá ser feito com base no saldo da conta vinculada na data do efetivo pagamento das verbas rescisórias, desconsiderada a projeção do aviso prévio indenizado, por ausência de previsão legal”.*

Os fundamentos para essa inclinação da jurisprudência é a seguinte: *“por mais que se considere o tempo relativo ao aviso prévio indenizado, como de serviço para todos os efeitos legais, não há qualquer previsão legal que ampare o pagamento de diferenças futuras, resultantes de eventual correção monetária que incidiria sobre os valores depositados.*

Até porque, quando decorrer este prazo (aviso indenizado), o empregado poderá já ter sacado o montante depositado em sua conta vinculada, devidamente atualizado, com a incidência da multa prevista legalmente.

Isto porque, ao ser dispensado do cumprimento do aviso prévio, o empregado receberá antecipadamente os valores correspondentes não só aos salários e demais vantagens que receberia como se estivesse trabalhando (art. 487, 1º da CLT), como também a multa de 40% incidente sobre todos os valores depositados em sua conta vinculada do FGTS, atualizados até aquela data (art. 18, § 1º, da Lei 8.036/90).

Além do mais, ao efetivar o pagamento da multa de 40% (FGTS) juntamente com as parcelas rescisórias o empregador não terá condições de prever qual será o montante da conta vinculada do FGTS ao final do prazo alusivo ao aviso prévio indenizado.

Por fim é de se objetar que o art. 477, § 6º, da CLT impõe um prazo para que o empregador efetue o pagamento das parcelas constantes do instrumento de rescisão (no caso de aviso prévio indenizado: até o décimo dia contado da data da notificação).

Assim, o empregador deverá pagar a multa de 40%, sobre os saldos existentes na conta vinculada do FGTS na data prevista no citado dispositivo consolidado.

Por todas essas razões é que se conclui pela total falta de amparo legal relativamente à pretensão do reclamante de receber diferenças de multa de FGTS, em face do cômputo do prazo relativo ao aviso prévio indenizado”⁶⁶.

29 FALTAS NO CURSO DO AVISO PRÉVIO

No que se refere à hipótese de falta cometida pelo empregador no curso do aviso prévio, o art. 490 da CLT não deixa qualquer dúvida: *“O empregador que, durante o prazo do aviso prévio dado ao empregado, praticar ato que justifique a rescisão imediata do contrato, sujeita-se ao pagamento da remuneração correspondente ao prazo do referido aviso, sem prejuízo da indenização”.*

Quanto ao empregado, no entanto, há certa divergência de pensamento, ante a redação do art. 491 da CLT (*“O empregado que, durante o prazo do aviso prévio, cometer qualquer das faltas consideradas pela lei como justas para a rescisão, perde o direito ao restante do respectivo prazo”*) e da Súmula nº 73, RA 69/78, DJ 26.09.78:

“FALTA GRAVE. *Falta grave, salvo a de abandono de emprego, praticada pelo empregado no decurso do prazo do aviso prévio dado pelo empregador, retira àquele qualquer direito a indenização”.*

Controverte-se se o empregado faltoso perde somente o restante do aviso prévio ou perde, igualmente, o direito à indenização de antigüidade.

Ivan Dias Rodrigues Alves e Christovão Piragibe Tostes Malta sustentam que a opinião no sentido de o empregado perder somente o restante do aviso prévio encontra-se de todo superada, explicando: *“o período de duração do aviso é de vigência do contrato de trabalho, não se podendo admitir que um empregado cometa falta nesse prazo gozando de impunidades que lei não prevê e que são incompatíveis com seu espírito. A prevelecer a tese vencida, ficaria o empregado em regime de pré-aviso na cômoda posição de poder provocar o distrato a qualquer momento, comentendo falta e não se sujeitando, pois, a seu exclusivo critério, a cumprir o aviso”⁶⁷.*

Confirmam, portanto, o que há muito o mestre Mozart Victor Russomano já dizia: *“Se o aviso prévio não põe fim ao contrato; se durante o seu prazo perduram todas as obrigações legais e contratuais que vinculam as partes; se isso está dito, expressamente,*

na lei – a falta grave durante o prazo do aviso prévio deve provocar os mesmos efeitos que a falta grave cometida pelo trabalhador durante a vigência do contrato, antes da concessão do aviso. Se se entender de forma diversa, permitir-se-á que o trabalhador preavisado e que não queira cumprir o prazo do aviso que lhe foi estabelecido, se rebele, disciplinarmente para receber de imediato a indenização que, a rigor, só lhe seria devida no término do prazo do aviso prévio. Além disso, sua falta, na verdade, ficará impune, pois a perda do restante do prazo, em nosso exemplo, coincide com o seu próprio desejo”⁶⁸.

A já referida Súmula nº 73 só exceceu a falta capitulada na letra “i” do art. 482 da CLT (abandono de emprego), vale sublinhar, porque considerou o prazo de trinta dias de aviso prévio, à luz da Súmula nº 32, que tem como caracterizado este tipo de falta grave só depois de decorridos mais de trinta dias.

Já houve, no entanto, voz abalizada defendendo que a exclusão do abandono de emprego não deveria existir, como bem lembrado por Carlos Alberto Reis de Paula⁶⁹, a do Professor Célio Goyatá⁷⁰:

“Há, segundo pensamos, que distinguir duas hipóteses perfeitamente distintas uma da outra; na primeira, o empregado, preavisado, e durante a execução do aviso prévio, encontra nova colocação e pede ao seu empregador dispensa do restante do prazo do aviso, e o seu patrão o atende; na segunda hipótese, o trabalhador, também preavisado, pede ao seu empregador seja dispensado do cumprimento do restante do prazo do aviso prévio para se engajar em novo emprego, mas o empregador, por razões de ordem interna da empresa, não pode atendê-lo; todavia, mesmo assim, com a negativa patronal, o assalariado preavisado abandona o seu emprego para se colocar no novo posto.

Na segunda hipótese, indubitavelmente, com a prática de falta grave de abandono de emprego, capitulado no art. 482, alínea “i” da Consolidação das Leis do Trabalho, ao nosso parecer, o obreiro perdeu direito não só aos salários do restante do aviso prévio, mas também à própria indenização que lhe seria devida”.

Esse posicionamento, porém, não encontrou abrigo, pelos seguintes motivos:

“Com a devida vênia ao entendimento do doutrinador respeitado, dissentimos. ‘In casu’, entendemos que o empregado perde apenas o salário pelos dias restantes do prazo. Sendo o empregado o pré-avisado, principalmente o instituto visa propiciar-lhe oportunidade de obter emprego. Entendimento contrário, pois, seria frustrar o próprio instituto, fiel ao princípio aristotélico-tomista de que ‘quod agit, agit propter finem’.

Ademais, estar-se-ia implantando o princípio da igualdade fictícia entre as partes contratantes, incompatível com a desigualdade real, que não se coaduna com o Direito do Trabalho cuja preocupação central é a proteção de uma das partes para se alcançar, na medida do possível, uma igualdade verdadeira e substancial entre os contratantes. Válida a observação de Wagner Giglio que, com tais fundamentos, critica o legislador quando autoriza o empregador a reter salários para se cobrir da falta de aviso prévio (art. 487, § 2º, da CLT), sustentando que ‘essa norma, flagrantemente injusta, não permite esquecer as origens do Direito do Trabalho’⁷¹.

30 PRAZO PARA PAGAMENTO

O prazo para pagamento das verbas rescisórias, incluído o aviso prévio, está prescrito no artigo 477, parágrafo 6º, da CLT.

Concedido aviso prévio e tendo ele sido corretamente cumprido pelo empregado, o pagamento deve ocorrer até o primeiro dia útil imediato ao término do contrato (art. 477, § 6º, letra “a”, da CLT).

Quando o aviso prévio não é concedido ou quando ele é indenizado, dispensando-se o seu cumprimento, a quitação deve acontecer até o décimo dia, contado da data da notificação da demissão (art. 477, § 6º, letra “b”, da CLT).

Apesar de o chamado “aviso prévio cumprido em casa” não existir juridicamente, lembramos que ele, como já vulgarizado, equivale à dispensa de cumprimento e, portanto, o prazo para pagamento das verbas rescisórias deve observar o disposto no artigo 477, § 6º, “b”, da CLT, ou seja, até o décimo dia contado da data da notificação da dispensa, sendo devida a multa prevista no artigo 477, § 8º, da CLT quando há descumprimento do referido prazo, conforme dispõe a Orientação Jurisprudencial nº 14 da SDI I do C. TST.

De acordo com o disposto na Orientação Jurisprudencial nº 162 da SDI I do C. TST, a contagem do prazo para pagamento do aviso prévio, previsto no art. 477, § 6º, “b”, da CLT, exclui, necessariamente, o dia da notificação e inclui o dia do vencimento, em obediência ao disposto no art. 125 do Código Civil (art. 132 a partir 11 de janeiro de 2003), considerando a inexistência de norma na CLT disciplinando a forma dessa contagem. Já o Ministério do Trabalho e Emprego orienta que este prazo inicia-se da própria data da notificação, sendo este o primeiro dos 10 (dez) dias (Instrução Normativa nº 04/02, que alterou o art. 11 da IN 03/02, revogando, inclusive, o seu parágrafo 1º).

Conclui-se, portanto, que, seguido este comando do MTE, e havendo o pagamento integral das verbas rescisórias devidas, judicialmente o empregador não será condenado por atraso no pagamento de verbas rescisórias.

Independentemente da data do início da contagem do prazo, surge considerável dúvida quanto ao prazo para pagamento do aviso prévio na hipótese da letra “b” do § 6º do art. 477 da CLT quando o décimo dia recai em dia não útil, em domingo ou feriado, por exemplo.

No TRT da 9ª Região já se decidiu em sentidos diametralmente opostos:

“MULTA DO ARTIGO 477 DA CLT. CONTAGEM DO PRAZO PARA SUA APLICAÇÃO. Ocorrendo feriado nacional no décimo dia da rescisão contratual, o prazo a que se refere o § 6º, alínea ‘b’, do artigo 477 da CLT deve ser contado segundo a regra legal do § 1º, do artigo 184 do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária no processo trabalhista, que o considera prorrogado até o primeiro dia útil, se o vencimento coincidir com o feriado”⁷².

“VERBAS RESCISÓRIAS. PRAZO DE PAGAMENTO. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. ART. 477, § 6º, ALÍNEA ‘b’. Como se pode observar no disposto no § 6º do artigo 477 da CLT, a lei somente na alínea ‘a’ estipula que

o limite do prazo se vença em dia útil, inexistindo tal previsão na alínea 'b', resultando, portanto, que nas hipóteses da alínea 'b', o prazo limite de pagamento das verbas rescisórias é o décimo dia, devendo ser realizado anteriormente se o décimo dia cair em feriado, ante a estipulação de que o pagamento se dê até o décimo dia, e não que o pagamento seja feito no décimo dia”⁷³.

A Instrução Normativa nº 2 da Secretaria Nacional do Trabalho, estabelece em seu artigo 5º, inciso II, que a rescisão contratual não poderá exceder ao décimo dia subsequente à data da demissão, no caso de ausência do aviso prévio, indenização deste ou dispensa do seu cumprimento. E este, a nosso ver, deve ser o comando a ser observado, na esteira da seguinte decisão do C. TST:

“AVISO PRÉVIO INDENIZADO. MULTA POR ATRASO NO PAGAMENTO DAS VERBAS RESCISÓRIAS. *A alínea 'b' do parágrafo sexto do artigo quatrocentos e setenta e sete da CLT é claríssima no sentido de que, quando da indenização do aviso prévio, o pagamento das verbas rescisórias deve ser efetuado até o décimo dia contado da notificação da dispensa. Não respeitado esse prazo, é devida a multa prevista no parágrafo oitavo do mesmo artigo quatrocentos e setenta e sete. Os feriados bancários, em todo o território nacional, nos dias quatorze, quinze e dezesseis de março de mil novecentos e noventa em decorrência do advento do Plano Collor, em quinze de março de noventa, não beneficiam a empresa, porque as verbas rescisórias deveriam ter sido pagas nos dez dias que se seguiram ao dia oito de março de noventa. Recurso de Revista da reclamante conhecido, por violação ao artigo quatrocentos e setenta e sete, parágrafo sexto, letra 'b', da CLT, e provido para deferir o pagamento da multa pelo atraso no pagamento das verbas rescisórias*”⁷⁴.

31 IRREVOGABILIDADE DO AVISO PRÉVIO POR ATO UNILATERAL

Concedido o aviso prévio, somente havendo concordância da parte que o recebeu é que ele pode ser revogado.

Em sendo expressa essa concordância, estaremos diante da típica reconsideração e, em sendo tácita, que ocorre quando ultrapassado o limite máximo do aviso prévio o empregado continua a prestar serviços sem que o empregado se oponha ao fato (artigo 489, parágrafo único, da CLT), estaremos diante da derrogação do aviso.

As duas figuras, como explica Hirose Pimpão, *“alcançam o mesmo fim, se bem que por caminhos diversos. Ambos os institutos conseguem pôr fim ao Aviso Prévio, sem pôr fim ao contrato de trabalho, que continua existindo como se nada de anormal tivesse ocorrido, ameaçando até a sua existência*”⁷⁵.

Ensina Dorval Lacerda: *“Caso seja aceita a reconsideração, isto é, tal arrependimento ou continuando a prestação depois de expirado o referido prazo, o contrato continuará a vigorar como se o aviso não tivesse sido dado*”⁷⁶.

Ivan Dias Rodrigues Alves e Christovão Piragibe Tostes Malta sustentam, no entanto, haver uma exceção à regra da bilateralidade da reconsideração: na hipótese de comunicação feita por empregado estável:

“Partindo-se da premissa de que o empregado estável que pretende desligar-se da empresa deve dar aviso prévio ao empregador, o simples decurso do pré-aviso não teria força bastante para importar em distrato, porquanto a lei exige, no caso, cautelas especiais a que se refere a CLT, art. 500. Em conseqüência, antes de terminar o prazo do pré-aviso ou mesmo depois dele, o empregado poderia reconsiderar seu ato e tornar o aviso sem efeito”.

Em outras palavras⁷⁷, portanto: expirado o aviso e interrompida a prestação de serviços, se chega a haver um novo entendimento entre as partes, isto significa, em regra (art. 453 da CLT), um novo contrato de trabalho, exceto quando importe, de perto, o instituto da estabilidade, que possibilitará se ver, nesta nova relação, pura e simplesmente, uma continuação da precedente, aplicando-se, assim, estritamente, o princípio contido no artigo 453 da CLT: *“No tempo de serviço do empregado, quando readmitido, serão computados os períodos, ainda que não contínuos, em que tiver trabalhado anteriormente na empresa, salvo se houver sido despedido por falta grave ou tiver recebido indenização legal”.*

32 AVISO PRÉVIO E DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS

Nos termos do art. 28, inc. IV, § 9º, alínea “e” (alterada pela Lei nº 9.528/97), da Lei nº 8.212/91 e do art. 214, § 9º, inc. V, alínea “f”, do Decreto 3.048/99, não integra o salário-de-contribuição somente o aviso prévio indenizado. Já o valor pago em decorrência do aviso prévio regularmente cumprido insere-se na totalidade de rendimentos e na remuneração de que tratam os incisos I e II do art. 28 da Lei nº 8.212/91 e os incisos I e II do art. 214 do Decreto 3.048/99, integrando-o.

Em face do parágrafo 3º do artigo 114 da Constituição Federal, do parágrafo único do artigo 876 da CLT, das Orientações Jurisprudenciais nº 32 e 141 da SDI-1 do C. TST, bem como da decisão do STF no RE 196.517-PR, Rel. Min. Marco Aurélio, de 14.11.00, já não se mantém o entendimento de que a Justiça do Trabalho é incompetente para determinar descontos previdenciários.

Portanto, acordo judicial ou sentença trabalhista que traga obrigação ao pagamento de aviso prévio deverá observar as disposições legais antes referidas para fixar os descontos a serem efetuados do crédito do empregado para a Previdência Social.

CITACÕES

¹ GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Vols. I e II. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 411.

² RODRIGUES PINTO, José Augusto e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Repertório de conceitos trabalhistas**. Vol. I – Direito Individual. São Paulo: LTr, 2000. p. 95.

³ Não pode ser ignorada, no entanto, a Súmula nº 305 do C. TST.

⁴ GOMES, Orlando Gomes e GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 412.

⁵ PAULO, Carlos Alberto Reis de. **O aviso prévio**. São Paulo: LTr, 1988. p. 41.

⁶ PIMPÃO, Hirosê. **Aviso prévio**. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1958. p. 78-79.

⁷ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 347.

⁸ GOMES, Orlando Gomes e GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 412.

⁹ GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Vols. I e II. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 413.

¹⁰ TST-AC 406569-RR 406569/97. 4ª T. DJ 03.04.98. Rel. Ministro Leonaldo Silva.

¹¹ PIMPÃO, Hirosê. **Aviso prévio**. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1958. p. 237.

¹² Ob. cit. p. 243-244.

¹³ “**Art. 487**. Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo quiser rescindir o contrato, deverá avisar a outra da sua resolução, com a antecedência mínima de: **I** - oito dias, se o pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior; **II** – trinta dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de doze meses de serviço na empresa”.

¹⁴ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 350.

¹⁵ Ob. cit. p. 351.

¹⁶ ROMITA, Arion Sayão. **Os direitos sociais na constituição e outros estudos**. SP: LTr, 1991. p. 14-15.

¹⁷ GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Vols. I e II. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 416-417.

¹⁸ Ob. cit. p. 417.

¹⁹ tempo superior poderá ser concedido espontaneamente pelo empregador ou previsto em instrumento normativo (art. 444/CLT).

²⁰ TRT 2ª Reg. AC 02980530500/98. RO 02970488676/97. 8ª T. DOESP 27.10.98. Rel. Juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva.

²¹ ALVES, Ivan Dias Rodrigues e MALTA, Christovão Piragibe Tostes. **Teoria e prática do Direito do Trabalho**. 9ª ed. SP: LTr, 1995. p. 339.

²² **Súmula nº 305 do C. TST**: “*Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Incidência sobre o aviso prévio. O pagamento relativo ao período de aviso prévio, trabalhado ou não, está sujeito a contribuição para o FGTS*” (Res. 3/1992, DJ 05.11.92).

- ²³ **OJ nº 82 da SDI I do C. TST:** “*Aviso prévio. Baixa na CTPS. A data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado*” (inserida em 28.04.97).
- ²⁴ **Apud:** PIMPÃO, Hirotsê. **Aviso prévio.** 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1958. p. 255.
- ²⁵ **Súmula nº 31 do C. TST:** “*Aviso prévio. É incabível o aviso prévio na despedida indireta*”.
- ²⁶ RUSSOMANO, Mozart Víctor. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.** Vol. II, 1952. p. 776-777.
- ²⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **O contrato de experiência à luz dos tribunais.** Revista de Direito do Trabalho. Ano 28. nº 106. abril-junho de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 21.
- ²⁸ THIBAU, Milton Vasques. **O contrato de experiência.** In: BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). Curso de Direito do Trabalho. Estudos em memória de Célio Goyatá. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1997. p. 531
- ²⁹ Ob. cit. p. 21.
- ³⁰ Ob. cit. p. 531.
- ³¹ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho.** Trad. Wagner Giglio. São Paulo: LTr, Ed. da Universidade de São Paulo, 1978. p. 274.
- ³² Ob. cit. p. 273.
- ³³ COSTA, Judith Martins. **O direito privado comum como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto de Código Civil brasileiro.** Revista dos Tribunais, Vol. 753, jul. de 1998. p. 43; SILVA, Agathe Schmidt da. Cláusula geral de boa-fé nos contratos, **Revista de Direito do Consumidor.** Vol. 17, 1996. p. 17-18; VENCELAU, Rose Melo. O negócio jurídico e suas modalidades. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional.** Rio/São Paulo: Renovar, 2002. p. 196-197.
- ³⁴ BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé nas relações trabalhistas.** In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (Coord.). Direito Civil Constitucional: situações patrimoniais. Curitiba: Juruá, 2002. p. 47.
- ³⁵ TRT-PR-ROPS 1.234/2002. AC. 9.394/03. DJPR 09.05.03. Rel. Juíza Marlene T. Fuverki Suguimatsu.
- ³⁶ RA 102/1982, DJ 11.10.82 e DJ 15.10.82.
- ³⁷ Vide Bonijuris – Jurisprudência Trabalhista nº 270, 30.03.01.
- ³⁸ STF RE 234.186-3-SP. Unânime. 1ª T. Rel. Sepúlveda Pertence. DJU 31.08.01: Inf. STF 239/01, de 05.09.01.
- ³⁹ TRT-PR-RO 14.631/96 - Ac. 2ª T. 20.148/97. Rel. Juiz Luiz Eduardo Gunther, DJPR 1º.08.97.
- ⁴⁰ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Estabilidade provisória. Contratos a prazo determinado e suspensões e interrupções do contrato de trabalho.** Suplemento Trabalhista LTr 106/00. p. 620.
- ⁴¹ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho.** 13ª ed. SP: Atlas, 2001. p 355-356.
- ⁴² PRUNES, José Luiz Ferreira. **Tratado sobre a prescrição e a decadência no Direito do Trabalho.** SP: LTr, 1998. p. 605-606.

- ⁴³ Curitiba, 1943. p. 42 e 92.
- ⁴⁴ PIMPÃO, Hirosê. **Aviso prévio**. 2ª ed. RJ: José Konfino, 1958. p. 275.
- ⁴⁵ ANTERO DE CARVALHO, J. **Direito do Trabalho interpretado**. RJ, 1951. p. 213.
- ⁴⁶ PIMPÃO, Hirosê. **Aviso prévio**. 2ª ed. RJ: José Konfino, 1958. p. 277.
- ⁴⁷ TRT 2ª Reg. AC. 02970495516. RO 02960350426/1996. 8ª T. DOESP 07.10.97. Rel. Juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva.
- ⁴⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado, parte especial**. Tomo XXXI. 3ª ed. Editor Borsoi. p. 9, 25 e 27.
- ⁴⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. 11ª ed. SP: LTr, 1991. p. 207-208.
- ⁵⁰ Ob. cit. p. 210-211.
- ⁵¹ TST. AC. 3062. RR 2769/88. 3ª T. DJ 18.11.88. Rel. Min. Ermes Pedro Pedrassani.
- ⁵² TST. AC. 2354. RR 4891/84. 2ª T. DJ 09.08.85. Rel. Min. Barata Silva.
- ⁵³ TST. AC. 305. RR 3553/86. 1ª T. DJ 22.05.87. Rel. Juiz Convocado Manoel Mendes de Freitas.
- ⁵⁴ PIMPÃO, Hirosê. **Aviso prévio**. 2ª ed. RJ: José Konfino, 1958. p. 231.
- ⁵⁵ TST. AC. 3255. RR 57285/92. 2ª T. DJ 26.11.93. Rel. Min. Ney Doyle.
- ⁵⁶ **Súmula nº 182** (com alteração dada pela Res. nº 05/83, DJ 09.11.83): “**Aviso prévio. Indenização compensatória. Lei nº 6708/79 - O tempo do aviso prévio, mesmo indenizado, conta-se para efeito da indenização adicional do art. 9º da Lei nº 6708/79**”.
- ⁵⁷ **Súmula nº 314** (Res. 6/1993 DJ 22-09-1993): “**Indenização adicional. Verbas rescisórias. Salário corrigido. Ocorrendo a rescisão contratual no período de trinta dias que antecede à data-base, observado o Enunciado 182 do TST, o pagamento das verbas rescisórias com o salário já corrigido não afasta o direito à indenização adicional prevista nas Leis nºs 6708/79 e 7238/84**”.
- ⁵⁸ RUSSOMANO, Mozart Victor. **O aviso prévio no Direito do Trabalho**. RJ, 1961. p. 167.
- ⁵⁹ PAULA, Carlos Alberto Reis de. **O aviso prévio**. SP: LTr, 1988. p.76.
- ⁶⁰ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 355.
- ⁶¹ CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 21ª ed. SP: Saraiva, 1996. nota 8. p. 375.
- ⁶² MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT**. 3ª ed. SP: Atlas, 2000. nota 14. p. 502.

- ⁶³ TRT 2ª Reg. RO 432220/99. AC. 483286/00. 8ª T. DOESP 14.11.00. Rel. Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva.
- ⁶⁴ ALVES, Ivan Dias Rodrigues e MALTA, Christovão Piragibe Tostes. **Teoria e prática do Direito do Trabalho**. 9ª ed. SP: LTr, 1995. p. 336.
- ⁶⁵ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 351.
- ⁶⁶ TST-E-RR 194225/95. AC.SBDI1 3252/97. Rel. Min. Vantuil Abdala. DJ 12.09.1997.
- ⁶⁷ ALVES, Ivan Dias Rodrigues e MALTA, Christovão Piragibe Tostes Malta. **Teoria e prática do Direito do Trabalho**. 9ª ed. SP: LTr, 1995. p. 344.
- ⁶⁸ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. RJ: José Konfino, 1972. p. 180-181.
- ⁶⁹ PAULA, Carlos Alberto Reis de. **O aviso prévio**. SP: LTr, 1988. p. 65.
- ⁷⁰ GOYATÁ, Célio. Aviso Prévio. **Curso de Direito do Trabalho: em homenagem a Mozart Victor Russomano**. SP: Saraiva, 1985. p. 386-387.
- ⁷¹ PAULA, Carlos Alberto Reis de. **O aviso prévio**. SP: LTr, 1988. p. 66.
- ⁷² TRT-PR-RO 14.149/98. AC. 3ª T. 19.362/99. Rel. Juiz Altino Pedrozo dos Santos. DJPR 03.09.99.
- ⁷³ TRT-PR-RO 159/97. AC. 1ª T. 20.382/97. Rel. Juiz Wilson Pereira. DJPR 1º.08.97.
- ⁷⁴ TST. AC. 5278/94. RR 100654/93. 4ª T. DJ 16.12.94. Rel. Min. Rider Nogueira de Brito.
- ⁷⁵ PIMPÃO, Hirosê. **Aviso prévio**. 2ª ed. RJ: José Konfino, 1958. p. 161.
- ⁷⁶ LACERDA, Dorval. **O aviso prévio na tradição brasileira**. Revista do Trabalho. RJ, out/43.
- ⁷⁷ PIMPÃO, Hirosê. **Aviso Prévio**. 2ª ed. RJ: José Konfino, 1958. p. 158.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGATHE SCHMIDT DA. Cláusula geral de boa-fé nos contratos, **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 17, 1996. p. 17-18; VENCELAU, Rose Melo. O negócio jurídico e suas modalidades. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio/São Paulo: Renovar, 2002.
- ALMEIDA, Milton Vasques Thibau de. **Curso de Direito do Trabalho - Estudos em memória de Célio Goyatá**. SP: LTr, vol. 1, 1993.
- ALVES, Ivan Dias Rodrigues e MALTA, Christovão Piragibe Tostes. **Teoria e prática do Direito do Trabalho**. 9ª ed. SP: LTr, 1995.
- ANTERO DE CARVALHO, J. **Direito do Trabalho interpretado**. RJ, 1951.
- BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé nas relações trabalhistas**. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (Coord.). **Direito Civil constitucional: situações patrimoniais**. Curitiba: Juruá, 2002.

BARROS, Alice Monteiro de. **O contrato de experiência à luz dos tribunais**. Revista de Direito do Trabalho. Ano 28. nº 106. abril-junho de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Estabilidade provisória. Contratos a prazo determinado e suspensões e interrupções do contrato de trabalho**. Suplemento Trabalhista LTr 106/00.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 21ª ed. SP: Saraiva, 1996.

COSTA, Judith Martins. **O direito privado comum como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto de Código Civil brasileiro**. Revista dos Tribunais, Vol. 753, jul. de 1998.

GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Vols. I e II. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____ **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GOYATÁ, Célio. **Aviso Prévio. Curso de Direito do Trabalho: em homenagem a Mozart Victor Russomano**. SP: Saraiva, 1985.

LACERDA, Dorval. **O aviso prévio na tradição brasileira**. Revista do Trabalho. RJ, out/43.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado, parte especial**. Tomo XXXI. 3ª ed. Editor Borsoi.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. **O aviso prévio**. São Paulo: LTr, 1988.

PIMPÃO, Hirosê. **Aviso prévio**. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1958.

PRUNES, José Luiz Ferreira. **Tratado sobre a prescrição e a decadência no Direito do Trabalho**. SP: LTr, 1998.

RODRIGUES PINTO, José Augusto e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Repertório de conceitos trabalhistas**. Vol. I – Direito Individual. São Paulo: LTr, 2000.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. Trad. Wagner Giglio. São Paulo: LTr, Ed. da Universidade de São Paulo, 1978.

ROMITA, Arion Sayão. **Os direitos sociais na constituição e outros estudos**. SP: LTr, 1991.

RUSSOMANO, Mozart Víctor. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. Vol. II, 1952.

_____ **Curso de Direito do Trabalho**. RJ: José Konfino, 1972.

_____ **O aviso prévio no Direito do Trabalho**. RJ, 1961.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. 11ª ed. SP: LTr, 1991.

THIBAU, Milton Vasques. **O contrato de experiência**. In: BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). **Curso de Direito do Trabalho**. Estudos em memória de Célio Goyatá. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1997.

“O ENUNCIADO N° 363 DO TST E A NECESSIDADE URGENTE DO SEU CANCELAMENTO: UMA ABORDAGEM CRÍTICA DAS DEMANDAS TRABALHISTAS ENVOLVENDO A CONTRATAÇÃO DE PESSOAL, SEM CONCURSO, NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA”

SÉRGIO CABRAL DOS REIS¹

Juiz do Trabalho Substituto no Paraná (9ª Região)

Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ

Pós-graduado em Direito do Trabalho pela Universidade Potiguar - UNP

Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR

RESUMO: O PRESENTE ARTIGO PRETENDE DEMONSTRAR E REBATER OS ARGUMENTOS NORMALMENTE TRAZIDOS AOS PROCESSOS JUDICIAIS TRABALHISTAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, QUANDO SE TRATA DE UM CASO DE CONTRATAÇÃO DE PESSOAL SEM O CUMPRIMENTO DA CONSTITUCIONALMENTE EXIGÍVEL PRESTAÇÃO PRÉVIA DE CONCURSO PÚBLICO. NA VERDADE, O ARTIGO É UMA CRÍTICA FERRENHA À JURISPRUDÊNCIA MAJORITÁRIA DO C. TST ACERCA DA TEMÁTICA, MANIFESTADA ATRAVÉS DO MALSINADO ENUNCIADO 363. PRETENDE-SE DEMONSTRAR QUE O CONTRATO DE EMPREGO, NA SUA VISÃO ESTRUTURAL, POSSUI TRÊS PLANOS DISTINTOS: O DA EXISTÊNCIA, O DA VALIDADE E O DA EFICÁCIA. NESSE CONTEXTO, AFIRMA-SE QUE TAIS PLANOS PODEM CONVIVER HARMONICAMENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO. DESSA CONCLUSÃO, OUTRA SE IMPÕE NO SENTIDO DE QUE, ATRAVÉS DE UMA INTERPRETAÇÃO CRÍTICA E SISTEMÁTICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS, O CASO EM EPÍGRAFE ENSEJA UMA SITUAÇÃO DE CONTRATO EXISTENTE E INVÁLIDO, MAS EFICAZ, JUSTAMENTE PARA A PRESERVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROMOÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DO TRABALHADOR E DA VALORIZAÇÃO SOCIAL DO TRABALHO, RELEGANDO-SE, DESTE MODO, A FORMALIDADE A UM PLANO SECUNDÁRIO.

PALAVRAS-CHAVE: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – CONTRATAÇÃO DE PESSOAL – AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE CONCURSO – EXISTÊNCIA DE CONTRATO DE EMPREGO NULO, PORÉM EFICAZ – INCONSTITUCIONALIDADE DO ENUNCIADO N° 363 DO C. TST – PROMOÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DO TRABALHADOR E DA VALORIZAÇÃO SOCIAL DO TRABALHO.

1 INTRODUÇÃO

Um tema que vem sempre à baila é o da contratação de pessoal no âmbito da Administração Pública sem o cumprimento da prévia e constitucional exigência de realização do competente concurso público de provas ou de provas e títulos, conforme o caso. Infelizmente, esse tipo de expediente ainda se constitui em fato comum no Brasil, onde uma parte da classe política, no intuito de realizar seus interesses particulares (eleitorais), tenta se furtar da investigação da matéria pela Justiça do Trabalho, empregando teses praticamente uníssonas, seja em matéria processual, seja em matéria de fundo, que, com o devido respeito, não resistem a uma análise mais minuciosa por parte da doutrina.

É bem verdade que essas teses encontram amparo, via de regra, na jurisprudência majoritária do C. TST, esposada através do Enunciado n° 363, que, contudo, independentemente do maior respeito merecido e dispensado aos eminentes Ministros daquela Corte, não é, como se verá ao longo deste modesto artigo, a melhor solução para a temática.

Assim, no intuito de demonstrar a inconstitucionalidade do posicionamento vencedor, pretendemos abordar, ainda que em vôo de pássaro, vários temas surgidos nos tribunais trabalhistas com relação à questão, de forma que, em um primeiro momento, serão analisadas as matérias *processuais* geralmente invocadas pelos ilustres procuradores das entidades componentes da Administração Pública no debate travado em juízo acerca do tema. Assim, serão objetos de investigação os pressupostos processuais e as condições da demanda invocadas corriqueiramente e, com efeito, a validade dos seus argumentos, notadamente em face da melhor doutrina e jurisprudência.

Em seguida, serão abordadas as questões de fundo ou de mérito, iniciando-se pelo estudo da alegação, rotineira por sinal, de ocupação de cargo em comissão pelo trabalhador, bem como, desta feita em hipótese menos comum, de contratação temporária por excepcional interesse público. Logo após, será analisada a relação de emprego em sua visão estrutural, nos seus três planos, quais sejam, o da *existência*, o da *validade* e o da *eficácia*, dando-se uma ênfase maior a estes dois últimos em razão da significativa importância para a solução da temática em epígrafe. A forma de terminação contratual, sob ponto de vista técnico, as verbas trabalhistas devidas e a hipótese de responsabilização civil da autoridade administrativa responsável pela contratação constitucionalmente viciada são temas que, igualmente, serão mencionados neste artigo.

Nesse contexto, esclarecemos que toda a abordagem será feita em uma perspectiva *crítica* à dogmática vigente e aplicável à espécie, bem como à luz das normas e valores constitucionais que dão o norte a ser seguido pelo operador jurídico na solução dos problemas que lhe são submetidos. Enfim, trata-se de tema que toca diretamente a Teoria Geral do Direito, o Direito Constitucional, o Direito Administrativo, o Direito Civil, o Direito Processual e o Direito do Trabalho, portanto, pela sua extensão e complexidade, interessa a toda sociedade como também a toda comunidade jurídica. Mãos à obra!

2 AS DEFESAS PROCESSUAIS

2.1 DA PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA FEDERAL DO TRABALHO

Os entes da Administração Pública, via de regra, alegam, em sede de preliminar, que falece competência material à Justiça do Trabalho para apreciar e julgar a demanda envolvendo contratação sem concurso público, sob o argumento de que o obreiro jamais foi seu *empregado*, na acepção técnica da palavra, e sim servidor público estatutário.

Essa tese, na maciça maioria dos casos, não convence pelas razões a seguir aduzidas.

De logo, deve-se observar que a competência material da Justiça do Trabalho, segundo já consagrado em doutrina e jurisprudência, é determinada *pela natureza da pretensão deduzida em juízo, ou seja, tendo a relação de emprego como fonte de direitos e obrigações, bem como pelas qualidades ostentadas pelas partes no conflito intersubjetivo de interesses, quais sejam, as de empregado e empregador, e não simples cidadão comum.*

Por outro lado, urge perceber que a aferição dessa competência material trabalhista deve ser feita à luz da reelaborada teoria abstrata do direito de agir, *prima facie* e *in statu assertionis*, ou seja, de acordo com as meras **alegações** deduzidas pelo autor

na petição inicial. Destarte, sendo alegada a existência de um contrato de emprego entre as partes da demanda, satisfeita está a competência da Justiça do Trabalho para apreciar tal feito, devendo a abordagem ocorrer em outro momento mais adiante que é o exame efetivo do *mérito*.

Portanto, fácil é perceber que a temática relacionada à competência material não passa de uma **questão processual**, que, no processo trabalhista, *não* é o objeto principal da atividade cognitiva do Juiz, mas, questão preliminar e necessária para que se chegue no exame da questão principal, que é da efetiva existência (ou não) de relação de emprego no caso concreto. Entender-se o contrário, como geralmente querem os entes públicos que vêm a juízo, é tornar a questão da competência como sendo matéria de *mérito* e não como *pressuposto processual*, como lhe é inerente².

Assim, consoante preleciona *Isis de Almeida* preleciona que “não importa que o tomador de serviços de um trabalhador considere-o autônomo ou avulso, alegando, inclusive, essa condição, na defesa. Do momento em que são reclamados direitos trabalhistas, oriundos de uma relação empregatícia, é indiscutível a competência da Justiça do Trabalho para a questão” (ALMEIDA, 2002, p. 226).

Nesse contexto, quando o trabalhador reclamante *afirma* na petição inicial que, a despeito de ter sido contratado sem prévia realização do concurso público, era empregado do ente da Administração Pública reclamado, é inegável que a Justiça Federal Especializada em relações trabalhistas tem competência material para apreciar o feito. Em outras palavras, nesses casos, somente este órgão do Poder Judiciário pátrio tem a competência constitucional (artigo 114) para dizer se em um dado caso concreto há relação de emprego ou não.

É imperioso observar, nesta oportunidade, que, no nosso entendimento, respeitando toda posição contrária, a Justiça Comum Estadual ou Federal, conforme o caso, somente detêm a competência para apreciar os casos de servidores estatutários *com a implantação do regime jurídico respectivo*, bem como *quando há a perfeita observância da contratação via concurso público*. Não havendo esta, aliás, desviando-se o ato administrativo da legalidade, trata-se de relação de trabalho *latu sensu*, que atrai, assim, a competência material da Justiça Federal do Trabalho.

Deste modo, com tais fundamentos, normalmente a preliminar de incompetência material levantada pelos entes públicos é rejeitada pela Justiça do Trabalho.

2.2 DAS PRELIMINARES DE CARÊNCIA DE AÇÃO POR ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* OU POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Outrossim, os entes da Administração, no intuito de desviar o foco maior da questão, que é a contratação de pessoal irregular, a responsabilidade da autoridade responsável por ela, bem como os direitos trabalhistas e o respeito à dignidade da pessoa humana do trabalhador, no geral, suscitam preliminares de carência de ação por ilegitimidade passiva *ad causam* ou por impossibilidade jurídica da demanda, sob o fundamento de que o obreiro nunca foi seu *empregado* na acepção técnica da palavra, e sim trabalhador

ocupante de cargo em comissão, ou que, como o mesmo não se submeteu à exigência constitucional de prestação de concurso público, de forma que o contrato questionado é nulo e, portanto, não gerou nenhum efeito jurídico.

Tais teses, em princípio, são muito simpáticas, mas, após uma abordagem mais aprofundada, percebe-se que a rejeição das mesmas é, de fato, a melhor solução. Observe os fundamentos.

A impossibilidade jurídica do pedido e a legitimidade para causa, como é sabido, constituem condições da demanda, ou seja, o conjunto de requisitos básicos que devem ser preenchidos para que o juízo aprecie o mérito da causa.

São legitimados para a causa, **sob o prisma estritamente individual**, o titular da pretensão (exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio) deduzida em juízo e o titular, segundo dispõe as regras jurídicas de direito material, da resistência a essa mesma pretensão³. Segundo *Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart* “isso quer dizer, em princípio, que somente tem legitimidade para a causa, na qualidade de autor, aquele que se diz titular do direito material, podendo ser réu apenas aquele que, no plano do direito material, tem a obrigação correspondente ao direito material afirmado na petição inicial” (MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. 2003. p. 68).

O problema da legitimação para agir, mesmo para o Processo Trabalhista, consiste em individualizar a pessoa a quem pertence o direito de ação e a pessoa com referência a qual ele existe. Em outros termos, o problema da legitimação para agir consiste em estabelecer qual situação ou posição jurídica torna um sujeito legitimado para exercer e outro para estar sujeito ao direito de ação, ou em que se concretiza a particular posição dos legitimados para agir. Desse modo, a pertinência subjetiva da ação, normalmente, se dá nas pessoas que *afirmam* ser as titulares dos interesses em conflito deduzidos em juízo, ou seja, sobre as pessoas que a demanda evidencia que participaram da relação jurídica de direito material objeto do processo, segundo a seguinte perspectiva: a) a que afirma ter uma pretensão resistida ou insatisfeita; b) a que resiste à pretensão que se afirma devida (CASTELO, 1996).

A impossibilidade jurídica do pedido, por sua vez, pode ser conceituada como fez *Ada Pellegrini Grinover* como “a inexistência de óbice à admissibilidade, em abstrato, do provimento desejado, ou a existência deste dentro do ordenamento jurídico, ou que só há possibilidade jurídica se o direito objetivo substancial admite, em tese, o pedido” (GRINOVER, 1977).

A aferição das condições da demanda, assim como analisado acima, na questão da competência material trabalhista, por uma decorrência lógica e, com efeito, por uma postura coerente do operador do Direito, deve ser feita à luz da reelaborada teoria abstrata do direito de agir, **no plano lógico e abstrato**, *prima facie* e *in statu assertionis*, ou seja, **de acordo com as meras alegações deduzidas pelo autor na petição inicial**.

Segundo *Jorge Pinheiro Castelo* “a legitimação para agir, inclusive para o processo trabalhista, deve ser aferida no plano lógico e abstrato, conforme esclarece a reelaborada teoria abstrata do direito de agir. Significa isso que órgão judicial, ao apreciar a legitimidade para agir das partes, deve considerar a pertinência do direito de

ação à vista do que se afirmou na petição inicial, ou seja, independentemente da efetiva titularidade da relação jurídica de direito material objeto do processo e, até mesmo, da própria existência, ou inexistência, da relação jurídica de direito material afirmada em juízo” (CASTELO, 1996. p. 470-471. Sem grifos no original).

Na mesma esteira caminha Kazuo Watanabe quando afirma, em sua tese de doutorado na USP, que “as ‘condições da ação’ são aferidas no plano lógico e da mera asserção do direito, e a cognição a que o juiz procede consiste em simplesmente confrontar a afirmativa do autor com o esquema abstrato da lei. Não se procede, ainda, ao acertamento do direito afirmado” (WATANABE, 2000, p. 94).

Ora, ultrapassada esta análise processual, mediante procedimento de cognição sumária, superficial e perfunctória, pelo simples confronto entre o conceito de cada uma das condições da demanda e o que foi alegado pela parte reclamante na peça vestibular, a temática passa a ser referente ao mérito do feito.

Observe, na doutrina, que José Roberto dos Santos Bedaque, eminente Desembargador do TJSP e Professor da USP, também em sua tese de doutorado nesta instituição, preleciona no sentido de que “também por isso, se o autor alega ser titular de uma relação jurídica, indicando como sujeito passivo o réu, a sentença que, após cognição adequada, negue tal situação, afirmando ser outro devedor, estará julgando o mérito, ou seja, decidindo a lide trazida pelo autor. Ainda que, equivocadamente, conclua-se pela carência da ação, tal sentença é passível de rescisória” (BEDAQUE, 2001, p. 80-81. Sem grifos no original).

Assim, como já relatado nos casos de invocação de incompetência material, os reclamantes alegam, em regra, que as suas contratações foram fraudulentas aos seus direitos trabalhistas, bem como sempre foram empregados e jamais ocupantes de cargo em comissão nos entes da Administração Pública, que, na oportunidade, estão em juízo na condição de reclamados. Com tais afirmações, segundo a reelaborada teoria abstrata do direito de agir, restam preenchidas as condições da demanda em apreço. No mais, trata-se de matéria pertinente ao mérito da presente demanda, que deve ser analisado pelo Juiz do Trabalho no momento oportuno.

Veja que o artigo 37, inciso II, da Carta Magna de 1988, para efeitos da aferição da pretensa impossibilidade jurídica do pedido, por si só, é insuficiente para o acolhimento da preliminar sob análise, ainda mais quando o trabalhador pleiteia, com fundamento em diversos outros artigos constitucionais, o reconhecimento de vínculo empregatício. A interpretação, no caso, deve ser sistemática e não meramente topológica. Os reclamantes, segundo geralmente se evidencia na análise meramente perfunctória de suas petições iniciais, entendem que, na verdade, a despeito de não terem prestado concurso público, mantiveram, de fato, uma relação de emprego com o ente público, mormente se considerar os princípios da dignidade da pessoa humana do trabalhador, da valorização do trabalho e da primazia da realidade sobre a forma. Assim, na normalidade dos casos que são submetidos ao crivo da Justiça Trabalhista, as pretensões dos reclamantes, que foram contratados sem a prévia submissão ao competente concurso público, encontram eco na interpretação sistemática de diversos artigos constitucionais.

Note-se, ainda, que, segundo a citada teoria reelaborada abstrata, a extinção *liminar* do processo, sem julgamento do mérito, como geralmente requerem os entes públicos em sede de preliminar de defesa, só seria concretizada, se a ausência da competência material trabalhista ou das condições da demanda restasse demonstrada de forma *evidente, escancarada*⁴, no bojo da própria petição inicial, como, por exemplo, na hipótese de um determinado reclamante afirmar nesta que foi contratado, mediante a aprovação prévia em certame, para o regime estatutário e que está entrando em juízo somente para questionar violações, por parte da Administração Pública pertinente, de normas do próprio regime jurídico do servidor público. Mas é importante frisar que estes casos são raros nos pretórios trabalhistas.

Por isso a teoria é denominada de *abstrata*, pois a análise efetiva e de acordo com as circunstâncias do caso concreto ocorrerá apenas no mérito. *Abstrata*, porque a aferição da competência material trabalhista e das condições da ação é realizada apenas considerando **as alegações ou afirmações contidas na peça de ingresso**, sem verificação efetiva, como já ressaltado, das peculiaridades do caso concreto.

Assim, pelos fundamentos acima, dificilmente tais preliminares argüidas pela Administração Pública logram êxito na Justiça do Trabalho.

3 AS DEFESAS DE MÉRITO

3.1 A INCONSTITUCIONALIDADE NA TENTATIVA DE ENQUADRAR O TRABALHADOR QUE EXERCE FUNÇÕES DE BAIXA HIERARQUIA COMO OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO

Um argumento de defesa muito comum, notadamente quando se trata de Município como reclamado trabalhista, é a afirmação de que o trabalhador, que não prestou o devido concurso público para o seu ingresso nos quadros da Administração, era ocupante de cargo em comissão.

Com o devido respeito à opinião em sentido contrário, entendemos que a magistratura do trabalho deve estar atenta a esse tipo de fundamentação, mormente quando se tratar de cargos de hierarquia *inferior* no escalão administrativo do ente público. Inicialmente, deve-se observar que o cargo de provimento comissionado tem como característica o fato de que o seu “titular” exerce as suas funções em caráter instável e tendente a ser provido segundo uma condição interinamente cumprível. Nesse caso, o cargo pode ser da estrutura permanente da entidade pública, mas o exercício de suas funções dá-se mediante comissionamento, que tem como elemento determinante uma vinculação especial e precária entre o agente público competente à escolha e o servidor designado para o desempenho.

O regime jurídico do servidor provido em cargo comissionado obedece a princípios e regras, inclusive constitucionais, que o afastam daquele que prevalece para o que se investe em cargo cujo provimento seja efetivo. Não apenas relativamente ao direito de estabilizar-se, mas até mesmo alguns direitos sociais referidos constitucionalmente como aplicáveis ao trabalhador e ao servidor público (§ 3º do artigo 39), que obedecem a regramentos diversos quando se cuida de servidor investido em cargo de provimento comissionado.

Observe-se, entretanto, que não é qualquer cargo que pode ser legalmente como sendo de provimento comissionado, excluindo-se, por força dessa característica, das exigências de concurso público para nomeação do seu titular. Realmente, consoante a melhor doutrina, nomeações para cargos em comissão são aquelas ao dispor da autoridade para prover cargos descritos na lei como de *confiança*, tendo como principal característica a forte *representatividade* dessa mesma autoridade, pois a representação, em seu âmbito, decidindo por ela, monitorando, orientando, organizando e assessorando. O detentor de cargo de confiança, na verdade, é a *longa manus* do respectivo nomeante. *Por essas razões percebe-se quão necessária é essa fragilidade do liame.* A autoridade nomeante não pode desfazer-se dessa competência para exonerar os titulares de tais cargos, sob pena de não poder contornar dificuldades que surgem quando o nomeado deixa de gozar de sua confiança. A exoneração, nessas hipóteses, é imprescindível, pois com ela se aplaca a ira de todos os envolvidos.

Nesse diapasão, os cargos de provimento em comissão são próprios para a *direção*, *comando* ou *chefia* de certos órgãos, para os quais se necessita de um agente que sobre ser de confiança da autoridade nomeante se disponha a seguir sua orientação, ajudando-a a promover a direção superior da Administração Pública. Também se destinam ao *assessoramento* (artigo 37, inciso V, da Constituição Federal de 1988). Porém, como acentua *Diógenes Gasparini*, “não se pode criar somente cargos em comissão, pois outras razões existem contra essa possibilidade. Tal criação, desmedida e descabida, deve ser obstada, a todo custo, quando a intenção é evidente é burlar a obrigatoriedade do concurso público para o provimento de cargos efetivos. De sorte que os cargos que não apresentam aquelas características ou algumas particularidades entre seu rol de atribuições, como seu titular privar da intimidade administrativa da autoridade nomeante (motorista, copeiro), devem ser de provimento efetivo, pois de outro modo cremos que haverá desvio de finalidade na sua criação e, portanto, possibilidade de sua anulação” (GASPARINI, 2000, p. 231).

Não é por outra razão que preleciona *Cármem Lúcia Antunes Rocha* no sentido de que a “função de confiança é aquela que se caracteriza por ser destinada ao provimento de agentes que atendem a uma qualidade pessoal que o vincula, direta e precariamente, a determinadas diretrizes políticas e administrativas dos governantes em determinado momento. Assim, o elo de vinculação pessoal identifica o agente que é indicado para o exercício da função e denota a sua ligação com a política ou com as diretrizes administrativas estabelecidas. Cuida-se de situação excepcional, que precisa ser considerada e compatibilizada com a impessoalidade, posta como princípio constitucional intransponível e incontornável”. Continua a eminente Professora de Minas Gerais afirmando que “a confiança haverá de ser considerada em relação às condições de qualificação pessoal e à vinculação do agente escolhido com a função a ser desempenhada. Não é possível, juridicamente, tomar como mera função, sem o correspondente no quadro administrativo, um conjunto de atribuições que deve ser instituído como inerente a um cargo público. Nem se há de considerar de confiança o que precisa ser tratado e provido segundo exigências e critérios profissionais insuperáveis. Nem se há de considerar de confiança pessoal condições personalíssimas do agente eleito, como parentesco etc., pois tanto caracterizaria mero nepotismo, proibido constitucional e infraconstitucionalmente, o que vem sendo cumprido, aliás, com rigor pelo Poder Judiciário” (ROCHA, 1999, p. 177).

Referindo-se ao artigo 37, inciso V, da Constituição de República, leciona, ainda, *Cármem Lúcia Antunes Rocha* afirmando que “pelos termos claros e taxativos da norma, vê-se, pois, que inexistente possibilidade de ter o legislador infraconstitucional discricionariedade para dispor sobre a natureza do provimento de cargo público que não seja de direção, chefia e assessoramento, pois não tendo tais atribuições há vinculação legislativa, e o provimento de tal cargo é, necessariamente e pelo fundamento constitucional, efetivo” (ROCHA, 1999, p. 179).

Pois bem. O que se tem constatado cotidianamente na Justiça Federal do Trabalho é aquilo que se observa com freqüência na organização do pessoal do serviço público, ou seja, classificação como “em confiança” de inúmeros cargos, que melhor seriam categorizados como efetivos e, mais corretamente ainda, dispostos em carreira. Esses expedientes configuram autênticos desvios de finalidade (ou de poder) pelo uso indiscriminado e abusivo, por meio de edições de leis, cargos em comissão, **para funções de baixa hierarquia e de nenhuma representatividade da autoridade, sem qualquer função de direção e assessoramento**, mas apenas para que a autoridade possa nomear os cidadãos que deseje, *sem o incômodo e inconveniente concurso público*, tão sabiamente exigido pelo legislador constituinte.

Os Juízes Federais do Trabalho normalmente se deparam com um típico desvio de finalidade, mediante ato cuja forma respeita um modelo legal, mas o seu conteúdo é destinado a fraudar a legislação trabalhista e a Constituição Federal, especificamente no que tange ao seu artigo 37, inciso II. O expediente supra transcrito é absolutamente inadmissível diante dos preceitos do Direito do Trabalho e, principalmente, diante das normas consagradas no plano constitucional, contrariando, neste caso, o princípio expresso no artigo 37, inciso II, segundo o qual a regra é a investidura em cargo ou emprego público mediante prévia aprovação em concurso e a *exceção* são as nomeações para cargo em comissão.

De fato, não se pode afirmar, por exemplo, que um dado reclamante, nas honradas, porém humildes (na escala hierárquica da Administração Pública), funções de “enfermeiro padrão”, “lixeiro”, “motorista de ônibus escolar municipal”, “copeira”, “vigilante”, “enfermeiro do posto de saúde”, “zelador”, dentre tantas outras, represente um Município nos moldes constitucionalmente exigidos para o real provimento de cargo em comissão. Indiscutivelmente, diante de uma situação dessa, entendemos que o Magistrado Trabalhista deve declarar, *incidentalmente*, que o formal provimento para os pretensos cargos em comissão foi **inconstitucional** e, com efeito, não lhe atribuir eficácia jurídica.

Tais funções, ilustrativamente mencionadas no parágrafo acima, inegavelmente, não correspondem à ocupação de um cargo de *chefia* na escala administrativa municipal (regra geral), estadual ou federal. Além do mais, tratam-se de cargos típicos de carreira pública, relacionados a prestação de serviços de utilidade pública imediata, que necessitam, certamente, para os seus provimentos, de prévia realização de concurso público.

Entender-se o contrário, com o devido respeito, é coroar o malsinado desvio de finalidade nos atos da Administração Pública, bem como, com todo merecido respeito, desconhecer por completo a verdadeira interpretação das normas constitucionais que casos, como estes, exigem.

Sendo assim, este argumento de mérito (ocupação de cargo em comissão de livre nomeação e exoneração), quando se tratar das situações mencionadas acima, deve ser rejeitado pelos Juízes do Trabalho.

3.2 A INCONSTITUCIONALIDADE DO CONTRATO FORMALMENTE CELEBRADO COMO TEMPORÁRIO, POR EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO, QUANDO INEXISTIR UMA SITUAÇÃO FÁTICO-JURÍDICA QUE O AUTORIZASSE

Igualmente ao item anterior, embora com menos frequência, tem-se constatado, sobretudo nas Administrações Públicas municipais, a tentativa de enquadramento desse pessoal contratado sem a prévia submissão ao certame público na hipótese tipificada no artigo 37, inciso IX, da Constituição da República, ou seja, em casos de contratação temporária por excepcional interesse público. Contudo, a magistratura trabalhista deve estar atenta a esse tipo de argumento, notadamente porque, via de regra, o que se tem verificado é que na maioria deles não existe o enquadramento naquelas situações aventadas pela lei nº 8.745/93, que regulamentou o citado dispositivo constitucional.

Ora, não havendo a comprovação de uma situação de urgência para contratação sem concurso público (minoração de casos de calamidade pública ou combate a surtos endêmicos, por exemplo), outra alternativa não resta ao Juiz do Trabalho senão a declaração de nulidade de tais contratos formais, reconhecendo, para fins de expedição de ofícios aos órgãos competentes (Ministério Público, Tribunal de Contas, Parlamento, etc.), que a conduta administrativa é passível de apuração no sentido de se verificar se foi um caso ou não de ato de improbidade.

É importante verificar que, neste tipo de defesa, o que interessa é verificar se houve ou não ato de improbidade administrativa, dever funcional de todo agente estatal, inclusive dos magistrados federais do trabalho, intimamente relacionado à preservação da intangibilidade do interesse público. A questão trabalhista, no caso, resta praticamente sem controvérsias, uma vez que, regular ou não, o contrato será regido pela CLT e, como tal, o trabalhador terá assegurado todos os direitos trabalhistas compatíveis com o modo de terminação contratual.

3.3 A FLAGRANTE INCONSTITUCIONALIDADE DO ENUNCIADO Nº 363 DO C. TST

Nesta oportunidade, passa-se a enfrentar a questão principal deste singelo artigo, relacionada à alegação deduzida pelos entes públicos no sentido de que a contratação sem concurso público é nula de pleno direito e, portanto, não gera nenhum efeito jurídico. O Colendo Tribunal Superior do Trabalho firmou posicionamento, nesses casos, através do malsinado Enunciado nº 363 da seguinte redação: **“A contratação de servidor público, após a Constituição de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no seu art. 37, II, e § 2º, somente conferindo-lhe direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o salário-mínimo/hora”**.

Neste particular, de logo, esclarecemos que não acompanhamos essa jurisprudência majoritária do TST, esposada através do citado Enunciado nº 363. A razão é simples: *não se deve interpretar isoladamente nenhum dispositivo constitucional!!!*

Deveras, o Tribunal Superior do Trabalho, na confecção do referido Enunciado, teve em mira apenas o artigo 37, inciso II, da Carta Magna, e, aparentemente, desprezou outros dispositivos de não menos importância. A análise dessa matéria, como é do conhecimento da grande maioria dos operadores do Direito do Trabalho, é por demais polêmica. Assim, para uma melhor compreensão da nossa posição, fazem-se necessárias algumas notas de conotação doutrinárias.

Segundo preleciona *Luis Roberto Barroso* “o ponto de partida do intérprete há de ser sempre os *princípios constitucionais*, que são o conjunto de *normas* que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra correta que vai reger a espécie” (BARROSO, 1998, p. 141. Sem grifos no original).

É importante assinalar, neste momento, que já se encontra superada, na melhor doutrina constitucional, a distinção que outrora se fazia entre **normas** e **princípios**. Hodiernamente, a expressão *norma jurídica* é o gênero do qual são espécies as *regras* e os *princípios*. Estes, aliás, sobretudo os que estão inseridos no bojo da Constituição, pelo maior grau de generalidade, gozam de maior prestígio, ou seja, devem ser o ponto de partida do intérprete. Daí falar-se em *hegemonia normativa* dos princípios jurídicos.

Tal concepção, entretanto, é fruto de uma evolução histórica reflexiva e amadurecida por parte da doutrina com relação à temática. Nesse contexto, o caráter normativo ou a juridicidade dos princípios passou por três fases distintas. Em um primeiro momento, na fase *jusnaturalista*, havia um posicionamento dos mesmos na esfera meramente abstrata e metafísica, onde eram reconhecidos como inspiradores de um ideal maior de justiça na confecção do Direito. Em outras palavras, nesta fase inicial, a eficácia dos princípios jurídicos cingia-se a uma dimensão ético-valorativa do sistema, de forma que o caráter normativo dos mesmos era praticamente nulo. Em uma segunda fase, a *juspositivista*, a função dos princípios era somente a de servir de fonte de integração do Direito, na eventualidade de lacuna legislativa. Neste caso, o valor deles era o fato de derivarem das leis, e não por ser um ideal de justiça, como acontecia na fase precedente. É evidente que, nesse contexto, o caráter normativo dos mesmos era muito precário e, portanto, careciam de uma importância maior para operacionalização do sistema, posto que somente eram invocados na ausência de disposição *expressa* por parte deste. Finalmente, a fase atual, denominada pela doutrina de *pós-positivista*, onde prepondera a hegemonia axiológica e normativa dos princípios. Nesta fase, estes conquistaram a verdadeira dignidade de normas jurídicas vinculantes, vigentes e eficazes para muito além da atividade de integração do Direito (ESPÍNDOLA, 1999, p. 58-59).

Segundo *Paulo Bonavides*, indiscutivelmente um dos maiores constitucionalistas pátrios, “a importância vital que os princípios assumem para os ordenamentos jurídicos se torna cada vez mais evidente, sobretudo se lhes examinarmos a função e presença nos corpos das Constituições contemporâneas, *onde aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na Hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional*” (BONAVIDES, 2000, p. 260. Sem grifos no original). Portanto, é esse o pensamento e a premissa que deve partir o intérprete do caso que estamos apreciando, ou seja, da realização dos valores, mormente os constitucionais, que estão implantados nos princípios.

Ainda como preleciona o notável Professor radicado no Ceará, “em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssima teor densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento os princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, com espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios” (BONAVIDES, 2000, p. 265).

Segundo as lições de *José Joaquim Gomes Canotilho*, a Constituição é um *sistema normativo aberto de regras e princípios*. Nesse contexto, como se trata do tema central deste trabalho, é importante verificar, resumidamente, a própria decomposição do conceito acima em suas palavras. Assim, a Constituição é um *sistema jurídico* porque é um sistema dinâmico de normas; é um *sistema aberto* porque tem uma *estrutura dialógica*, ou seja, traduz-se na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da “verdade” e da “Justiça”; é um *sistema normativo*, porque as expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, são estruturadas através de normas; por fim, é um *sistema de regras e de princípios*, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de *princípios* como sob a sua forma de *regras* (CANOTILHO, 2002, p. 1145).

Muito bem, superada a questão acima, faz-se oportuno dizer que não há, é certo, entre umas e outras normas jurídicas constitucionais, hierarquia em sentido normativo, por isso que, pelo princípio da unidade da Constituição, todas as normas constitucionais encontram-se no mesmo plano. Realmente, segundo o já citado *José Joaquim Gomes Canotilho*, eminente Professor da Faculdade de Direito de Coimbra e da Universidade Autónoma de Lisboa, “o princípio da unidade hierárquico-normativa significa que todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais, nem hierarquia de supra-infra ordenação dentro da lei constitucional). Como se irá ver em sede de interpretação, o princípio da unidade normativa conduz à rejeição

de duas teses, ainda hoje muito correntes na doutrina do direito constitucional: (1) a tese das *antinomias normativas*; (2) a tese das *normas constitucionais inconstitucionais*. O princípio da unidade da constituição é, assim, expressão da própria *positividade normativo-constitucional* e um importante elemento de interpretação (cfr., infra). Compreendido dessa forma, o princípio da unidade da constituição é *uma exigência da 'coerência normativa' do sistema jurídico*. O princípio da unidade, como princípio de decisão, dirige-se aos juízes e a todas as autoridades encarregadas de aplicar as regras e princípios jurídicos, *no sentido de as 'lerem' e 'compreenderem', na medida do possível, como se fossem obras de um só autor*, exprimindo uma concepção correta do direito e da justiça (Dworkin). Neste sentido, embora a Constituição possa ser uma 'unidade dividida' (P. Badura) dada a diferente configuração e significado material das suas normas, isso em nada altera a *igualdade hierárquica* de todas as suas regras e princípios quanto à sua validade, prevalência normativa e rigidez". E arremata o culto Professor português, com o brilho que lhe é peculiar, dizendo que o intérprete deve "considerar a constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar (...) Daí que o intérprete deve sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios" (CANOTILHO, 2002).

Não é outra a lição de *Inocêncio Mártires Coelho* quando afirma que "segundo essa regra de interpretação, as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados no sistema num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído na e pela Constituição. Em consequência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como *unidade*, do que resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra, até porque o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes" (MÁRTIRES COELHO, 2003, p. 40-41).

Sem embargo, é possível, entretanto, admitir a existência de uma hierarquia *axiológica* entre as normas constitucionais. Tal informação, aliás, é extremamente importante, pois, muitas vezes, será o norte do intérprete na busca da melhor solução de um dado caso concreto. Em verdade, como já dito, entre os princípios constitucionais não existe uma antinomia direta, mas, na eventualidade de não se poder aplicar concomitantemente dois deles, deve-se resolver a aparente contradição pelo critério da *preponderância axiológica* de um sobre o outro, atendendo, assim, a solução que mais interessa à sociedade. É imperioso observar que tudo o que foi dito não implica, necessariamente, em supremacia constante de um princípio sobre o outro. Nada disso. É a riqueza do caso concreto que dirá qual é a norma principiológica que deve ser devidamente aplicada para resolver o litígio sujeito à apreciação no momento, ou seja, a partir dessa situação fática alegada, o intérprete deve verificar qual o *valor* previsto na Constituição Federal que interessa mais a coletividade e, depois disso, encontrar a solução para o caso.

Assim, deve-se notar que nada impede que as normas *de mesma hierarquia* tenham funções distintas dentro do ordenamento jurídico. Consoante preleciona *Jorge Miranda*, outro emérito constitucionalista português, "aos princípios cabe, além de uma

ação imediata, quando diretamente aplicáveis a determinada relação jurídica, uma outra, de natureza mediata, que é a de funcionar como critério de interpretação e integração do Texto constitucional” (MIRANDA, 1983, p. 199). Na mesma linha doutrinária, ao prefaciá-lo seu admirável “Tratado de Direito Privado”, averbou *Pontes de Miranda* que “os sistemas jurídicos são sistemas lógicos, compostos de proposições que se referem a situações da vida, criadas pelos interesses mais diversos” (MIRANDA, 1954, p. IX). Nesse contexto, a função social do Direito é dar valores a essas situações, interesses e bens, e regular-lhes a distribuição entre os homens.

Na fecunda formulação de sua teoria tridimensional do direito, demonstrou *Miguel Reale* que a norma jurídica é a síntese resultante de fatos ordenados segundo distintos valores. Com efeito, leciona ele, onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica, etc.); um valor, que confere determinada significação a esse fato; e, finalmente, uma norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor (REALE, 1995).

Os princípios constitucionais, nesse diapasão, são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. A Constituição, como se sabe, é um sistema de normas. Ela não é um simples agrupamento de regras que se justapõem ou que se superpõem. A idéia de sistema funda-se na harmonia, de partes que convivem sem atritos. Não se pode esquecer que em toda ordem jurídica existem valores superiores, bem como diretrizes fundamentais, que “costuram” suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, que, pela sua hegemonia, irradiam-se por todo o sistema, indicando o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos (BARROSO, 1998, p. 142-143). Em passagem que já se tornou clássica na doutrina, escreveu *Celso Antonio Bandeira de Mello* que “princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico...”. E continua, com o brilhantismo de sempre, dizendo que “violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais...” (MELLO, 2001, p. 771-772).

Os grandes princípios de um sistema jurídico são normalmente enunciados em algum texto de direito positivo. Não obstante, e sem pretender enveredar por discussão filosófica acerca do positivismo e jusnaturalismo, tem-se, aqui, como fora de dúvida que esses bens sociais supremos existem fora e acima das letras expressas das normas legais, e nelas não se esgotam, até porque não têm caráter absoluto e se encontram em permanente mutação. No comentário de *Jorge Miranda*, “o Direito nunca poderia esgotar-se nos diplomas e preceitos constantemente publicados e revogados pelos órgãos do

poder” (MIRANDA, 1983, p. 197). Deixando-se de lado os chamados princípios gerais do direito, que constituem uma discussão à parte, é bem de ver que os próprios princípios de interpretação constitucional (princípio da supremacia da Constitucional, da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público, da interpretação conforme a Constituição, da unidade da constituição, da razoabilidade e da proporcionalidade e, por fim, da efetividade), que integram, sem sombra de dúvida, o sistema constitucional positivo, não são, na sua generalidade, objetos de disposição expressa.

É possível enquadrar os princípios constitucionais, quanto ao seu conteúdo, em uma tipologia. Com efeito, segundo as lições de *Luiz Roberto Barroso*, existem princípios constitucionais de organização, como os que definem a forma de Estado, a forma, o regime e o sistema de governo. Existem, também, princípios constitucionais cuja finalidade precípua é estabelecer direitos, isto é, resguardar situações jurídicas individuais, como os que asseguram o acesso à Justiça, o devido processo legal, a irretroatividade das leis, etc. Por igual, existem princípios de caráter programático, que estabelecem certos valores a serem observados (livre iniciativa, função social da propriedade) ou fins a serem perseguidos, como a justiça social. É de maior proveito, contudo, para a compreensão do tema ora enfrentado, sistematizar os princípios constitucionais de acordo com o seu grau de destaque no âmbito do sistema e sua conseqüente abrangência. Aos princípios calha à peculiaridade de se irradiarem pelo sistema normativo, repercutindo sobre outras normas constitucionais e daí se difundindo para os escalões normativos infraconstitucionais. Pelo critério da preponderância axiológica, pode-se afirmar que nem todos os princípios, no entanto, possuem o mesmo raio de atuação, posto que variam de amplitude de sua aplicação e mesmo na sua influência. Deste modo, dividem-se em princípios *fundamentais*, princípios *gerais* e princípios *setoriais* ou *especiais* (BARROSO, 1993).

Os princípios *fundamentais* são aqueles que contêm as decisões políticas estruturais do Estado. Constituem, como afirmam *Canotilho* e *Vital Moreira*, a “síntese ou matriz de todas as normas constitucionais, que àquelas podem ser direta ou indiretamente reconduzidas” (CANOTILHO, & MOREIRA, 1991, p. 66). São tipicamente os fundamentos da organização política do Estado, correspondendo aos princípios constitucionais de organização, ou seja, substanciam a opção política entre Estado unitário e federação, república ou monarquia, presidencialismo ou parlamentarismo, regime democrático, etc. Segundo *Luís Roberto Barroso* “esses princípios constitucionais fundamentais, exprimindo, como já se disse, a ideologia política que permeia o ordenamento jurídico, constituem, também, o núcleo imodificável do sistema, servindo como limite às mutações constitucionais. Sua superação exige um novo momento constituinte originário. Nada obstante, esses princípios são dotados de natural força de expansão, comportando desdobramentos em outros princípios e em ampla integração infraconstitucional” (BARROSO, 1998, p. 145).

Segundo esse autor, à vista do direito posto, são princípios constitucionais do Estado brasileiro, dentre outros, os seguintes princípios: o *republicano*, o *federativo*, o *do estado democrático de direito*, o *da separação dos poderes*, o *presidencialista* e o *da livre iniciativa*. Segundo esse constitucionalista, “se o constituinte de 1988 não tivesse dito mais nada; se a Carta cifrasse um único artigo que abrigasse os princípios acima,

ainda assim ter-se-iam os contornos essenciais do Estado que se pretendeu criar. Se se deixasse tudo o mais para o legislador ordinário, não poderia ele desfigurar o modelo básico que a ele se impôs” (BARROSO, 1998, p. 147).

Nós entendemos, respeitando todo entendimento em sentido contrário, que os princípios da *dignidade da pessoa humana*⁵ e dos *valores sociais do trabalho*⁶, inequivocamente implantados no texto constitucional, também estão inseridos no conceito princípios fundamentais da ordem jurídica, notadamente por são corolários lógicos dos que foram citados acima. Na verdade, já é bom que se diga que o tratamento da dignidade da pessoa humana, bem como a dimensão social do trabalho, como valor ou princípio jurídico e, com efeito, o seu caráter preferencialmente deontológico ou axiológico-teleológico, revela-se decisivo para se definir o papel dos intérpretes e aplicadores da Constituição nas sociedades democráticas e contemporâneas.

Os princípios constitucionais **gerais**, por sua vez, embora *não integrem o núcleo da decisão política formadora do Estado*, são, normalmente, importantes especificações dos princípios fundamentais. Têm eles menor grau de abstração e ensejam, em muitos casos, a tutela imediata das situações jurídicas que contemplam. São princípios que se irradiam por toda a ordem jurídica, *como desdobramento dos princípios fundamentais*. São exemplos: o princípio da legalidade, da isonomia, do juiz natural, da segurança jurídica, da liberdade, do acesso ao judiciário, etc.

Por fim, os princípios **setoriais ou especiais**, que são aqueles que presidem um específico conjunto de normas vinculadas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Eles se irradiam limitadamente, mas no seu âmbito de atuação são supremos. Por vezes são meros detalhamentos dos princípios gerais, como os princípios da legalidade tributária ou da legalidade penal. Outras vezes são autônomos, como o princípio da anterioridade em matéria tributária ou o do concurso público em matéria administrativa.

Por ora, pode-se concluir o seguinte: *os princípios da valorização social do trabalho e do respeito à dignidade da pessoa humana possuem o ‘status’ de princípios constitucionais fundamentais do nosso ordenamento jurídico, o que, pelo menos plano axiológico, já denotam uma posição de destaque no bojo da própria Carta Magna; Por outro lado, o princípio constitucional da exigência de prestação de concurso público, para aqueles que se destinam a ingressarem nos quadros da Administração Pública, possui a natureza de princípio constitucional setorial.*

Portanto, os princípios citados, *embora com preponderância axiológica dos dois primeiros*, constituem normas jurídicas constitucionais e, pelo princípio hermenêutico da *unidade* da Constituição, possuem o mesmo grau de hierarquia, pelo aspecto meramente normativo, dentro do nosso ordenamento jurídico. Assim, fica óbvio concluir que, diante de uma situação concreta que os envolva, faz-se necessário, no ato de aplicação do Direito, estabelecer uma **interpretação sistemática**, sob pena de se quebrar a unidade de todo ordenamento jurídico.

Norberto Bobbio, acerca dos princípios da unidade e coerência do ordenamento jurídico, preleciona o seguinte: “no capítulo anterior falamos da *unidade* do ordenamento jurídico, e mostramos que se pode falar de unidade somente se se pressupõe como base

do ordenamento uma norma fundamental com a qual se possam, direta ou indiretamente, relacionar todas as normas do ordenamento. O próximo problema que se nos apresenta é se um ordenamento jurídico, além de sua unidade, constitui também um *sistema*. Em poucas palavras, se é uma *unidade sistemática*. Entendemos por ‘sistema’ uma *totalidade ordenada*, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa condição” (BOBBIO, 1997, p. 71).

Assim, percebe-se claramente a necessidade de se interpretar sistematicamente toda ordem jurídica, o que inclui, obviamente, os casos de contratação sem concurso público por parte da Administração Pública e o princípio constitucional da preservação do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana do trabalhador. A interpretação literal e isolada de um dispositivo (como é, aparentemente, o caso da jurisprudência majoritária do TST na elaboração do Enunciado nº 363) é o meio mais pobre de todos os métodos de interpretação. Os métodos mais completos e eficazes de interpretação são, indubitavelmente, o sistemático e o teleológico, tudo isso sem sequer falarmos em interpretação crítica do Direito. Veja, aliás, a posição da melhor doutrina acerca desses métodos de interpretação.

Luís Roberto Barroso, voz corrente neste artigo e cujas lições mais uma vez são oportunas, afirma que “uma norma constitucional, vista isoladamente, pode fazer pouco sentido ou mesmo estar em contradição com outra. Não é possível compreender integralmente alguma coisa – seja um texto legal, uma história ou uma composição – sem entender suas partes, assim, como não é possível entender as partes de alguma coisa sem a compreensão do todo. A visão estrutural, a perspectiva de todo o sistema, é vital”. Afirma, ainda, que “o método sistemático disputa com o teleológico a primazia do processo interpretativo. O direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente. A interpretação sistemática é fruto da idéia de unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas”. E arremata dizendo que, “no centro do sistema, irradiando-se por todo o ordenamento, encontra-se a Constituição, principal elemento de sua unidade, porque a ela se reconduzem todas as normas de âmbito do Estado. A Constituição, em si, em sua dimensão interna, constitui um sistema. Essa idéia de unidade interna da Lei fundamental cunha um princípio específico, derivado da interpretação sistemática, que é o *princípio da unidade da Constituição*, para o qual se abre um capítulo específico mais adiante. *A constituição interpreta-se como um todo harmônico, onde nenhum dispositivo deve ser considerado isoladamente. Mesmo as regras que regem situações específicas, particulares, devem ser interpretadas de forma que não se choquem com o plano geral da Carta.* Além dessa unidade interna, a Constituição é responsável pela unidade externa do sistema” (BARROSO, 1998, p. 127-128).

Veja, nesse sentido, a conclusão de *Tércio Sampaio Ferraz JR.* acerca do método sistemático de interpretação: “A primeira e mais importante recomendação, nesse caso, é de que, em tese, qualquer preceito isolado deve ser interpretado em harmonia com os princípios gerais do sistema, para que se reserve a coerência do todo. Portanto, nunca devemos isolar o preceito nem em seu contexto (a lei em tela, o código: penal, civil, etc.) e muito menos em sua concatenação imediata (nunca leia um só artigo, leia também os parágrafos e os demais artigos)” (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 285). Pelo brilhantismo de sempre, simplesmente ficarão sem comentários as lições deste eminente Professor da USP.

Veja, a respeito da temática, o que preleciona *Miguel Reale*: “Nada mais errôneo do que, tão logo promulgada uma lei, pinçarmos um de seus artigos para aplicá-lo isoladamente, sem nos darmos conta de *seu papel ou função no contexto do diploma legislativo*. Seria tão precipitado e ingênuo como dissertarmos sobre uma lei, sem estudo de seus preceitos, baseando-nos apenas em sua ementa... . Estas considerações iniciais visam pôr em realce os seguintes pontos essenciais da que denominamos *hermenêutica estrutural*: a) toda interpretação jurídica é de natureza teleológica (finalística) fundada na consistência axiológica (valorativa) do Direito; b) toda interpretação jurídica dá-se numa estrutura de significações, e não de forma isolada; c) cada preceito significa algo situado no todo do ordenamento jurídico” (REALE, 1995, p. 286-287).

*Assim, à luz da fundamentação doutrinária supra, pode-se afirmar, inequivocamente e com todas as letras, que o artigo 37, inciso II, da Constituição da República, nunca poderia ter sido interpretado isoladamente pela jurisprudência majoritária do TST, manifestada através do combatido Enunciado nº 363. Antes, pelo contrário, deveria ser interpretado, sistematicamente, à luz do princípio da proporcionalidade⁷, junto com os artigos 1º, incisos III e IV, 170 e 193, também da Carta Magna, que apresentam, escancaradamente, uma nítida postura ideológica do legislador constituinte, no sentido da valorização do trabalho humano e da preservação da dignidade do trabalho, que, nesse caso, gozam de uma **preponderância axiológica** em detrimento daquele.*

Nesse sentido, são as lições do Professor *José Affonso Dallegrave Neto*, Doutor em Direito do Trabalho pela UFPR, quando afirma que “o moderno Direito do Trabalho não se preocupa apenas em tutelar o empregado – parte hipossuficiente. Protege-se acima de tudo o *valor trabalho* e a dignidade da pessoa do trabalhador – e por corolário o seu contrato e o seu salário. Referidos valores posicionam-se em suprema hierarquia dentro da Constituição Federal”. E continua, brilhantemente, a sua explanação afirmando que “o art. 170 da CF/88 diz com todas as letras que a ordem econômica é ‘fundada na valorização do trabalho humano’. Da mesma forma o art. 193 dispõe que ‘a ordem social tem com base o primado do trabalho’. E, ainda, o próprio preâmbulo, art. 1º, III e IV, declara que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos: ‘a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho’. Portanto, o trabalho é, dentro da classificação de *Gomes Canotilho*, um dos princípios jurídicos fundamentais”. Finaliza dizendo que, “se pelo não-cumprimento de algum requisito essencial, o contrato for nulo, ‘isso não pode redundar em prejuízo ao trabalhador’. O princípio da continuidade aponta para um

máximo de aproveitamento dos efeitos dimanados da relação de emprego. Quanto ao salário, a proteção é tamanha que em face do seu caráter alimentício advém a premissa de que ‘trabalho feito é salário ganho’” (DALLEGRAVE NETO, 2002, p. 140).

Ainda acerca da interpretação sistemática, percebe-se que, majoritariamente, a jurisprudência tem exercido-a amplamente, no plano *infraconstitucional*, para fundamentar a aplicação de efeitos decorrentes de atos jurídicos ilícitos, mormente quando se trata de fraude à legislação trabalhista⁸. Contudo, o que vem ocorrendo acerca destes casos, envolvendo contratação irregular pela Administração Pública, *na prática*, é o seguinte: admitem-se, tranqüilamente, a interpretação sistemática no plano *infraconstitucional*, como se viu, e, no plano *constitucional*, como é a questão discutida no caso em apreço, simplesmente interpretam, isoladamente, o artigo 37, inciso II.

Um absurdo!

É imperioso notar que a Constituição, no plano jurídico-positivo, constitui o *ápice* da pirâmide normativa, ou seja, é o fundamento de validade de toda ordem jurídica. Assim, devido a sua importância vital para o ordenamento jurídico, a sua interpretação é de suma relevância para a melhor compreensão do sistema. Deve-se buscar, sempre, a função de suas normas dentro da sociedade, em outras palavras, deve-se perquirir a carga ideológica desse diploma legislativo. Cresce, assim, nesse contexto, a importância da interpretação teleológica do Direito. Chama-se teleológico o método interpretativo que procura revelar o fim da norma, o valor ou o bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de um dado preceito⁹. *Mozart Victor Russomano* observa que “Na interpretação e na aplicação da lei trabalhista ninguém pode abdicar do método sociológico – avaliando a norma em função da realidade sociohistórica – e muito menos do método teleológico, que revela a finalidade humana e solidarista das leis reguladoras do trabalho e protetoras do trabalhador. Isso importa afirmar que o juiz não se pode ater ao que o legislador quis, ao elaborar a norma. Deve, ao mesmo tempo, procurar descobrir como ele quereria que sua lei fosse interpretada no momento de sua aplicação” (RUSSOMANO, 2002, p. 48).

Num caso concreto trabalhista, é indubitável o intuito do legislador constitucional em prestigiar os valores sociais do trabalho e a dignidade da pessoa humana do trabalhador¹⁰. A Constituição e as leis, portanto, visam acudir certas necessidades e devem ser interpretadas no sentido que melhor atenda à finalidade para a qual foi criada. O legislador brasileiro em uma das raras exceções em que editou uma lei de cunho interpretativo, agiu, precisamente, *para consagrar o método teleológico*, ao dispor, no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil ainda em vigor, que na aplicação da lei o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Ora, na presente temática, se for efetivamente o caso, ou seja, mediante a tipificação dos pressupostos fático-jurídicos da relação empregatícia, com a devida *venia*, a aplicação dos fins sociais desejados pelo legislador constitucional, diante dos princípios constitucionais da valorização do trabalho e da dignidade do trabalhador (artigos 1º, III e IV, 170 e 193), inevitavelmente resultam no reconhecimento de vínculo com a Administração Pública *até o último dia trabalhado pelo obreiro*.

Prestigia-se, destarte, os referidos princípios constitucionais, bem como o princípio norteador do Direito do Trabalho, que é o da proteção. Entender o contrário, *data venia*, é correr em direção oposta às conquistas angariadas durante toda a história do trabalho humano e, por conseqüência, do Direito do Trabalho. Portanto, entendemos que, nos casos de contratação irregular da Administração Pública, sem a devida prestação de concurso público, deve-se reconhecer a *existência* de relação de emprego, repita-se, até o último dia trabalhado.

Por outro lado, faz-se mister perceber que a exigência de concurso público, segundo a melhor doutrina, destina-se, em princípio, à própria Administração Pública. Ora, se a mesma descumpriu esse dever constitucional, contratando sem concurso, beneficiando-se de trabalho subordinado, não pode vir a juízo e se locupletar da sua própria torpeza. É um absurdo, segundo entendemos, beneficiar a Administração Pública, que, ao lado de sujeições, goza de um regime de prerrogativas, em detrimento da pessoa humana do trabalhador. Nada disso! O contrato de emprego, embora inválido por inobservância da forma prescrita no texto constitucional, *existiu e é eficaz* com a produção de efeitos jurídicos até, como já se disse, o último dia trabalhado pelo reclamante. Ato contínuo, depois de identificadas as autoridades responsáveis pela contratação irregular, através de procedimentos investigatórios dirigidos pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas, deverá se proceder às conseqüências cabíveis nas esferas administrativa, civil e criminal.

Nesse diapasão, só não se reconhece a eficácia total ao contrato de emprego, no nosso entendimento, se o empregado tiver atuado na contratação de má-fé¹¹, que, diga-se de passagem, seria ônus probatório da Administração Pública, por ser um fato impeditivo a aquisição de direitos trabalhistas por parte do obreiro. Tal fato, aliás, não é de difícil ocorrência prática, basta lembrar o caso de pessoas esclarecidas, inclusive bacharéis em Direito, que são parentes de chefes do Poder Executivo e, nessa condição “de vantagem”, ganham uma forcinha para o ingresso nos quadros públicos.

No entanto, o que ocorre, via de regra, é o oposto, ou seja, na grande maioria dos casos, quem vem a juízo são as pessoas mais humildes da comunidade, notadamente no norte e nordeste brasileiros, que sequer sabem o que é um concurso público. Elas, no seu imaginário, vêem o Município (na verdade, na linguagem popular, a “prefeitura”) como se fosse uma “empresa”, na qual o Prefeito seria o grande empresário, que, à época da política, emprega todo mundo, trocando o “emprego” por eventuais votos. É isso que se tem visto nesse imenso Brasil, salvo raríssimas exceções. Há, também, a situação da contratação por motivos políticos (busca de votos, por exemplo), sob a capa simulada de cargo comissionado, conduta que deve ser veementemente combatida pela magistratura federal especializada e, na solução dos casos, atentando para a evolução histórica do Direito do Trabalho, deve-se dar a interpretação jurídica que seja mais favorável ao trabalhador.

Nesse contexto, uma pergunta revela-se inevitável: diante de tal situação, deve o humilde trabalhador ficar “a ver navios”??? Com o devido respeito, pelas razões até então expostas, a resposta deve ser negativa.

Em resumo, são duas coisas distintas: uma, é que a relação de emprego existiu no plano fático e é eficaz até o último dia de trabalho, surtindo, assim, todos os efeitos jurídicos compatíveis com a forma de terminação do respectivo contrato, a “rescisão” contratual, aqui entendida em seu sentido técnico, como lhe atribui a doutrina, como logo

se verá. Só não gerará todos os efeitos jurídicos em casos de má-fé do obreiro, desde que, como já se disse, devidamente comprovada pela reclamada; outra coisa é a responsabilidade (administrativa, civil e criminal) das autoridades responsáveis pela contratação irregular (isto é, sem a observância do concurso ou através de terceirização fraudulenta). Nada impede, aliás é o que é juridicamente impositivo, que a Administração ajuíze uma demanda regressiva contra estas.

Uma outra questão ainda se impõe. Muito se fala por aí em supremacia do interesse público sobre o privado, isto é, do Estado (Administração Pública em sentido amplo) em detrimento do trabalhador isolado. Com o devido respeito, a tese não convence. Em muitos casos o interesse da Administração Pública em nada se compatibiliza com o interesse da sociedade. Basta lembrar os casos em que ela, no intuito de não conferir direitos muitas vezes líquidos e certos dos cidadãos, utiliza-se de todas as instâncias recursais, contribuindo, assim, para a atual crise de morosidade do Poder Judiciário. Não é a toa que a doutrina mais abalizada defende com unhas e dentes que o Estado é o maior transgressor dos direitos e garantias individuais, bem como é o maior beneficiário do sistema jurídico vigente.

A finalidade do Estado, como se sabe, é a realização do bem comum em favor de todos os membros da coletividade. Ora, indiscutivelmente, no caso em consideração, o interesse da sociedade é a valorização do trabalho humano e, por conseqüência, da dignidade daquele que colocou suas forças à disposição de outrem. É a maneira mais justa de resolver o conflito entre o capital e o trabalho, um dos causadores das inúmeras mazelas sociais existentes. Destarte, por supremacia do interesse público no caso, deve-se entender acima de tudo a elevação do respeito à dignidade do ser humano trabalhador¹², bem como a valorização social do trabalho, como condição fundamental para o sadio convívio em sociedade.

Muito bem.

Diante de tal quadro até então apresentado, contudo, uma coisa é certa: o fato jurídico trabalho, prestado por um empregado para a Administração Pública sem a devida observância da exigência constitucional do concurso público, não pode passar despercebido por este juízo na avaliação da temática. A matéria, agora, volta-se para o estudo dos elementos jurídico-formais da relação de emprego e da teoria das nulidades. Assim, breves palavras, de corte doutrinário, são necessárias.

3.4 A VISÃO ESTRUTURAL DO CONTRATO DE EMPREGO: PLANOS DA EXISTÊNCIA, DA VALIDADE E DA EFICÁCIA

O contrato de emprego, em sua visão estrutural, segundo preleciona *José Affonso Dallegrave Neto*, em sua obra “Contrato Individual de Trabalho – Uma Visão Estrutural”, resultado de sua dissertação de mestrado na UFPR, deve ser analisado em três planos distintos: existência, validade e eficácia.

No plano da existência, tudo se resume a investigar o suporte fático. Afirma o autor que, “com efeito, quando todos os elementos que formam o *suporte fático* estão

materializados, diz-se haver *suficiência* do suporte fático e, por conseguinte, a norma jurídica está apta a incidir. Por outro lado, a sua *insuficiência* impede a incidência da norma, vez que o negócio jurídico ou o fato jurídico *stricto sensu* são *inexistentes*". E continua a sua lição, dizendo que "a existência dos negócios jurídicos exige, neste diapasão, a presença de elementos mínimos, porem indispensáveis a sua total suficiência". Arremata lecionando que, "em suma, são três os elementos intrínsecos ao plano da existência do Contrato de Trabalho ou, utilizando-se a doutrina de *Pontes de Miranda*, os elementos que levam à suficiência do suporte fático: a) consentimento negocial; b) objeto; c) forma" (DALLEGRAVE NETO, 1998, p. 153-154.).

Alega, ainda, o mencionado autor que esses três elementos não existem de forma separada, ou seja, não se pode falar em consentimento negocial das partes sem um conteúdo (objeto) e uma maneira (forma) de expressão. Um é decorrente do outro e todos são indissolúveis. São, portanto, elementos mínimos de existência do negócio jurídico. Uma vez existente a relação jurídica, deve-se pesquisar se a mesma é válida ou não. Em outras palavras, agora, deve-se verificar se a relação jurídica foi constituída à luz do que prescrevem as regras de direito material pertinentes ao caso concreto. Trata-se, pois, do plano de validade do contrato de emprego, relacionado à teoria das nulidades. Realmente, "se o negócio for considerado nulo ou anulável, isto será problema do plano da validade e não mais da existência. Logo, está dentro do plano da validade toda discussão acerca dos chamados elementos essenciais do contrato – art. 104 do Novo CC: capacidade dos agentes, licitude do objeto e da forma além dos vícios de consentimentos previstos nos arts. 171 do Novo CCB" (DALLEGRAVE NETO, 2002, p. 135).

Por outro lado, jamais se deve confundir, tecnicamente, a **invalidade** com a **ineficácia** do negócio jurídico. Acerca do plano da eficácia, por ser importantíssimo para a conclusão deste artigo, faz-se necessário observar mais uma vez, integralmente, as lições de *José Affonso Dallegrave Neto*: "É errôneo definir nulidade com a falta de idoneidade para produzir efeitos jurídicos. Tanto é assim que existe o nulo eficaz e o nulo ineficaz. Em Direito civil, via de regra o contrato nulo importa ausência de efeitos jurídicos: o nulo é geralmente ineficaz. Contudo na seara contratual trabalhista isto se inverte: o nulo em regra é eficaz. Exemplo disto é o caso do contrato de trabalho envolvendo agente absolutamente incapaz. Ainda que nulo, o contrato irá produzir os efeitos jurídicos pactuados pelas partes. Diz-se eficaz o negócio jurídico que produz os efeitos visados pelas partes e autorizados pela lei; é a aptidão do contrato, existente e válido, para que produza efeitos jurídicos. *Parcial* é a eficácia que alcança parte dos efeitos colimados pelas partes e *total* se atingidos todos os efeitos buscados. Finalmente, será *ineficaz* o contrato que não produziu qualquer dos efeitos anelados pelos contratantes. Outra distinção importante é a de que a *ineficácia* do negócio jurídico não se confunde com falta de conseqüências jurídicas. Para esclarecer o que se está a dizer traz-se a seguinte distinção: a) contrato nulo com eficácia; b) contrato nulo ineficaz, porém com conseqüências jurídicas. No primeiro caso, tem-se como exemplo o contrato de trabalho do servidor publico celetista que ingressou sem prestar o necessário concurso público exigido pelo art. 37, II, da CF. A nulidade absoluta neste caso, art. 166, V, do Novo CC, ensejará a ineficácia do contrato,

contudo, nem por isso ele deixará de ter conseqüências jurídicas: o obreiro terá direito a indenização por perdas e danos, nos termos dos arts. 182 e 927 do Novo CCB. Para a segunda situação, cite-se o exemplo do contrato celebrado por menor de dezesseis anos. A nulidade do contrato (art. 145, I, do CC), neste caso, não lhe retira a eficácia: mesmo nulo o contrato produzirá todos os efeitos jurídicos desejados pelas partes. Em suma, há diferença entre *eficácia* e *conseqüência jurídica*. Contrato eficaz é aquele que produz, de forma parcial ou integral, efeitos jurídicos próprios, desejados pelas partes. Contrato com conseqüências jurídicas é aquele que mesmo ineficaz produz determinados efeitos impróprios, diversos dos desejados pelas partes. O plano da eficácia dos contratos está geralmente relacionado com a presença de *condições* ou *termos* facultativamente avençados pelas partes. Urge frisar que as lições até aqui vistas traduzem a regra geral: negócio jurídico existente, válido e eficaz. Esta regra geral, contudo, comporta exceções. Há casos em que o contrato é: a) existente, válido e ineficaz – ex.: contrato de trabalho existente de forma válida, todavia, com cláusula suspensiva ou termo final; b) existente, inválido e eficaz – ex.: contrato de trabalho inquinado de vício de consentimento, porém sem iniciativa de anulação pela parte interessada; c) existente, inválido e ineficaz – ex.: contrato nulo em face da ilicitude penal de seu objeto e, conseqüentemente, ineficaz” (DALLEGRAVE NETO, 2002, p. 135-137).

3.5 A TEORIA DAS NULIDADES DO CONTRATO DE EMPREGO E A “RESCISÃO” COMO MODALIDADE DE TERMINAÇÃO DO VÍNCULO

Assim, analisada a plenitude estrutural do contrato de emprego, resta, agora, verificar os seus elementos jurídico-formais, bem como os respectivos reflexos na teoria das nulidades.

Assim, como se sabe, à guisa de reprise, o fenômeno sócio-jurídico da relação de emprego emerge apenas se reunidos os seus cinco pressupostos fático-jurídicos constitutivos: prestação de trabalho por pessoa física a outrem, com pessoalidade, não-eventualidade, onerosidade e sob subordinação. Cabe ao operador jurídico, entretanto, examinar se o Direito do Trabalho confere efetiva validade a essa relação empregatícia surgida. Ingressa o operador, assim, na análise dos elementos jurídico-formais, essenciais, do contrato de emprego. Trata-se de elementos cuja higidez e regularidade jurídicas são essenciais para que o Direito autorize a produção de plenos efeitos à relação oriunda do mundo dos fatos sociais.

Do ponto de vista comparativo, pode-se afirmar que a pesquisa sobre os elementos fático-jurídicos do respectivo contrato empregatício permite responder à pergunta sobre a existência ou não de contrato de emprego no caso concreto, ao passo que a pesquisa sobre os elementos jurídico-formais do respectivo contrato de emprego permite responder a pergunta sobre a validade (ou não) e extensão de efeitos jurídicos daquela relação configurada entre as partes. Na mesma linha comparativa, pode-se ainda aduzir que, enquanto os elementos fático-jurídicos constituem dados do mundo fenomenológico (fático ou ideal), que existem independentemente do fenômeno que irão compor, enquanto que

os elementos jurídico-formais constituem construções teóricas e normativas efetuadas pelo Direito, cuja presença passa a ser considerada relevante à validade jurídica do próprio fenômeno a que se integram. Registre-se, de logo, que as repercussões jurídicas da falta ou irregularidade concernente aos elementos essenciais do contrato pertencem ao estudo da teoria das nulidades (DELGADO, 2002).

Nesse contexto, são elementos jurídico-formais essenciais do contrato de emprego: 1) *capacidade das partes contratantes*; 2) *licitude do objeto*; 3) *observância da forma prescrita em lei*; 4) *higidez na manifestação de vontade*.

Como se percebe, a **forma** constitui elemento jurídico-formal da relação de emprego. A sua ausência acarreta, via de regra, a nulidade do respectivo contrato. Na temática em tela, se o trabalhador, na condição técnica-jurídica de empregado, prestou serviços à Administração Pública sem observar a forma especial exigida pela Constituição Federal, qual seja, a prestação de concurso público, o respectivo contrato deve ser declarado, pelo juízo competente, como nulo. Entretanto, como já se falou, o contrato será considerado nulo após o último dia trabalhado pelo obreiro, ou seja, com efeitos *ex nunc*. Trata-se de nulidade, mas com eficácia ou efeitos jurídicos, isto é, *até o último dia de trabalho*, são devidos, ao empregado, todos os direitos trabalhistas compatíveis com esta forma, *nulidade*, de dissolução da relação de emprego. Portanto, jamais se pode confundir a *rescisão* com a *despedida sem justa causa* com modalidades de terminação do contrato de emprego.

De fato, tecnicamente, trata-se de dissolução do vínculo de emprego por “**rescisão**”, ou seja, por causa de uma *nulidade* imanente a essa relação jurídica. O respectivo contrato só não surtirá efeitos jurídicos *após* o último dia de trabalho, entretanto, antes deste, surtirá todos os efeitos compatíveis com a já falada modalidade “rescisão” de dissolução do vínculo. **O divisor de águas com relação aos efeitos jurídicos do contrato é a sentença judicial que decreta a nulidade do mesmo.**

Assim, segundo entendemos, é importante salientar o seguinte:

- 1) se for o caso de prestação de serviços, mediante a observância de todos os pressupostos fático-jurídicos da relação de emprego com a Administração Pública, existirá contrato de emprego *até o último dia de trabalho*;
- 2) até essa data, o contrato produziu todos os efeitos trabalhistas, ou seja, o empregado adquiriu todos os direitos decorrentes dessa relação de emprego, prestigiando-se, assim, o princípio constitucional da valorização do trabalho humano;
- 3) após o último dia de trabalho, o referido contrato, *ope judicis*, é considerado nulo, com efeitos *ex nunc*, por inobservância da exigência constitucional da realização de concurso público (artigo 37, inciso II);
- 4) ao empregado, portanto, obviamente se for o caso, serão devidos todos os direitos decorrentes dessa **rescisão** contratual (por motivo de nulidade) e, por isso, serão indevidas as verbas decorrentes de uma eventual despedida sem justa causa, por exemplo, por se tratar de modalidade diferente de *dissolução* do vínculo de emprego.

Veja, neste particular, a magistral lição do eminente Professor e Juiz do Trabalho em Minas Gerais, *Mauricio Godinho Delgado*: “Nesse quadro, a única leitura hábil a conferir eficácia e coerência ao conjunto dos textos constitucionais (tanto os que proíbem ao *administrador* e aos *cidadãos* o ingresso no aparelho de Estado sem concurso público, como os que insistentemente elegem o respeito ao trabalho como um dos valores essenciais da ordem econômica, social e jurídica brasileiras) é aplicar a *teoria justrabalhista das nulidades* quanto ao período de efetiva prestação de serviços, tendo-se, porém, como anulado o pacto em virtude da inobservância à formalidade essencial do concurso. Em consequência, manter-se-iam todas verbas contratuais trabalhistas ao longo da prestação laboral, negando-se, porém, o direito as verbas rescisórias próprias à dispensa injusta (aviso prévio, 40% sobre FGTS e seguro-desemprego), dado que o pacto terá (ou teria) sido anulado de ofício (extinção por nulidade e não por dispensa injusta)” (DELGADO, 2002, p. 498. Sem grifos no original).

Aí está, pois, a opinião de um dos maiores expoentes do Direito do Trabalho atual, exatamente no sentido aqui defendido.

Portanto, enfatizamos novamente que não se pode confundir a “rescisão”, como modalidade de terminação do contrato de emprego, com a “despedida, sem justa causa”. Os efeitos jurídicos, indiscutivelmente, são diversos. Repetindo: a “rescisão”, tecnicamente, é a modalidade de dissolução, isto é, forma de cessação anormal, do contrato de emprego, *por motivo de nulidade*, que, no caso em apreço, decorre da ausência de prestação de concurso público. Assim, faz-se mister, de logo, que o jurisdicionado perceba que “rescisão” é uma coisa e “despedida sem justa causa” é outra coisa diversa. São, pois, formas distintas de dissolução do contrato de emprego.

Para finalizar essa questão, e para arrematar a compreensão da matéria, algumas palavras acerca das peculiaridades da teoria das nulidades no Direito do Trabalho: o ato nulo, no Direito Civil, via de regra, não produz efeitos jurídicos, ao passo que no Direito do Trabalho, como é sabido, o entendimento é totalmente diverso. Aqui vigora, em contrapartida, como regra geral, o critério da irretroatividade da nulidade decretada e a regra *ex nunc* da decretação judicial da nulidade percebida. Como afirma *Mauricio Godinho Delgado*: “verificada a nulidade comprometedora do conjunto do contrato, este, apenas a partir de então, é que deverá ser suprimido do mundo sócio-jurídico; respeita-se, portanto, a situação fático-jurídica já vivenciada. Segundo a diretriz trabalhista, o contrato tido como nulo ensejará todos os efeitos jurídicos até o instante de decretação de nulidade – que terá, desse modo, o condão apenas de inviabilizar a produção de novas repercussões jurídicas, em face da anulação do pacto viciado”. Afirma, ainda, o citado autor que “essa diferenciação da teoria justrabalhista de nulidade em contraponto à teoria civilista tradicional resulta da conjugação de alguns fatores que despontam com profunda relevância no cotidiano operacional do Direito do Trabalho. Em primeiro lugar, a circunstância de que se torna inviável, faticamente, após concretizada a prestação efetiva do trabalho, o reposicionamento pleno das partes à situação anterior ao contrato nulo: o trabalho já foi prestado, e seu valor transferido, com apropriação completa pelo tomador de serviços. Em segundo lugar, o fato de a transferência e apropriação do trabalho em benefício do tomador

cria uma situação econômica consumada de franco desequilíbrio entre as partes, que apenas pode ser corrigida – mesmo que parcialmente – com reconhecimento dos direitos trabalhistas ao prestador. Ou seja, o reconhecimento de direitos trabalhistas ao obreiro prestador de serviços é a contrapartida inevitável da prestação laborativa já consumada. Em terceiro lugar, a convicção de existir a prevalência incontestável conferida pela ordem jurídica em seu conjunto (inclusive a Constituição da República) ao *valor-trabalho* e aos direitos trabalhistas” (DELGADO, 2002, p. 495-496. Sem grifos no original).

No caso em tela, é imperioso notar que “a norma constitucional que nulifica a contratação de servidor e empregado sem concurso não estabelece as conseqüências desta nulidade, de modo que não pode ser aproveitada por quem lhe deu causa. Se o trabalho foi prestado e não há como se restituir ao *status quo ante*, as verbas salariais devem ser pagas, evitando o enriquecimento ilícito do empregador”¹³.

No nosso entendimento, é inadmissível a Administração Pública contratar pessoal sem a observância da exigência constitucional de prestação de concurso público e, posteriormente, de forma descarada, vir a juízo invocar, em seu exclusivo benefício, a própria torpeza, locupletando-se, ilicitamente, da força de trabalho daqueles que, humildemente, serviram-lhe. Trata-se de ato ilícito por parte da Administração Pública **por violação ao princípio da boa-fé**¹⁴, fato que atrai a incidência do artigo 187 do Código Civil, subsidiariamente aplicado ao Direito do Trabalho (artigo 8º da CLT). Realmente, observe que a Administração Pública admite a prestação dos serviços durante um prazo razoável de tempo, beneficiando-se, com toda certeza, da força de trabalho do obreiro enquanto lhe interessava, *tudo isso sem questionar a ausência de submissão a prévio concurso público*, e depois vem a juízo negar a prerrogativa jurídica deste a qualquer direito trabalhista alçado ao mínimo nível de dignidade humana. Trata-se, indiscutivelmente, de conduta atentatória ao **princípio constitucional da boa-fé** e, com efeito, por força do novel artigo 187 do Código Civil (artigo 8º da CLT), de **ato ilícito**. No caso, aplica-se o princípio da impessoalidade, aplicando-se as devidas penalidades às autoridades responsáveis por esses atos administrativos viciados (contratação irregular) e, portanto, ilegais, para não dizer inconstitucionais.

Finalmente, não se pode esquecer que a Administração Pública possui regime jurídico diferenciado no que toca a sua responsabilização civil (artigo 37, § 6º, da Constituição da República), o que não deixa de ser mais um argumento para o entendimento defendido neste modesto artigo.

4 CONCLUSÃO

Portanto, após a abordagem acima, concluímos no sentido de que é juridicamente razoável afirmar que o Enunciado nº 363 do TST é inconstitucional¹⁵ e, por conseqüência, a despeito de ter havido contratação sem concurso público, a relação de emprego com a Administração pública produz efeitos jurídicos inerentes à **“rescisão”** como modalidade de dissolução da mesma. Os direitos relacionados a uma eventual alegação de *despedida sem justa causa*, como, por exemplo, o aviso prévio indenizado, a multa de 40% do FGTS, a eventual estabilidade do agente público, bem como a indenização substitutiva do seguro desemprego, devem ser, de plano, indeferidos.

O pagamento dos valores relativos aos depósitos fundiários devidos durante todo o contrato, caso não tenham sido efetuados, por força do novel artigo 19-A da Lei nº 8.036/90, é devido ao trabalhador, na razão de 8% sobre a remuneração mensal. Entendemos, ainda, que os direitos relacionados às férias, aos 13º salários, ao regime de sobrejornada, bem como ao trabalho realizado em ambiente insalubre e perigoso, também são devidos ao trabalhador. Da mesma forma, entendemos que o registro em CTPS também é devido pela Administração Pública em relação ao trabalhador, notadamente para que este tenha aquela relação jurídica no seu histórico profissional e goze dos efeitos daí decorrentes.

É imperioso observar, ainda, que essa interpretação está em consonância com o princípio norteador do Direito do Trabalho, que é o *princípio da proteção do trabalhador*. Fernando Hoffman, eminente Juiz do Trabalho no Paraná, em sua dissertação de mestrado na UFPR, preleciona que “o princípio protetor deve ser aplicado segundo a dignidade do trabalhador que, como ser humano e dependente unicamente de sua força de trabalho para sobreviver, deve ter asseguradas condições justas de trabalho e ser visto como sujeito-fim e não o objeto-meio do desenvolvimento. Não basta assegurar as meras liberdade e autonomia contratuais, eis que a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, exige condições mínimas de existência, ‘uma existência digna conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica’” (HOFFMAN, 2003, p. 62.).

Por fim, *antes mesmo do trânsito em julgado* da decisão de primeiro grau, entendemos que o Juiz do Trabalho, diante dos fortes indícios de prática de atos que importem em improbidade administrativa (contratação de pessoal sem concurso público), *ante a possibilidade de incidência do prazo prescricional*, tal como previsto na lei nº 8.429/92, deve expedir, *imediatamente*, ofícios aos representantes do Ministério Público Estadual e Federal do Trabalho, bem como do Tribunal de Contas do Estado respectivo, informando-os acerca dos termos desta sentença, a fim de que, se entenderem necessário, tomem as providências eventualmente cabíveis.

CITACÕES

¹ Endereço: Av. Rio Branco, 3700, Centro Cívico, Umuarama – PR, CEP: 87501-130; Email: sergiocabral dosreis@hotmail.com; Telefones: (44) 9976-3798 – 622-2116.

² Outra não é a lição de *Jorge Pinheiro Castelo*, em sua dissertação de mestrado na USP: “Obviamente, na ação trabalhista, a aferição da existência do vínculo empregatício, com a finalidade específica de se apurar a competência da Justiça do Trabalho, deve ser feita abstratamente, ou seja, à vista da afirmação (*in statu assertionis*) feita pela demanda da existência da relação de emprego, independentemente, pois, da sua efetiva existência”. “O contrato de trabalho é, por conseguinte, o dado objetivo através do qual a lei estabelece a relação de adequação legítima entre o processo trabalhista e o órgão jurisdicional especializado. Em outras palavras, o contrato de trabalho é o dado objetivo através do qual a lei fixa a competência da Justiça do Trabalho”. “E a análise do contrato de trabalho como dado objetivo que serve para estabelecer a competência da Justiça do Trabalho, deve ser feita no plano lógico, abstrato e externo, sob pena de não ser apreciado como pressuposto de desenvolvimento válido da relação processual, mas sim, como mérito da causa”. “É forçoso que assim proceda, porquanto a resolução acerca da competência material (absoluta) deve ser a primeira da ordem de questões que o juiz enfrentará no processo”.

“Logo, o exame da matéria preliminar referente à competência material deve ser feito à vista do que se afirmou na exordial, já que sendo a primeira questão a ser solucionada, não poderá ficar subordinada à resolução de outra questão”.

“Não é lícito ao juiz, antes de decidir preliminarmente a competência material, aventurar-se no exame da questão relativa à veracidade dos termos em que se formulou o pedido”.

“Não pode o julgador solucionar o problema da competência material à luz da solução que lhe pareça correta para a questão de mérito, ou seja, não pode o juiz solucionar o problema da competência à luz da solução que lhe pareça correta para a questão da efetiva existência da relação de emprego só é examinável após ser ultrapassada a questão da competência” (CASTELO, 1996, p. 325-326).

³ Segundo *Leonardo Greco*, “a ação somente pode ser proposta pelo sujeito que tenha o direito subjetivo de exigir do Estado a prestação jurisdicional sobre a demanda. A garantia constitucional do amplo acesso à tutela jurisdicional efetiva (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição) confere esse direito a todo aquele que alegue ser titular do direito material em que a demanda se fundamenta e apresente ao juiz o mínimo de provas necessárias para demonstrar a possibilidade de efetivamente deter essa titularidade. Esta é a legitimidade ou legitimação ativa chamada *ordinária*. Essa garantia impõe que o primeiro dirija a sua ação em face daquele outro sujeito que, figurando como parte na relação jurídica material, deverá sofrer eficácia do exercício da jurisdição na sua esfera de interesses. É a legitimidade ou legitimação passiva *ordinária*. Muitas vezes a lei reconhece que o próprio titular da relação jurídica de direito material pode não estar em condições de concretamente exercer a sua postulação ou defesa em juízo. Nesses casos, confere a algum outro sujeito a legitimação extraordinária para figurar como sujeito do processo em que a demanda vai ser objeto de exame. São os casos de substituição processual” (GRECO, 2003, p. 40-41).

⁴ *Leonardo Greco* preleciona que, “se as condições da ação decorrem de um juízo de admissibilidade hipotética, em face das afirmações do autor e dos elementos de convicção por ele inicialmente apresentados, a manifesta ilicitude da pretensão de direito material deve ser repudiada de plano pelo juiz não como questão de mérito, mas como questão preliminar” (GRECO, 2003, p. 30. Sem grifos no original).

⁵ Preleciona *Rizzatto Nunes*: “Existem autores que entendem que é a isonomia a principal garantia constitucional, como, efetivamente, ela é importante. Contudo, no atual Diploma Constitucional, pensamos que o principal direito fundamental constitucionalmente garantido é o da dignidade da pessoa humana”. “É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais. A isonomia serve, é verdade, para gerar o equilíbrio real, porém, visando concretizar o direito à dignidade. É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete” (NUNES, 2002, p. 45).

⁶ Igualmente, como afirma *Eneida Melo Correia de Araújo*, eminente Desembargadora Federal do Trabalho na 6ª Região (PE), em sua tese de doutorado na UFPE, “quando o sistema jurídico positivo trata do trabalho como valor fundamental, a ser protegido e ampliado, deve não só realizar esses fins, mas também abster-se de permitir que quaisquer mecanismos possam atentar contra o mesmo” (ARAÚJO, 2003, p. 305).

⁷ *Rizzatto Nunes* afirma que princípio da proporcionalidade, novo na doutrina constitucionalista, tem servido, de fato, como vetor orientador do intérprete constitucional. Na verdade, foi da experiência concreta, tópica, dos casos interpretados, nos quais surgiram conflitos de princípios, que a doutrina pôde extrair-lhe a essência para declará-lo existente – e chegando, como visto, ao *status* de princípio constitucional expresso”. “Isso se deu e se dá porque o princípio da proporcionalidade se impõe como instrumento de resolução do aparente conflito de princípios. Quando o intérprete se depara com uma circunstância na qual um princípio colide com outro, um dos principais meios de que ele pode se utilizar para solucionar o problema é, exatamente, o princípio da proporcionalidade – quer ele declare, quer não; quer tenha consciência disso ou não” (NUNES, 2002, p. 41).

Consoante preconiza Willis Santiago Guerra Filho, “Para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito de princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma posição que ocupam na hierarquia normativa, se preconiza a um recurso a um ‘princípio dos princípios’, o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma ‘solução de compromisso’, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo aos(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu ‘núcleo essencial’” (GUERRA FILHO, 1999, p. 59-60).

⁸ Observe, ilustrativamente, uma ementa: “Vínculo de emprego - Cooperativa - O art. 442 da CLT há de ser interpretado sistematicamente com os artigos 3º e 9º da mesma Consolidação. Isto porque, face aos princípios norteadores do Direito do Trabalho, onde a característica do contrato laboral deve repousar na realidade dos fatos, caracterizada a fraude na tentativa de desvirtuar a relação empregatícia havida, é de se aplicar a regra de proteção contida no artigo 9º celetizado, surgindo daí o contrato de trabalho. (TRT - 2ª Reg. - RO-19990459935 - Ac. 20010118840 - 10ª T. - Rel: Juíza Vera Marta Publio Dias - Fonte: DOESP, 30.03.2001)”.

⁹ Acompanhe um exemplo jurisprudencial: “Lei. Fatos que determinam a interpretação teleológica e sistemática da norma. Observância do princípio da legalidade (art. 5º, II da CF e Art. 4º da LICC) conjugado com o da liberdade judicial (Art. 5º da LICC). Cabe ao Juiz, na interpretação e aplicação da lei, dentro dos limites legais traçados pela própria interpretação sistemática da normatividade em vigor, buscar a verdadeira razão de ser da norma, o fim social almejado, sob pena de mumificar as relações sociais. (TRT - 15ª Reg. - AP - 030707/98 - 2ª JCI de Piracicaba - Ac. 5ª T - 1302/99 - unân. - Rel: Juiz Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva - DOESP I, Parte II, 23.02.99, pág. 112)”.

¹⁰ “Diríamos que o exposto reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio nas Constituições contemporâneas, e também na brasileira, representa a passagem de um sistema axiomático-dedutivo, tipicamente positivista, para um sistema axiológico teleológico, que se propõe aberto aos valores, fins e às razões históricas. Trata-se, portanto, de um marco na evolução do Constitucionalismo brasileiro e na efetiva democratização do Estado instituído pela Constituição de 1988 (MARTINS, 2003, P. 110)”.

¹¹ Preleciona *Eduardo Milléo Baracat*, em sua tese de doutorado na UFPR, que “A boa-fé subjetiva é um estado de ignorância, de crença errônea (ainda que escusável), de uma pessoa que se crê titular de um direito, mas que, em princípio, não o é, ou ainda que ignora estar lesando direito alheio. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem” (BARACAT, 2003, p. 51).

¹² Perfeita a lição de *Chaim Perelman* a respeito: “Com efeito, se é o respeito pela dignidade humana a condição para uma concepção jurídica dos direitos humanos, se se trata de garantir esse respeito de modo que se ultrapasse o campo de que é efetivamente protegido, cumpre admitir, como corolário, a existência de um sistema de direito com um poder de coação. Nesse sistema, o respeito pelos direitos humanos importará, a um só tempo, a cada ser humano – tanto no que concerne a si próprio quanto no que concerne aos outros homens – e ao poder incumbido de proteger tais direitos a obrigação de respeitar a dignidade da pessoa. Com efeito, corre-se o risco, se não se impuser esse respeito ao próprio poder, de este, a pretexto, de proteger os direitos humanos, tornar-se tirânico e arbitrário. Para evitar esse arbítrio, é, portanto, indispensável limitar os poderes de toda autoridade incumbida de proteger o respeito pela dignidade das pessoas, o que supõe um Estado de direito e a independência do poder judiciário. (...) Assim também o Estado, incumbido de proteger esses direitos e fazer que se respeitem as ações correlativas, não só é por sua vez obrigado a abster-se de ofender esses direitos, mas tem também a obrigação positiva da manutenção da ordem. Ele tem também a obrigação de criar as condições favoráveis ao respeito à pessoa por parte de todos os que dependem de sua soberania” (PERELMAN, 1999, p. 400).

¹³ TRT-PR-RO-13118/2001-Acórdão-03063/2003 – 3ª T – Relator: EX.^{mo} Juiz ROBERTO DALA BARBA – DJPr 07/02/2003.

¹⁴ Segundo *Eduardo Milléo Baracat*, Juiz do Trabalho na 9ª Região (PR), “A boa-fé objetiva é um dever de conduta dos contratantes, fundados na confiança, colaboração, honestidade, lealdade, de acordo com determinados padrões – modelo de conduta social, arquétipo jurídico que deverá ser apreciado subjetivamente, conforme a realidade concreta, e ‘principalmente na consideração para com os interesses do *alter*, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado” (BARACAT, 2003, p. 51).

¹⁵ Infelizmente, se aprovada na reforma constitucional do Poder Judiciário a implantação da súmula vinculante, por se tratar de questão envolvendo a Administração Pública, tal Enunciado terá força obrigatória no seu cumprimento pelos Juízes do trabalho de todo o país. O presente artigo, ainda que de forma modesta, pretende contribuir para que isso, de fato, não ocorra.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Isis de. **Manual de Direito Processual do Trabalho** – 10ª ed. atual. e ampl. – São Paulo: LTr, 2002.

ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. **As relações de trabalho: uma perspectiva democrática**. – São Paulo: LTr, 2003.

BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. – São Paulo: LTr, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo – influência do direito material sobre o processo**. – 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico** – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10ª ed., 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. – São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. – 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes & MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 1991, V. 1.

CASTELO, Jorge Pinheiro. **O Direito Processual do Trabalho na moderna teoria geral do processo**. – 2ª ed. – São Paulo: LTr, 1996.

DALLEGRAVE NETO, José Afonso. **Inovações na legislação trabalhista**. 2ª ed. – São Paulo: LTr, 2002.

_____. **Contrato individual de trabalho – Uma visão estrutural**. São Paulo: LTr, 1998.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**. 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2001.

- GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo** – 5ª ed. , rev. atual. e aum. – São Paulo: Saraiva, 2000.
- GRECO, Leonardo. **A teoria da ação no Processo Civil**. – São Paulo: Dialética, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Condições da Ação Penal** – São Paulo: Bushatsky, 1977.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- HOFFMAN, Fernando. **O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira**. – São Paulo: LTr, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo do conhecimento**. São Paulo, RT, 2003.
- MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.
- MÁRTIRES COELHO, Inocêncio. **O novo Código Civil e a interpretação conforme à Constituição / o novo Código Civil: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale** – coordenadores Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho. São Paulo: LTr, 2003.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 1954, t. 1, p. IX.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2ª ed. Coimbra, Coimbra ed., 1983. t. 2.
- NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 22ª ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 1995.
- ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos** – São Paulo: Saraiva, 1999.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. **Direito do Trabalho & Direito Processual do Trabalho: novos rumos**. Curitiba: Juruá, 2002.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. 1ª ed. 2ª tir. – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1999.
- WATANABE, Kazuo, **Da cognição no Processo Civil**. 2ª ed. – Campinas: Bookseller, 2000.

“GARANTISMO CONSTITUCIONAL E FUNDAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS”

Roberto Basilone Leite

Juiz do trabalho em Santa Catarina

Professor de Direito do Trabalho da Universidade do Sul de Santa Catarina

Mestre em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 DEFINIÇÃO FORMAL DE DIREITO FUNDAMENTAL. 1.1 A dimensão puramente teórica da definição. 1.1.1 *A positividade dos direitos fundamentais*. 1.1.2 *Universalidade dos direitos fundamentais*. 1.2 Quatro teses da teoria da democracia constitucional. 1.2.1 *Direitos fundamentais e direitos patrimoniais*. 1.2.2 *Direitos fundamentais e democracia*. 1.2.3 *Direitos de personalidade e direitos de cidadania*. 1.2.4 *Direitos e garantias*. 2 FUNDAMENTOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 2.1 Tipologia dos direitos fundamentais. 2.1.1 *Tipologia subjetiva*. 2.1.2 *Tipologia objetiva*. 2.2 Direitos de liberdade e direitos de autonomia. 3 FUNDAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. CRITÉRIOS DE DEFINIÇÃO. 3.1 Direitos fundamentais e igualdade. 3.2 Direitos fundamentais e democracia constitucional. 3.3 Direitos fundamentais e paz. 3.4 Direitos fundamentais e tutela do mais fraco. 3.5 Críticas à teoria dos direitos fundamentais de Ferrajoli. CONCLUSÃO. REFERÊNCIA.

INTRODUÇÃO

No ano de 1998, o volume XIV/2 da revista italiana *Teoria Politica* trouxe um artigo do jusfilósofo Luigi Ferrajoli, denominado *Diritti fondamentali*.

Naquele artigo, Ferrajoli se propunha a elaborar uma definição puramente formal ou estrutural de direito fundamental. Na verdade, essa definição representa um dos elementos-chave de uma teoria pura formal dos direitos fundamentais que o jurista italiano promete publicar em breve sob o título *Principia juris: teoria giuridica della democrazia*.

A repercussão do referido artigo foi imediata. Entre os anos 1998 e 2000, a revista *Teoria Politica* estampou diversos artigos que teciam críticas à definição ferrajoliana de direito fundamental, assinados por grandes juristas italianos, a saber: Riccardo Guastini, Ermanno Vitale, Danilo Zolo, Mario Jori, Anna Pintore, Luca Baccelli e Michelangelo Bovero.

Ferrajoli avaliou as críticas e as respondeu em dois novos artigos: *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, publicado no volume XV/1 da mesma revista, em 1999, e *I fondamenti dei diritti fondamentali*, no volume XVI/3, no ano 2000.

Finalmente, esse material todo foi, sob a direção de Antonio de Cabo e Gerardo Pisarello, traduzido para o espanhol e publicado em 2001 pela editora madrilenha Trotta em um volume, que ganhou o título *Los fundamentos de los derechos fundamentales*.

O presente artigo pretende fazer uma breve exposição dos pontos principais desse debate travado entre Ferrajoli e seus críticos em torno da definição de direito fundamental. Para tanto, será dividido em três partes: a primeira apresenta a conceituação formal de direito fundamental delineada por Ferrajoli; a segunda trata da tipologia dos direitos fundamentais; e a terceira cuida dos critérios de definição do conceito de fundamento.

1 DEFINIÇÃO FORMAL DE DIREITO FUNDAMENTAL

O artigo de Ferrajoli publicado em 1998, que deu origem ao debate em análise, abre-se com uma definição formal ou estrutural de direito fundamental, lançada nos seguintes termos: “são ‘direitos fundamentais’ todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoas, de cidadãos ou de pessoas com capacidade de fato”¹.

É necessário, antes de mais nada, definir o sentido dos termos empregados nessa definição.

Assim, *direito subjetivo* é entendido como “qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) atribuída a um sujeito por uma norma jurídica”².

Kelsen distingue o direito *subjetivo* do indivíduo (o *right* do direito inglês ou *Berechtigung* do alemão) do direito *objetivo* enquanto ordem jurídica (a *Law* inglesa ou o *Recht* alemão). Com isso, ele procura demonstrar que o dever jurídico de um indivíduo corresponde ao direito *subjetivo* de outro³.

Como se depreende dessa distinção, o direito subjetivo tem para Kelsen um sentido bastante amplo, já que pode ser visto tanto como um *direito privado* — no sentido de um “interesse juridicamente protegido”⁴, um “poder jurídico”⁵ ou uma “permissão positiva da autoridade”⁶ — quanto como um *direito político*⁷.

Status, por sua vez — que é o outro termo utilizado na definição ferrajoliana de direito fundamental — representa “a condição de um sujeito prevista por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de disposições jurídicas e/ou autor dos atos relativos ao exercício dessas disposições”⁸.

1.1 A DIMENSÃO PURAMENTE TEÓRICA DA DEFINIÇÃO

A primeira característica a ser ressaltada na definição de direito fundamental formulada por Ferrajoli consiste em seu caráter puramente teórico, formal ou estrutural.

1.1.1 A POSITIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diz-se que tal definição é puramente *teórica* porque independe de que o direito fundamental esteja positivado, seja numa Constituição, seja numa lei ordinária.

Daqui se extraem duas conclusões importantes.

Em primeiro lugar, pode existir determinado ordenamento jurídico que careça de direitos fundamentais. Seria o caso do regime totalitarista.

Em segundo lugar, surge a seguinte indagação: a previsão do direito fundamental no ordenamento positivo é condição de existência ou vigência desse direito? A resposta é: depende; só será condição se o ordenamento considerado o exigir; se o ordenamento não o exigir, então poderá um direito fundamental ter existência ou vigência sem que esteja positivado.

Convém lembrar que a *vigência* do direito tem um sentido bem específico para Ferrajoli. O garantismo ferrajoliano na verdade redimensiona os critérios de valoração

das normas jurídicas, estabelecendo a distinção entre *validade*, *efetividade* e *vigência*. Conquanto esteja alicerçado na teoria do direito de Bobbio, ele busca superá-la pela expansão do campo de exercício valorativo oferecido ao intérprete e ao aplicador da norma.

A teoria de Bobbio é erigida com base na distinção entre *validade*, *efetividade* e *justiça*⁹. A *validade* diz respeito à existência da norma. Uma norma é válida quando tenham sido atendidos os pressupostos formais exigidos para a sua aprovação, independentemente de qualquer juízo de valor relativo ao seu conteúdo material. Esses pressupostos formais consistem em: a) competência da autoridade que editou a norma; b) *vigência* material, que se verifica quando a norma não tenha sido revogada por outra posterior; c) *vigência* hierárquica ou temporal, quando a norma não seja incompatível com outras normas do ordenamento.

A *efetividade* da norma jurídica refere-se às questões atinentes à sua observância efetiva por parte dos destinatários e aos meios coercitivos de que o Estado dispõe para impor a observância da norma em caso de descumprimento. Portanto, a *validade*, ou seja, a existência da norma, segundo Bobbio, não garante que ela seja efetiva.

Por fim, a *justiça* da norma depende do grau de correspondência entre ela e os *valores* superiores que inspiram o ordenamento jurídico, isto é, o potencial de realização desses valores.

Nesse contexto, a *efetividade* é questão a ser estudada pela sociologia jurídica e a *justiça* da norma cabe à filosofia do direito. O problema da *validade* é o único que incumbe ao direito, o qual fica assim desprovido de instrumentos capazes de revelar o conteúdo axiológico das normas.

Bobbio, na verdade, já havia introduzido a noção de “limites materiais” impostos pelas normas superiores ao produtor das normas inferiores, a qual será retomada e aprimorada por Ferrajoli. Este bipartirá o conceito bobbiano de *validade* em dois conceitos distintos — *validade* e *vigência* —, aos quais associará ainda o elemento *efetividade*, no cerne de sua teoria jurídica segundo a qual esses três elementos não se confundem.

A *validade* da norma no positivismo jurídico dogmático corresponde ao conceito de *vigência* adotado pela teoria garantista, ao passo que a *validade* da norma em Ferrajoli tem um sentido bem diferente: a *validade* aqui depende de ser a norma isenta de *vícios materiais*, isto é, depende de não estar ela em contradição com uma norma superior.

Por outro lado, uma norma para Ferrajoli é *vigente* quando está isenta de *vícios formais*, ou seja, quando tenha sido editada por órgão competente e segundo o procedimento fixado pelas normas superiores. *Efetiva* é a norma de fato observada por seus destinatários ou aplicada pelos órgãos competentes.

É assim que o garantismo fundamenta sua teoria da divergência entre a *normatividade* tendencialmente garantista e a *realidade* tendencialmente antigarantista: fazendo a correlação dessa divergência com a dualidade *direito válido* — *direito efetivo*, ambos *vigentes*.

Daí porque Sérgio Cademartori ressalta ser “impossível identificar as normas válidas do ordenamento, já que de todas as normas que não foram submetidas ao controle de constitucionalidade, não se pode dizer que sejam válidas, mas apenas que são vigentes”¹⁰. De fato, pode acontecer que uma norma inválida não tenha sua constitucionalidade questionada perante o tribunal competente e, mesmo assim, ela continuará

sendo inválida, embora vigente. O que existe nesse caso é uma *presunção de validade*, necessária para garantir a segurança jurídica e a aplicabilidade das leis. Eis a margem de insegurança irredutível do sistema jurídico, que Ferrajoli denuncia quando se refere a uma tríplice irredutibilidade: a “irredutível ilegitimidade jurídica dos poderes públicos no estado de direito”¹¹, a “irredutível ilegitimidade política do poder no estado de direito”¹² e as “antinomias e lacunas irredutíveis” do direito¹³.

Conclui-se, dessa forma, que o fato de uma lei ter sido sempre aplicada só prova a sua efetividade, mas não a sua validade. A relação de hierarquia entre as normas vigentes nos diversos níveis se estabelece de forma tal que cada nível é, ao mesmo tempo, *normativo* em relação ao nível inferior e *fático* em relação ao nível superior. Dessa forma, cabe ao intérprete da norma exercer um *juízo de efetividade* (ou *de eficácia*) da norma superior e, simultaneamente, um *juízo de validade* da norma inferior. Destarte, a norma inferior que ofende uma norma constitucional acarreta a sua própria *invalidade* e, no mesmo passo, a *ineficácia* da norma superior.

Esse duplo juízo valorativo exige do intérprete a consideração do conteúdo axiológico da norma pois, para que uma norma seja *válida*, é preciso que ela satisfaça às condições de validade substancial relativas ao conteúdo e ao significado estabelecidos pelas normas jurídicas de nível superior.

Assim, uma norma que esteja em desacordo com os conteúdos e significados estipulados pela norma constitucional *não tem validade* — muito embora possa ter vigência (ou seja, muito embora tenha atendido as condições formais fixadas pela Constituição) e até mesmo efetividade (isto é, seja observada pelos destinatários). O juiz, de qualquer forma, não tem obrigação jurídica de aplicar a norma inválida, ainda que ela seja vigente, e o cidadão, da mesma forma, não tem a obrigação jurídica de obedecê-la.

1.1.2 UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Afirma-se que a definição de direito fundamental formulada por Ferrajoli é *formal* ou *estrutural* porque prescinde da identificação da natureza dos interesses ou necessidades tutelados em função de seu reconhecimento como direitos fundamentais. A única característica fixada no conceito é a exigência da *universalidade de sua imputação*.

Note-se que o termo *universal* é aqui tomado em seu sentido puramente lógico e avalorativo.

Muitas críticas serão dirigidas contra essa pretensão de universalidade da definição ferrajoliana de direito fundamental, apontando sobretudo a inutilidade de uma teoria formal dos direitos fundamentais. A vantagem vislumbrada nesse empreendimento reside na constatação de que o caráter formal dessa teoria, exatamente por prescindir de circunstâncias de fato, permite reconhecer teoricamente um direito fundamental em qualquer ordenamento, independentemente da ideologia que o inspire: socialista ou liberal, democrática ou totalitária, pré-moderna, moderna ou pós-moderna.

Ademais, o caráter formal da definição a torna suficiente para identificar nos direitos fundamentais a base da *igualdade*. Em outras palavras, a igualdade é garantida justamente pelo caráter de *universalidade* conferido à definição.

Por outro lado, essa universalidade não é absoluta, mas relativa: o termo “todos” empregado na definição refere-se a “todos” os componentes das classes de sujeitos em favor dos quais a titularidade está normativamente reconhecida. Essas classes de sujeitos correspondem à *identidade da pessoa*, do *cidadão* ou do *titular de direitos* — categorias que, por sua vez, remetem às noções de *personalidade*¹⁴, *cidadania* e *capacidade de fato*¹⁵.

Desses conceitos derivam as duas grandes divisões dos direitos fundamentais:

- a) a divisão entre *direitos de personalidade* e *direitos de cidadania* — os primeiros correspondendo a todas as pessoas; os segundos, só aos cidadãos;
- b) a divisão entre *direitos primários ou substanciais* e *direitos secundários, instrumentais ou de autonomia* — os primeiros correspondendo a todos os indivíduos; os segundos, só àqueles que têm capacidade de fato.

Pelo cruzamento dessas duas distinções, Ferrajoli extrai uma nova classificação dos direitos em quatro grupos:

- a) os *direitos humanos* — que são *direitos primários de personalidade*, portanto, reconhecidos a *todos* os indivíduos, tais como os direitos à vida, à liberdade de pensamento, à saúde e à educação;
- b) os *direitos públicos* — que são *direitos primários de cidadania*, por conseguinte, reconhecidos só aos cidadãos. Trata-se dos direitos de residência e circulação, de reunião, de assistência, etc.;
- c) os *direitos civis* — que são *direitos secundários de personalidade*, atribuídos assim a *todas* as pessoas titulares de *capacidade de fato*. São eles o direito à liberdade contratual, de trabalho, de acionar em juízo; em síntese, os direitos potestativos em que se manifesta a autonomia privada e sobre os quais se funda o mercado;
- d) os *direitos políticos* — que são *direitos secundários de cidadania*, reservados unicamente aos *cidadãos* dotados de *capacidade de fato*, tais como os direitos de voto, de assumir cargo público; em resumo, os direitos potestativos em que se manifesta a autonomia política e sobre os quais se funda a democracia política.

1.2 QUATRO TESES DA TEORIA DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

A definição de direitos fundamentais ora posta à prova serve, na verdade, para alicerçar uma teoria da democracia constitucional que Ferrajoli vem desenvolvendo no sentido da concretização de uma prometida *teoria giuridica della democrazia*.

Com esse propósito, o eminente professor italiano estrutura seu pensamento em quatro teses adicionais, essenciais para a teoria da democracia constitucional, em torno das quais acaba girando quase todo o debate daí resultante.

A defesa das teses fundantes da teoria da democracia constitucional levou Ferrajoli a refutar quatro concepções clássicas sobre os direitos fundamentais. Convém destarte tratar, ainda que sinteticamente, de cada uma das quatro teses garantistas, em confronto com as respectivas teses clássicas refutadas.

1.2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS PATRIMONIAIS

A primeira tese de Ferrajoli diz respeito à dicotomia por ele estabelecida no conceito de direito subjetivo, distinguindo direitos fundamentais de direitos patrimoniais.

Aqueles concernem a classes inteiras de sujeitos; estes, a cada um de seus titulares com exclusão de todos os demais.

Enquanto os direitos fundamentais são inclusivos, os direitos patrimoniais são exclusivos. Aqueles são universais, estes são singulares. Os primeiros são indisponíveis, estes são disponíveis.

A partir dessa distinção, evidencia-se que a expressão *direito subjetivo* no sentido clássico oculta duas situações subjetivas *heterogêneas* entre si e até mesmo *opostas* em vários aspectos: de um lado, inclui os *direitos fundamentais*, inclusivos, universais e indisponíveis; de outro, inclui também os *direitos patrimoniais*, exclusivos, singulares e disponíveis.

Ao defender esta idéia, Ferrajoli ataca uma primeira tese tradicional, que consta do *Segundo tratado sobre o governo* (cap. II; 1690), de John Locke. Segundo Locke, os três direitos fundamentais cuja tutela e garantia justificam o contrato social são: a *vida*, a *liberdade* e a *propriedade*¹⁶. Essa equiparação da *propriedade à liberdade* é trasladada para o artigo 2º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada pela Revolução Francesa em 1789.

A primeira tese de Ferrajoli está baseada precisamente na radical diferença entre direitos fundamentais — que são a liberdade e a vida — e direitos patrimoniais — que se referem à propriedade.

1.2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA

Em sua segunda tese, sustenta o mestre italiano que os direitos fundamentais, por corresponderem aos interesses e expectativas de todos, formam o fundamento e o parâmetro da igualdade jurídica — e com isso constituem as bases da *dimensão substancial da democracia*.

É necessário ressaltar que essa *dimensão substancial*, para Ferrajoli, vem antes da *dimensão política ou formal* da democracia, a qual é fundada nos poderes da maioria, isto é, nas *garantias* asseguradas pelo paradigma do Estado de direito.

Essa tese pode ser sintetizada graficamente da seguinte forma:

direitos fundamentais	→ dimensão substancial da democracia	→ interesses e expectativas de todos
garantias	→ dimensão política ou formal da democracia	→ poderes da maioria

Neste ponto, ele refuta uma segunda tese clássica, elaborada por Karl Friecrich von Gerber em 1852 e seguida pelos publicistas do século XIX, dentre os quais Laband, Jellinek e Santi Romano. Segundo Gerber, os *direitos públicos* estão “radicados não tanto na esfera jurídica do indivíduo, mas sim na existência abstrata da lei”, sendo como que “elementos orgânicos constitutivos de um Estado concreto”¹⁷.

Os direitos fundamentais, para Gerber e seus seguidores, são fundados no Estado, e não fundantes do Estado. São *efeitos reflexos* do poder estatal. Não são os *direitos fundamentais* que dão *legitimidade* aos *poderes públicos*, mas estes que legitimam os primeiros.

Ferrajoli volta-se contra essa afirmação e assevera que, ao contrário, são os *direitos fundamentais* que fornecem o fundamento e o padrão de igualdade jurídica que constituem as bases da *democracia*, considerada em sua dimensão substancial.

1.2.3 DIREITOS DE PERSONALIDADE E DIREITOS DE CIDADANIA

A terceira tese garantista assinala que não existe uma necessária coincidência entre direitos fundamentais e direitos de cidadania, haja vista que grande parte dos direitos fundamentais tem natureza supranacional e é atribuível a todos. Na verdade, Ferrajoli quer se referir aqui aos *direitos de personalidade*, que são aqueles que se estendem a todas as pessoas, independentemente de serem ou não cidadãos de determinado Estado.

Como se depreende, tal tese se baseia na distinção ferrajoliana entre *direito de personalidade* e *direito de cidadania*.

A terceira tese clássica refutada aqui por Ferrajoli foi oferecida por Thomas Humphrey Marshall em seu ensaio *Citizenship and social class*, publicado em 1950. Marshall dividiu os direitos fundamentais em três categorias: direitos civis, direitos políticos e direitos sociais¹⁸. Os direitos civis são aqueles direitos garantidores das liberdades individuais e associados ao sistema judicial, os direitos políticos dizem respeito aos direitos de participação política e ligados às instituições parlamentares e, enfim, os direitos sociais englobam os direitos ao bem-estar econômico, à segurança e à participação na “herança social”¹⁹, identificando-se com o sistema educativo e com os serviços sociais.

Ocorre que essas três classes de direitos são concebidas por Marshall não como *direitos da personalidade* (isto é, da pessoa) mas sim como *direitos da cidadania* (ou seja, do cidadão).

Contrariando essa idéia, Ferrajoli afirma que inúmeros direitos fundamentais têm natureza supranacional, o que significa dizer que, seja no âmbito dos direitos civis, dos direitos políticos ou dos direitos sociais, encontram-se incluídos *direitos de personalidade* — que são mais amplos do que os *direitos de cidadania* idealizados por Marshall²⁰.

1.2.4 DIREITOS E GARANTIAS

Enfim, a quarta tese trata da delicada relação entre os direitos e suas garantias.

Os *direitos fundamentais* consistem em *expectativas negativas*, a que correspondem obrigações de prestação, e *expectativas positivas*, a que correspondem proibições de lesar. Tais expectativas negativas e positivas constituem *garantias primárias*. A par destas, existem *garantias secundárias*, que são representadas por aquelas obrigações de reparar as lesões de direitos, ou seja, obrigações de reparar as violações das garantias primárias²¹.

O problema é que a teoria do direito muitas vezes confunde *direitos* com *garantias* e, por conseqüência, passa a negar a existência do direito na ausência da garantia.

Ferrajoli não nega ser herdeiro do juspositivismo kelseniano e da filosofia analítica do direito de Norberto Bobbio. Contudo, existe uma diferença importante entre essas doutrinas e a teoria do direito ferrajoliana. As teorias de Kelsen e de Bobbio têm um papel

fundamentalmente *descritivo*, o que significa dizer que as prescrições axiológicas são para eles uma questão valorativa *externa* ao direito, a ser resolvida em sede filosófico-política ou moral. Diferentemente, a teoria do direito ferrajoliana, além de sua pretensão explicativa e descritiva, tem também uma dimensão *crítica* ou *prescritiva*, que atrai para o campo do direito positivo questões que eram antes atribuídas ao âmbito externo do político.

E um dos graves efeitos dessa dúplici dimensão ferrajoliana do direito está justamente na distinção entre direito e garantia. Para uma teoria meramente descritiva, a inexistência empírica da *garantia* de um *direito* acarreta a inexistência do próprio direito e, portanto, o direito em si fica reduzido a uma simples norma programática — vale ressaltar, inexequível. Na teoria explicativo-normativa de Ferrajoli, a ausência de uma *garantia* não afeta, do ponto de vista descritivo, o estatuto jurídico do respectivo *direito* subjetivo, justamente porque, do ponto de vista normativo, identifica-se aí o surgimento de uma verdadeira *lacuna* que deve ser denunciada e integrada.

Portanto, Ferrajoli sustenta a tese da distinção entre direitos e garantias, de tal forma que a ausência da garantia equivale a uma *inobservância dos direitos positivamente estipulados*, o que consiste numa *lacuna* no ordenamento que deve ser preenchida pela autoridade competente a fim de dar-se efetividade ao respectivo direito.

Isso significa refutar a tese clássica de Kelsen, desenvolvida na *Teoria pura do direito*, que configura o *direito subjetivo* como *mero reflexo* de uma *obrigação* jurídica²². É justamente este postulado kelseniano, hoje amplamente difundido, que acarreta a confusão entre os *direitos fundamentais* e suas *garantias*, e em particular com o que Ferrajoli chama de *garantias secundárias*.

Bobbio forneceu um argumento crítico — que Ferrajoli posteriormente desenvolveu — quando afirmou que “não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”²³.

Essa discussão levanta importantes indagações, como aquela formulada por Dworkin: “do fato de que cada cidadão tem o direito de não ser condenado se for inocente, [decorre] que ele tem direito aos processos mais exatos possíveis para pôr à prova sua culpa ou inocência, não importa quão dispendiosos esses processos possam ser para a comunidade como um todo?”²⁴ Coloquemos a indagação em outras palavras: é possível fixar um limite máximo para o custo socialmente aceitável da manutenção de um sistema judiciário, ou a realização da justiça é uma exigência social que não tem preço e por isso justifica quaisquer gastos que se mostrem necessários? Existe um *break even point* nesse assunto?

Ao rejeitar a tese de que a falta de garantia de um direito subjetivo implica a inexistência do direito, na verdade Ferrajoli está a sustentar que a falta de garantia representa uma *lacuna* normativa que deve ser sanada pela autoridade competente.

E aí têm início os ataques à concepção garantista constitucional do direito. Danilo Zolo interpreta essa tese nos seguintes termos: o direito subjetivo ao qual faltam garantias é, para Ferrajoli, aquele que não é *tutelado* (ou seja, aquele cuja garantia não está prevista em lei) ou não é *aplicado* pelas autoridades (isto é, aquele que não é eficaz).

Zolo critica essa concepção de *lacuna normativa* com respaldo no seguinte exemplo: o direito ao trabalho (ou direito de não ficar desempregado) é previsto na Constituição da Itália como *direito subjetivo*. Porém, não há *garantias primárias* previstas na lei, isto é, não há nenhum procedimento jurídico que possa ser adotado pelo desempregado para garantir a si mesmo uma vaga de trabalho. Destarte, as autoridades não conseguem *garantir* esse direito subjetivo, ou seja, não há eficácia e nem, portanto, *garantias secundárias*.

Nesse caso, segundo Zolo, não se está diante de uma *lacuna normativa* ou de uma “insuficiente elaboração técnica das garantias jurídicas”, como pensa Ferrajoli. Não é possível resolver esse problema por meio de instrumentos jurídicos, porque o problema é empírico-econômico: não existem vagas de trabalho para todos, e ponto final. O que existe aqui, na opinião de Zolo, é uma “incompatibilidade entre os códigos funcionais dos subsistemas sociais primários: o código do direito e o da economia”²⁵. Não há uma *insuficiência jurídica*, mas uma *impossibilidade funcional*. A teoria de Ferrajoli, neste ponto, é inútil para os fins a que se propõe e, por isso mesmo, cria falsas expectativas.

Como se pode constatar, Zolo adere à vertente teórica que considera a expressão *direitos sociais* um conceito paradoxal, por entender que o que é social não pode ser direito e, com base nisso, propõe a denominação *serviços sociais*.

Posicionando-se em outro flanco, Riccardo Guastini acusa Ferrajoli de sustentar simultaneamente duas teses contraditórias. Num primeiro momento, Ferrajoli estaria a afirmar que a *obrigação* correspondente a um direito está logicamente *implícita* na própria norma que assegura o direito — sendo desnecessário, portanto, que haja uma norma específica prevendo a obrigação. Cita um exemplo: na norma “Tício tem um direito frente a Caio” está implícito que Caio tem uma obrigação em face de Tício.

Num segundo momento, contraditoriamente segundo Guastini, Ferrajoli aduz que a *obrigação* correspondente a um direito pode não existir. Ou seja, pode não existir uma norma específica prevendo a obrigação (“Caio tem uma obrigação em face de Tício”), embora exista uma norma prevendo o direito (“Tício tem um direito frente a Caio”). Haveria nesta hipótese, segundo Ferrajoli, uma *lacuna*. Guastini, porém, entende essas duas proposições como sendo contraditórias. Ou se diz que “a um direito subjetivo (positivo ou negativo) *corresponde sempre* uma obrigação (positiva ou negativa)”, ou se sustenta, ao contrário, que “a obrigação correspondente ao direito pode não existir” — e, neste caso, concluiremos que “a um direito subjetivo *não corresponde necessariamente* uma obrigação”.

2 FUNDAMENTOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A indagação “Que direitos são fundamentais?” pode ser compreendida em três sentidos diferentes. Primeiro, como “*Quais são* os direitos fundamentais?” Essa pergunta sugere uma resposta juspositivista, que pode ser expressa nos seguintes termos: os direitos fundamentais são aqueles previstos na Constituição.

Num segundo sentido, a referida questão traduz-se como “*Quais devem ser* os direitos fundamentais?” A resposta, que neste caso tem caráter jusnaturalista ou axiológico, será: os direitos fundamentais são aqueles que garantam os valores ético-políticos que se decida assumir como fundamentais, tais como a vida, a liberdade, a igualdade, a paz, etc.

Identifica-se ainda um terceiro sentido na pergunta em tela: “*Que direitos* (por que razões, por que procedimentos e com que grau de efetividade) são de fato garantidos como fundamentais?” Caberia aqui uma resposta de cunho sociológico ou histórico: os direitos fundamentais efetivamente garantidos em nosso Estado são: o direito à liberdade, em grau razoável; o direito à propriedade, em pequena escala; o direito à igualdade não se encontra minimamente garantido.

Como se denota, nenhuma dessas três respostas pertence ao campo da teoria do direito. A primeira pertence à dogmática jurídica positiva; a segunda, à filosofia jurídica; e a terceira, à sociologia jurídica e à história do direito. Nenhuma das respostas diz “que são?”, mas “quais são”, “quais devem ser”, “por que são”, “com que grau de efetividade são”.

Só a teoria do direito pode oferecer uma *definição teórica* de direito fundamental. E, como toda definição teórica, ela será necessariamente: a) uma definição *estipulativa*, nem verdadeira nem falsa; e b) uma definição *formal*, isto é, destinada a identificar os *traços estruturais* do objeto definido²⁶.

A conceituação teórica, oferecida pela teoria do direito, é prévia a todas as demais. Primeiro é necessário definir o que se entende por *direito fundamental* para depois se conseguir saber onde buscar as respostas para as demais questões, de cunho dogmático, sociológico, filosófico ou histórico.

Por isso é que o estudo dos direitos fundamentais deve iniciar-se pela construção de uma definição teórica de direito fundamental. E é exatamente isso o que faz o mestre de Camerino ao propor a seguinte definição: direitos fundamentais “são aqueles *direitos subjetivos* que as *normas* de um determinado ordenamento jurídico atribuem universalmente a *todas as pessoas, cidadãos ou pessoas juridicamente capazes*”²⁷.

Como visto inicialmente, a expressão *direitos subjetivos* significa, nesse contexto, qualquer expectativa de ato jurídico, seja positiva (de prestações), seja negativa (de não causar lesão).

Ademais, os traços estruturais dessa definição são:

- a) a *forma universal* de sua *imputação* — entendido “universal” em seu sentido lógico e não valorativo de quantificação;
- b) seus estatutos de *regras gerais e abstratas* — normas *téticas*, que dispõem imediatamente sobre determinada situação, em oposição a normas hipotéticas;
- c) seu caráter *indisponível e inalienável* — em oposição aos direitos patrimoniais, que são excludentes de todos os demais.

2.1 TIPOLOGIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Tal definição de direitos fundamentais permite fundar duas tipologias. A primeira tipologia, *subjetiva*, foi exposta no artigo *Diritti fondamentali*, com que Ferrajoli desencadeou o debate em questão. No texto *I fondamenti dei diritti fondamentali*, publicado no ano 2000, com o intuito de responder a parte das críticas, ele desenvolve ainda mais aquela primeira tipologia, além de aclarar seus nexos com a segunda tipologia, a *objetiva*.

Analisemos cada uma dessas duas tipologias.

2.1.1 TIPOLOGIA SUBJETIVA

A tipologia *subjetiva* diz respeito à *classe dos sujeitos* a que se atribuem os direitos. Assim, incluem-se entre os direitos fundamentais três categorias de direito: a) os direitos da pessoa; b) os direitos do cidadão; c) os direitos do titular de capacidade de fato.

Combinando esses três fatores da tipologia subjetiva, Ferrajoli encontra os quatro tipos de direitos fundamentais: a) os *direitos humanos* — que pertencem a todas as pessoas enquanto tais, inclusivo aos não-cidadãos e aos não-titulares de capacidade de fato; b) os *direitos civis* — que pertencem aos titulares de capacidade de fato, independentemente de sua cidadania; c) os *direitos públicos* — que concernem às pessoas enquanto cidadãos, independentemente de sua capacidade de fato; d) os *direitos políticos* — atribuíveis às pessoas que sejam concomitantemente cidadãos e titulares de capacidade de fato.

Dessa forma, os *direitos humanos* e os *direitos civis* enquadram-se como *direitos da pessoa ou de personalidade*, sendo que os primeiros (os *direitos humanos*) constituem *direitos primários ou substanciais*, e os *direitos civis* constituem *direitos secundários ou formais*. Por outro lado, os *direitos públicos* e os *direitos políticos* são *direitos do cidadão ou de cidadania*, e também se subdividem em *direitos primários ou substanciais* (os *direitos públicos*) e *direitos secundários ou formais* (os *direitos políticos*).

Os *direitos de personalidade* pertencem a todas as pessoas, independentemente de sua cidadania. Os *direitos de cidadania* pertencem só aos cidadãos.

Os *direitos primários ou substanciais* pertencem a todas as pessoas, independentemente de sua capacidade de fato. Os *direitos secundários ou formais* pertencem só às pessoas titulares de capacidade de fato.

Esquemáticamente, pode-se representar assim a tipologia subjetiva de Ferrajoli:

Direitos fundamentais:	<i>a) da pessoa</i>	<i>b) do cidadão</i>
<i>x) direitos primários:</i>	direitos humanos	direitos públicos
<i>y) direitos secundários:</i>	direitos civis	direitos políticos

2.1.2 TIPOLOGIA OBJETIVA

A segunda tipologia, objetiva, diz respeito ao conteúdo dos direitos fundamentais, ou aos “tipos de comportamento que são o conteúdo de tais direitos”²⁸.

Dividem-se os direitos fundamentais, segundo a tipologia objetiva, em:

- a) *direitos primários* — que são os *direitos de liberdade* (direitos negativos ou de imunidade) e os *direitos sociais* (expectativas de prestações: saúde, educação, seguridade);
- b) *direitos secundários* — que são os direitos de autonomia: *direitos civis* (direitos de autonomia privada exercidos através de atos negociais de disposição sobre direitos patrimoniais) e *direitos políticos* (direitos de autonomia política exercitados através de atos públicos).

A *tipologia objetiva* mostrada no quadro abaixo evidencia que há uma assimetria entre as *duas distinções* indicadas pela *tipologia subjetiva*: é perfeita a coincidência no que se refere à distinção entre *direitos primários* e *direitos secundários* baseada no *elemento subjetivo* da “capacidade de fato dos titulares” e no *elemento objetivo* do “tipo de ato em que consiste seu exercício”; contudo, a coincidência entre *direitos da pessoa* e *direitos do cidadão* é apenas parcial.

Ademais, a distinção entre *direitos primários* e *direitos secundários* é insuperável, enquanto que a distinção entre *direitos da pessoa* e *direitos do cidadão* é superável.

Direitos fundamentais:	<i>a) da pessoa</i>	<i>b) do cidadão</i>
<i>x) direitos primários</i> (só expectativas):	direitos humanos: direitos de liberdade (expectativas negativas)	direitos públicos: (expectativas positivas)
<i>y) direitos secundários</i> (expectativas e poderes):	direitos civis (dir. de autonomia privada)	direitos políticos (dir. de autonomia política)

A *tipologia objetiva* permite ainda a distinção entre:

- a) *direitos primários* — aos quais Ferrajoli chama de *direitos substanciais* ou *finais*, porque consistem em *expectativas substanciais* (de não-lesão, no caso dos negativos; de prestação, no caso dos positivos) e, por conseguinte, em *benefícios* que se asseguram aos seus titulares;
- b) *direitos secundários* — aos quais ele chama de *direitos formais* ou *instrumentais*, porque são *poderes* e, como tais, encontram-se submetidos a limites e vínculos legais.

Com base nessa complexa sistematização, Ferrajoli conclui não poder excluir de sua definição de direitos fundamentais o *status* de cidadão, porque, embora o conceito de cidadão seja transitório e superável — ou “historicamente contingente” —, esse conceito é colocado atualmente em todos os ordenamentos estatais como pressuposto de boa parte dos direitos fundamentais assegurados pelas respectivas constituições. Sua exclusão produziria uma tese já não teórica, mas axiológica e utópica, que atribuiria todos os direitos a todos os seres humanos. E é nessa utopia que — replica Ferrajoli — correm o risco de soçobrar os seus críticos.

2.2 DIREITOS DE LIBERDADE E DIREITOS DE AUTONOMIA

Muitos pseudoproblemas imputados à teoria dos direitos fundamentais de Ferrajoli resultam, segundo ele, de *erros conceituais*, dentre os quais se destacam: a incompreensão da natureza de “poderes” que caracteriza os *direitos secundários* e a confusão entre direitos de *liberdade* e *direitos-poderes*.

De fato, tanto o direito real de propriedade, de um lado, quanto os direitos civis e os de liberdade, de outro, consistem nas *facultates agendi* que os civilistas chamam de *direitos absolutos* ou *erga omnes*. Entretanto, enquanto os *direitos de liberdade* (como os direitos civis de intercambiar bens de propriedade) são direitos universais (*omnium*) e, portanto, indisponíveis, o *direito real de propriedade* (como os outros direitos patrimoniais) é um direito-poder singular (*excludendi alios*) e, portanto, disponível.

Guastini questiona a noção de *indisponibilidade* como característica dos direitos fundamentais. Ferrajoli considera *indisponibilidade* e *universalidade* como duas das características dos direitos fundamentais e aponta o seguinte nexo entre elas: se o titular do direito puder alienar seu direito, deixará de ser o titular; se o indivíduo deixou de ser titular desse direito, isso significa que esse direito não é universal, pois o direito universal deve ser sempre atribuído a todas as pessoas.

Entende, no entanto, Guastini que a *indisponibilidade* não está logicamente implicada na *universalidade*: esta diz respeito à titularidade do direito, ao passo que a *indisponibilidade* refere-se ao seu exercício. Por exemplo: a liberdade individual é um direito fundamental. Não obstante, alguém pode ser privado da liberdade por decisão judicial. Diante desse exemplo, se seguíssemos a tese de Ferrajoli concluiríamos que a liberdade não é um direito fundamental.

Destarte, Guastini sugere a Ferrajoli que inclua em sua definição de direitos fundamentais a possibilidade de um direito fundamental tornar-se indisponível mediante norma específica.

Entende Ferrajoli que seus críticos incorrem no seguinte equívoco: confundem os *direitos de liberdade* com os *direitos de autonomia*. Os *direitos de liberdade* referem-se à *autonomia privada*; são direitos fundamentais primários, que consistem em simples *imunidades* frente a interferências. Já os *direitos de autonomia* propriamente ditos referem-se à *autonomia política*; tratam-se de direitos fundamentais secundários, que consistem em *poderes*. O erro dos críticos resulta do fato de que Thomas Marshall, em sua célebre classificação dos direitos de cidadania, confunde a ambos (direitos de liberdade e direitos de autonomia) na categoria de *direitos civis*. Atualmente, a maioria dos autores que incidem nesse erro confunde a ambos na categoria de “liberdades”²⁹.

3 FUNDAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. CRITÉRIOS DE DEFINIÇÃO

A teoria garantista aponta quatro critérios axiológicos que permitem definir o conceito de fundamento. Assim, o fundamento pode ser:

- a) *fundamento teórico* — relativo à *razão*. No que tange aos direitos fundamentais, refere-se à sua forma universal no plano da teoria do direito;
- b) *fundamento jurídico* — relativo à *fonte*. No que tange aos direitos fundamentais, refere-se à constituição ou leis fundamentais que os reconhecem no plano jurídico;
- c) *fundamento axiológico* — relativo à *justificação*. No que tange aos direitos fundamentais, refere-se aos valores assumidos como básicos no plano axiológico;

d) *fundamento histórico e sociológico* — relativo à *origem*. No que tange aos direitos fundamentais, refere-se aos processos políticos e sociais pelos quais eles são promovidos e implementados no plano histórico ou sociológico.

O fundamento teórico e o fundamento jurídico — este baseado no princípio juspositivista da legalidade — não oferecem grandes problemas. O primeiro tem mera finalidade *explicativa*; o segundo dispõe que são direitos fundamentais “aqueles direitos que as normas constitucionais ou legais [...] atribuem universalmente a todos enquanto pessoas, cidadãos ou capazes de fato”³⁰.

O verdadeiro problema, de caráter filosófico-político ou de teoria da justiça, é o do *fundamento axiológico* dos direitos fundamentais. Esse problema se expressa na pergunta: “Que direitos *devem ser* tutelados como fundamentais?” A resposta aqui é de tipo não-assertivo senão normativo, e exige a escolha de *fins* ou *valores ético-políticos*.

Partindo do clássico axioma da moral kantiana, segundo o qual o *valor da pessoa humana* deve ser tomado como o *fim* do direito, Ferrajoli identifica quatro critérios axiológicos, a saber:

- 1°) baseado no nexó entre direitos fundamentais e *igualdade*;
- 2°) baseado no nexó entre direitos fundamentais e *democracia*;
- 3°) baseado no nexó entre direitos fundamentais e *paz*, conforme estabelecido no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948;
- 4°) baseado no papel dos direitos fundamentais como *lei do mais fraco*.

3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E IGUALDADE

O primeiro critério axiológico de definição do fundamento dos direitos fundamentais se baseia no nexó entre direitos fundamentais e igualdade.

Por entender a igualdade como “igualdade perante a lei”, Ferrajoli identifica a *igualdade* com as normas *téticas* e a *desigualdade*, com as normas *hipotéticas*. Normas téticas são as regras gerais e abstratas que asseguram direitos — sejam liberdades ou poderes — a todos os integrantes da classe de sujeitos respectiva; normas hipotéticas são as que tratam de situações e atos singulares.

O nexó entre direitos fundamentais e igualdade é estabelecido precisamente — ainda que sem nenhuma conotação axiológica — pela definição formal dos primeiros como “direitos universais”. E aqui retorna-se à questão da distinção entre direitos *fundamentais* e direitos *patrimoniais*, vinculando os primeiros à *igualdade jurídica*, e os segundos, à *desigualdade jurídica*.

Neste ponto, Ferrajoli reconhece alguns problemas, dentre os quais a diferença entre *ser humano* e *pessoa* no plano da teoria do direito. Existem propostas hoje, no direito internacional, de reconhecer-se o *status* de pessoa a todos os seres humanos.

Quanto à crítica lançada por Alfonso Catania, relativa à comparação entre direitos de cidadania e direitos de personalidade, Ferrajoli declara que em nenhum momento

propôs “uma progressiva abolição da cidadania”, mas simplesmente disse que, no plano do direito vigente, é a personalidade, e não a cidadania, o principal “contenedor” dos direitos humanos³¹.

Outra censura dirigida ao garantismo proclama que a pretensão de reconhecer um caráter *universal* aos direitos fundamentais é *utópica*. O próprio Ferrajoli concorda com o *fato* de que o universalismo é (a) ainda *desconhecido* pelas atuais teorias da cidadania e (b) clamorosamente *violado* pelas legislações em matéria de estrangeiro e imigrante. Esse *fato*, no entanto, não torna *utópica* a postulação de universalidade dos direitos fundamentais, que é uma postulação teórica e não sociológica ou histórica.

Ainda inspirados na idéia de utopia, os críticos — sobretudo Danilo Zolo — asseveram que a falta de homogeneidade cultural é um obstáculo a um constitucionalismo mundial. Ferrajoli, por sua vez, acentua que vem aumentando o grau de homogeneidade social e de identidade cultural coletiva entre os países, inclusive como conseqüência do sentido de igualdade gerado pelo Direito e, em especial, pela teoria dos direitos fundamentais.

Baccelli é outro que questiona a pretensão de universalidade dos direitos fundamentais, ao argumento de que o universalismo implica a negação do multiculturalismo. Em resposta, Ferrajoli afirma que, ao contrário, o universalismo e o direito clássico de liberdade, ao garantirem igual valor e dignidade a todas as pessoas independentemente de suas diferentes identidades culturais, são justamente o único meio de proteger tais diferenças³².

3.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

O segundo critério axiológico de identificação do fundamento dos direitos fundamentais tem por base o nexó entre direitos fundamentais e democracia constitucional.

A respeito das críticas de Anna Pintore relativas ao conteúdo axiológico atribuído por Ferrajoli às normas constitucionais, ele responde que a distinção entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais (identificados, respectivamente, com a igualdade e com a desigualdade jurídicas) não diz nada sobre os *conteúdos concretos* das normas constitucionais. Diz apenas que as normas constitucionais, por estarem supraordenadas em relação às ordinárias, condicionam a *validade* destas, não só quanto à sua *forma* mas também quanto à sua *substância* (isto é, quanto ao seu *conteúdo*). Mas não pretende definir qual é o *conteúdo* ou o *valor axiológico* efetivo associado às normas.

Esse raciocínio reconduz à teoria da distinção entre *democracia formal* e *democracia substancial*. A tese de Ferrajoli sobre *democracia e direitos fundamentais* é tese de teoria do direito e, por isso, não pretende encontrar *solução* para o problema filosófico dos fundamentos de uma e de outros. Sua tese se limita a constatar um *fato*: que os direitos fundamentais estabelecidos por uma constituição rígida *impõe* — goste-se ou não — limites e vínculos substanciais. É uma tese *explicativa* e não *normativa*.

Ferrajoli acata parcialmente uma das críticas oferecidas por Michelangelo Bovera. Diz Bovera que os direitos de liberdade, os direitos civis e os direitos sociais — diferentemente dos direitos políticos — não guardam relação nenhuma com a democracia que, segundo seu significado etimológico, designa apenas a “forma de governo baseada no poder do povo”³³.

Em outras palavras, cada um dos quatro tipos de direitos fundamentais podem subsistir na ausência dos outros. Porém, na falta dos *direitos políticos*, não teria sentido — ainda que estivessem presentes as outras três classes de direitos (civis, sociais e de liberdade) — falar em *democracia*. Portanto, toda *democracia* é necessariamente *política*; é redundante dizer *democracia política*. Por outro lado, não fazem sentido as expressões *democracia social*, *democracia civil* e *democracia liberal*.

Em defesa, esclarece Ferrajoli que em sua teoria ele não trata simplesmente da *democracia política*, nem da *democracia em geral*. Trata sim de um tipo específico de democracia: a *democracia constitucional*, isto é, a democracia dotada de uma constituição rígida que “impõe vínculos e limites substanciais (ou de conteúdo) ao método e ao poder democrático”³⁴.

E isso justifica que se fale em: a) *democracia civil*, pois não pode existir democracia civil na ausência de direitos civis; b) *democracia social* ou *socialdemocracia*, pois não pode existir socialdemocracia na ausência de direitos sociais; e c) *democracia liberal* ou *liberal-democracia*, pois não pode existir liberaldemocracia na ausência de direitos de liberdade.

Nesse contexto, a palavra *democracia* está identificada com os limites (direitos negativos) e vínculos (direitos positivos) substanciais que numa democracia impõem-se, com base no poder do povo, segundo os direitos constitucionalmente estabelecidos.

Por outro lado, *democracia* não significa apenas a “forma de governo baseada no poder do povo”. A participação do povo pressupõe “imunidades, poderes, expectativas e necessidades garantidos a todos”³⁵. Bobbio afirma que a democracia não é só um método, mas também um ideal: o ideal igualitário³⁶. A democracia não é simplesmente o consenso de todos, pois o seu papel inclui a tutela das minorais, que representam muitas vezes os sujeitos mais fracos.

A crítica de Anna Pintore à definição de *democracia substancial* elaborada por Ferrajoli é por ele longamente rebatida. Na verdade, o que alarma Anna Pintore é a idéia de constituição “como contrato *social* de forma escrita e positiva”³⁷. Ou seja, o que a perturba é o fato de as constituições conterem vínculos e limites. Declara aquela eminente jurista: “cremos nos direitos porque cremos na *autonomia* dos indivíduos”³⁸. Nisto Ferrajoli discorda: a autonomia dos indivíduos é só um dos direitos, de qualquer forma submetido à lei e não mais importante que os demais direitos. A autonomia política e a autonomia privada são de fato direitos, mas são direitos-poderes que, como tais, exigem limites e vínculos. Precisamente por isso, isto é, para evitar os “riscos e tragédias” sugeridos por Anna, foram criadas as constituições rígidas a fim de evitar possíveis abusos. Como se nota, há entre Ferrajoli e Anna Pintore uma divergência de fundo: ela é adepta do liberalismo clássico³⁹; ele propõe um liberalismo social, mais abrangente.

3.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E PAZ

O terceiro critério axiológico apontado por Ferrajoli parte do nexa entre direitos fundamentais e paz, e leva em consideração o direito à autodeterminação dos povos. Um primeiro aspecto do nexa entre direitos humanos e paz é o seguinte: as guerras hoje afligem quase que exclusivamente as populações civis — daí porque a questão da paz e da guerra afeta diretamente a tutela dos direitos humanos.

Um outro aspecto: o Ocidente quer impor mediante violência seus próprios valores ao resto do mundo, e isso tem reflexos óbvios no campo dos direitos humanos. A invasão norte-americana do Afeganistão e o subseqüente ataque ao Iraque falam por si.

Enfim, o *direito de autodeterminação dos povos* é ainda um direito muito frágil, na medida que sofre sérias limitações em razão dos problemas e atritos que caracterizam as relações internacionais. De qualquer forma, cabe ao próprio direito positivo o grande desafio de identificar o âmbito e os limites da *autodeterminação popular* com o objetivo de manutenção da paz.

3.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E TUTELA DO MAIS FRACO

O quarto critério axiológico que permite compreender o fundamento dos direitos fundamentais considera o nexó entre estes e a tutela do mais débil. Tem como pano de fundo as falácias do relativismo cultural. Trata-se, a nosso ver, do critério mais forte, dentre aqueles sustentados por Ferrajoli, por ser o que coincide de forma mais evidente com as razões históricas que informaram os processos de formação dos direitos fundamentais.

De fato, os direitos fundamentais se desenvolveram sob o influxo da necessidade de se criar meios de tutela do mais fraco. Aí reside o nexó entre os primeiros e esta tutela.

Nesse ponto, renovam-se e ganham novo alento os ataques à pretensão ferrajoliana de universalidade dos direitos fundamentais. Questionam-na, por exemplo, Guastini e Zolo, com base nos argumentos de que ela se sustenta em um conceito vazio e, portanto, não é uma característica importante ou “teoricamente útil”⁷⁴⁰ dos direitos fundamentais. Por que Guastini e Zolo consideram a universalidade um conceito vazio? Porque sempre haverá a necessidade de especificar-se quem são os membros da *universalidade* à qual está se referindo. Na dicção de Guastini, sempre será preciso “selecionar os predicados em relação aos quais a quantificação universal resulta significativa”⁷⁴¹. A maior prova disso é que o próprio Ferrajoli qualifica um direito como fundamental quando seja conferido a todas as pessoas físicas *ou* a todos os cidadãos *ou* a todos os titulares de capacidade de fato.

A partir desse raciocínio, Guastini empreende as seguintes objeções:

- a) se direito universal é aquele conferido a “todas as pessoas físicas”, não poderá ser universal aquele direito conferido apenas aos cidadãos ou apenas aos titulares de capacidade de fato;
- b) o garantismo constitucional não esclarece por que os predicados significativos devem ser os três mencionados, quais sejam: personalidade, cidadania e capacidade de fato. Uma norma que, por exemplo, conferisse o direito de voto aos *residentes* no Estado não seria universal, segundo a estipulação de Ferrajoli;
- c) uma norma que confira um direito a determinada classe de sujeitos (por exemplo, os cidadãos) implica necessariamente o problema de *identificar* os membros da classe em questão. Se a lei definir como cidadão apenas o “professor de filosofia do direito da Universidade de Camerino”, a universalidade

de sujeitos — segundo a definição ferrajoliana — seria composta de apenas um indivíduo! Essa é, para Guastini, mais uma prova de que o conceito de universalidade de Ferrajoli é logicamente falho.

Não bastasse isso, Baccelli também se opõe ao universalismo de Ferrajoli, centrado no seguinte argumento: os *direitos humanos* não são universais como pretendem os ocidentais; são um conceito criado por uma suposta *monocultura ocidental*. Assim, os direitos humanos acabam sendo apresentados como uma espécie de *apêndice* da cidadania ocidental. No fundo, esse argumento de Baccelli sintetiza as críticas dirigidas pelos adeptos do relativismo cultural ao conceito universal de direitos defendido por Ferrajoli e outros estudiosos ligados à socialdemocracia.

Para refutar essas críticas, Ferrajoli afirma que elas incorrem em três ordens de falácias:

- a) a falácia de tipo *metaético* — já que a crítica ao universalismo se realiza em nome do mesmo universalismo que intenta objetar;
- b) a falácia de tipo *jurídico* — posto que a crítica confunde o universalismo dos direitos *como convenção jurídica* e o universalismo *como doutrina moral*. Ou seja, ela parte da suposição de que o primeiro deva implicar a aceitação do segundo;
- c) a falácia de tipo *metajurídico* — e aqui identifica-se duas confusões. Primeiro, a crítica pressupõe que a *legitimidade* dos direitos humanos se funda no *consenso* prestado pela maioria. Porém, não se pode confundir a *universalidade dos direitos fundamentais* (assegurados a “todos” os seres humanos enquanto pessoas, cidadãos ou titulares de capacidade de fato) com a *universalidade de consenso* (caso em que poucos seriam os princípios ou valores que alcançariam a qualificação de “direito fundamental”). Em segundo lugar, a crítica confunde o paradigma do Estado de direito e o da democracia política (em virtude da qual uma norma só é legítima se querida pela maioria). Ocorre que, ao contrário de todas as outras normas, os *direitos fundamentais* são precisamente direitos *contra* a maioria (estabelecidos no “pacto constitucional de convivência” como limites e vínculos: a esfera do que não pode ser decidido pela maioria).

3.5 CRÍTICAS À TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE FERRAJOLI

Outros questionamentos surgiram aos postulados contidos no ensaio *Diritti fondamentali*, publicado por Ferrajoli em 1998, e à sua proposta de definição puramente formal ou estrutural de direito fundamental.

Interessa destacar alguns desses questionamentos.

No que tange à tese da *república ideal*, Ermanno Vitale inquire: seria correto dizer que a definição formal de direito fundamental é ideologicamente neutra? Pode-se falar em um juspositivismo do *dever-ser*? Qual o lugar da moral e da política na democracia substancial, ou, em outros termos, a moral e a política são fatores residuais na *democracia*

substancial? A idéia de contrato social serve efetivamente como uma metáfora da democracia? A desigualdade nos direitos e o racismo são coessenciais?

No que diz respeito à explanação de Ferrajoli sobre a *democracia substancial*, Zolo assevera que ele passa bruscamente do plano da lógica formal — em que trabalha com a elaboração de um conceito formal de direitos fundamentais — para o plano da teoria normativa — quando passa a tratar da teoria da democracia constitucional. Diante disso, questiona se uma formulação lógica formal — estabelecida no campo jurídico — pode oferecer o “fundamento essencial” para uma teoria normativa — residente no campo da política?

Quanto ao confronto entre as noções de liberdade e de propriedade, Zolo assevera que Ferrajoli incorre num equívoco semântico no que concerne ao emprego do termo *propriedade*. Afirmo o mestre de Camerino que os direitos reais de propriedade — ao contrário do direito de adquirir propriedade — “são particulares e exclusivos e estão na base da desigualdade jurídica”⁴². Ocorre, todavia, que muitos direitos sociais — que Ferrajoli inclui entre os direitos fundamentais *includentes* — atribuem ao sujeito um direito a consumir (recursos naturais, serviços, produtos, financiamentos), direito esse que exclui das demais pessoas a possibilidade de desfrutar do bem ou serviço — da mesma forma que o exercício da propriedade!

A distinção feita por Ferrajoli entre direito real de propriedade e direito fundamental, por conseguinte, apresentaria uma falha fundamental, que a invalidaria.

O cotejamento entre liberdade, propriedade e igualdade dá causa a outra objeção de Zolo. A teoria de Ferrajoli suscita a existência de uma relação conflituosa entre *liberdade e igualdade* e, mais pontualmente, entre *propriedade e igualdade*. Ela, no entanto — acusa Zolo — não esclarece como se poderia resolver esse problema. Diante de tal omissão, indagar-se-ia: os direitos patrimoniais deveriam ser excluídos do grupo dos direitos constitucionalmente protegidos? Seria necessária uma subordinação mais intensa dos direitos de propriedade às exigências coletivas? Dever-se-ia reduzir seu potencial de exclusão social mediante adoção de formas de propriedades plurais ou de apropriação atenuada?

No campo da conceituação dos direitos de liberdade, Ferrajoli defende a necessidade de superação da soberania estatal por meio da efetivação de uma cidadania universal e da construção de uma democracia constitucional de dimensão planetária. Também em torno desse tema Zolo lança sua divergência: muito embora Ferrajoli considere equivocada e conservadora a perspectiva daqueles que pensam que os Estados nacionais ainda desempenham funções úteis e importantes, o fato é que não existe qualquer dado empírico a indicar como provável ou possível, num futuro próximo, a abertura universal das fronteiras estatais e a implantação de uma ordem jurídica obrigatória mundial.

CONCLUSÃO

Os quatro critérios axiológicos — igualdade, democracia, paz e tutela do mais fraco — propostos por Ferrajoli para identificar no plano axiológico os direitos fundamentais são convergentes e complementares entre si.

Hoje, o absolutismo que se põe à democracia tem duas fontes.

De um lado, o velho absolutismo da soberania externa dos Estados, que se manifesta na reabilitação da guerra como meio de solução das controvérsias internacionais e nos genocídios do século XX que ainda permanecem impunes.

De outro lado, o neo-absolutismo dos grandes poderes econômicos e financeiros transnacionais, que se manifesta na crise das Constituições estatais, no retrocesso e na crise do *Welfare state* e das garantias dos direitos sociais, na ausência de regras para as relações econômicas e industriais no plano internacional, que é a nova *Grundnorm* postulada pelo atual *anarcocapitalismo global*.

Assim, o constitucionalismo democrático, apesar das conquistas que teve ao longo do século XX, talvez ainda seja um “programa para o futuro”⁴³. E esse programa terá que se expandir em três direções:

- a) na direção da garantia de todos os direitos; não só os direitos de liberdade, mas também os direitos sociais;
- b) na de valer contra todos os poderes; não só contra os poderes públicos, mas também contra os poderes privados, tanto nacionais como transnacionais;
- c) afinal, na direção de aplicar-se em todos os níveis; não só no nível do direito estatal, mas também no do direito internacional.

Portanto, o futuro do constitucionalismo jurídico — e, com ele, o da democracia — dependerá dessa tríplice articulação: a de um constitucionalismo social acrescido ao constitucionalismo liberal; a de um constitucionalismo de direito privado somado ao de direito público; e a de um constitucionalismo internacional agregado ao constitucionalismo estatal clássico.

CITACÕES

¹ FERRAJOLI, Luigi et al. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Traducción de Perfecto Andrés et al. Madrid: Trotta, 2001. p. 19.

² Ibid., p. 19.

³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 142.

⁴ Ibid., p. 148.

⁵ Ibid., p. 150.

⁶ Ibid., p. 154.

⁷ Ibid., p. 155.

⁸ FERRAJOLI et al., op. cit., p. 19.

- ⁹ BOBBIO, Norberto. **Contribución a la teoría del derecho**. Traducción, estudio preliminar e recopilación de Alfonso Ruiz Míquel. Valencia: Fernando Torres, 1980. p. 315.
- ¹⁰ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 80.
- ¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et al. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 866.
- ¹² Ibid., p. 886.
- ¹³ Ibid., p. 876.
- ¹⁴ Miguel Reale estabelece uma sinonímia entre personalidade e capacidade. Para ele, a “personalidade é a capacidade *in abstracto* de ser sujeito de direitos ou obrigações, ou seja, de exercer determinadas atividades e de cumprir determinados deveres decorrentes da convivência em sociedade. O conceito de capacidade, em sentido estrito e próprio, não se confunde, porém, com o de personalidade. A palavra ‘capacidade’ por si mesma está dizendo que ela indica uma extensão do exercício da personalidade, como que a *medida da personalidade em concreto*” (REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 9ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 228).
- ¹⁵ Ferrajoli refere-se aqui à clássica distinção entre *capacidade de fato* ou *capacidade de gozo*, ou seja, a de ser titular de direitos, que se refere às condições materiais de exercício, e *capacidade de direito* ou *capacidade de exercício de direitos*, isto é, a de pessoalmente atuar na órbita do direito, que concerne portanto à aptidão legal para a prática pessoal dos atos jurídicos (RODRIGUES, Silvio. 10ª ed. rev. e atual. **Direito Civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 1, p. 41).
- ¹⁶ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 92.
- ¹⁷ FERRAJOLI et al, op. cit., p. 27.
- ¹⁸ MARSHALL, T. H. A. **Cidadania, classe social e status**. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1977. p. 64.
- ¹⁹ COELHO, Lígia Martha C. da Costa. Sobre o conceito de cidadania: uma crítica a Marshall, uma atitude antropofágica. **Revista Tempo Brasileiro**: Cidadania/emancipação, Rio de Janeiro, nº 100, jan./mar. 1990, p. 64.
- ²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Introducción de Perfecto Andrés Ibáñez; traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2001. p. 99.
- ²¹ Ibid., p. 59.
- ²² KELSEN, op. cit., p. 148.
- ²³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 14ª tir. Rio de Janeiro: Campus, 2001. p. 25
- ²⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 105.

²⁵ FERRAJOLI et al, op. cit., p. 95.

²⁶ FERRAJOLI et al, op. cit., p. 290.

²⁷ Ibid., p. 291.

²⁸ Ibid., p. 292-3.

²⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho ductil: ley, derechos y justicia.** Traducción de Marina Gascón; epílogo de Gregorio Peces-Barba. Madrid: Trotta, 1995. p. 75.

³⁰ FERRAJOLI et al, op. cit., p. 315.

³¹ Ibid., p. 335.

³² Ibid., p. 338.

³³ Ibid., p. 342.

³⁴ Ibid., p. 344.

³⁵ Ibid., p. 346.

³⁶ BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de política.** Tradução de Carmen C. Varriale et al.; coordenação da tradução de João Ferreira. 9ª ed. Brasília: Ed. da Universidade de Brasília, 1997. v.1, p. 328.

³⁷ FERRAJOLI et al, op. cit., p. 348.

³⁸ Ibid., p. 355.

³⁹ GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica.** Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 71-73.

⁴⁰ FERRAJOLI et al, op. cit., p. 80.

⁴¹ Ibid., p. 60.

⁴² Ibid., p. 85.

⁴³ FERRAJOLI, et al, op. cit., p. 374.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 14ª tir. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

_____. **Contribución a la teoría del derecho.** Traducción, estudio preliminar e recopilación de Alfonso Ruiz Miguel. Valencia: F. Torres, 1980.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale et al.; coordenação da tradução de João Ferreira. 9ª ed. Brasília, DF: Ed. da Universidade de Brasília, 1997. 2 v.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

COELHO, Lígia Martha C. da Costa. Sobre o conceito de cidadania: uma crítica a Marshall, uma atitude antropofágica. **Revista Tempo Brasileiro: Cidadania/emancipação**, Rio de Janeiro, nº 100, p. 9-30, jan./mar. 1990.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: M. Fontes, 2000. (Justiça e direito).

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et al. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2000.

_____. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Introducción de Perfecto Andrés Ibáñez; traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2001.

_____ et al. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Traducción de Perfecto Andrés et al. Madrid: Trotta, 2001.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4ª ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MARSHALL, T. H. A. **Cidadania, classe social e status**. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 9ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1981.

RODRIGUES, Silvio. 10ª ed. rev. e atual. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1980.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho ductil**: ley, derechos y justicia. Traducción de Marina Gascón; epílogo de Gregorio Peces-Barba. Madrid: Trotta, 1995.

“INVESTIDAS CONTRA A PESSOA DO TRABALHADOR OU NOTAS SOBRE O TRABALHO ESCRAVO”

Ari Pedro Lorenzetti

Juiz do trabalho substituto do TRT da 18ª Região

[...]
*Na primeira noite eles se aproximam
e roubam uma flor
do nosso jardim.
E não dizemos nada.
Na segunda noite, já não se escondem;
pisam as flores,
matam nosso cão,
e não dizemos nada.
Até que um dia,
o mais frágil deles
entra sozinho em nossa casa,
rouba-nos a luz, e,
conhecendo nosso medo,
arranca-nos a voz da garganta.
E já não podemos dizer nada.
[...]*

(Trecho do poema *No caminho com Maiakóvski*, de Eduardo Alves da Costa).

A) CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Conquanto superadas as doutrinas que negavam o caráter contratual à relação de emprego, certo é que persistem em algumas disposições legais e na cabeça de alguns operadores do Direito do Trabalho concepções incompatíveis com a natureza negocial reconhecida àquele vínculo jurídico. O objetivo do presente artigo é passar em revista a algumas dessas situações, demonstrando que a lei ou sua interpretação, como vem sendo feita por alguns, importa em converter a relação de emprego em vínculo pessoal de subordinação, o que pode auxiliar a compreender a persistência, nos dias atuais, do labor em condições análogas às dos antigos escravos.

Resultando a relação de emprego de um contrato, ainda que sujeito ao dirigismo estatal, as obrigações resultantes não podem ir além do que foi pactuado ou decorre das normas legais e profissionais aplicáveis à espécie. Por outro lado, na interpretação das obrigações das partes, deve-se ter em mente que o vínculo que une empregado e empregador não é de natureza pessoal, mas restringe-se ao cumprimento das obrigações contratualmente assumidas ou impostas pelas normas pertinentes.

Todavia, o fato de se revestir a prestação laboral de subordinação tem levado alguns operadores a sustentarem a submissão completa do empregado aos interesses do empregador, ainda quando fora e alheio à execução contratual. Apesar disso, conforme entendimento amplamente dominante, a subordinação típica do contrato de trabalho é de natureza jurídica, e não pessoal ou social. Assim, o empregado é subordinado porque se colocou nessa condição, porque consentiu, pelo contrato, que seu trabalho fosse dirigido por outrem. Nas palavras de *Délio Maranhão*, “a subordinação do empregado é jurídica, porque resulta de um contrato: nele encontra seus fundamentos e limites”¹.

Acresce o mesmo autor que o conteúdo da subordinação, no contrato de trabalho “não pode assimilar-se ao sentido predominante na Idade Média: o empregado não é servo e o empregador não é senhor. Há de partir-se do pressuposto da liberdade individual e da dignidade da pessoa do trabalhador. Como escreve *Evaristo de Moraes Filho*, ‘é de todo incompatível com a dignidade humana a teoria de alguns autores alemães - neste particular, verdadeiros precursores da Carta de Trabalho nazista de 1934 - que vêem na relação de trabalho uma relação senhorial, na qual uma das partes tem todo o poder e à outra compete somente obedecer’. Tem razão portanto, *Sanseverino*, quando frisa que a subordinação própria do contrato de trabalho não sujeita ao empregador toda a pessoa do empregado, sendo, como é, limitada ao âmbito da execução do trabalho contratado. A subordinação não cria um *status subjectionis*; é, apenas, uma situação jurídica”².

Embora, teoricamente, tal regra geral pareça não merecer contestação nos dias atuais, na prática, os posicionamentos tomados diante de determinadas situações concretas, inclusive em face de determinadas normas legais, implicam justamente numa negativa da liberdade do trabalhador, tamanha a invasão que se admite em sua vida privada por parte do empregador.

E para que não fiquemos nas afirmações genéricas, vejamos algumas situações concretas em que se manifesta a interferência indevida do empregador na vida particular do empregado.

B) RESTRIÇÃO À LIBERDADE DURANTE AS FÉRIAS

Consoante o art. 138 da CLT, “durante as férias, o empregado não poderá prestar serviços a outro empregador, salvo se estiver obrigado a fazê-lo em virtude de contrato de trabalho regularmente mantido com aquele”.

Ora, já de início, constata-se que tal dispositivo adota um posicionamento equivocado acerca do significado das férias. Estar de férias não é sinônimo de não fazer nada, ficar à toa. Durante as férias, o descanso não decorre da ociosidade, mas sim de ocupar-se com outras atividades, deixando para trás as preocupações do trabalho. E se o trabalhador tem outro emprego em nada ficam prejudicadas suas férias em relação ao empregador que as concedeu pelo fato de continuar laborando para o outro contratante.

Nesse sentido, revela-se inaceitável a interpretação de que o empregado não poderia firmar novo contrato durante as férias, seja para continuar exclusivamente nele ao término do recesso, seja para, a partir de então, manter dois contratos, seja, por fim, para ocupar-se apenas durante as férias.

Certamente que os que entendem que haveria falta contratual, se o empregado contraísse novo emprego durante as férias, não adotariam igual solução caso o empregado de férias simplesmente se engajasse em algum serviço voluntário ou fosse fazer um curso de aperfeiçoamento profissional ou pessoal. Ora, em qualquer dos casos, o empregado não estaria parado, mas se ocupando com outras atividades. Nem só por isso, no entanto, pode-se dizer que esteja descumprindo suas obrigações contratuais.

Nem se argumente que o empregado poderia sofrer um acidente no segundo trabalho e, com isso, causar prejuízos ao primeiro empregador, uma vez que o mesmo poderia ocorrer se, durante o período de férias, ou mesmo nos finais de semana, o trabalhador se envolvesse em atividades esportivas ou de qualquer outra natureza que possam trazer-lhe algum dano físico. Ou acaso alguém ousaria sustentar que o empregado comete falta contratual só porque se machuca num final de semana enquanto joga futebol com os amigos ou sofre um acidente de trânsito em uma viagem de lazer, por exemplo?

A finalidade das férias é o desligamento das obrigações de prestar trabalho e o afastamento do ambiente em que o empregado executa o contrato, a fim de recuperar-se do estresse que aqueles lhe proporcionam. E, para fazê-lo, o empregado tem o direito de se ocupar com o que bem entender, não sendo dado ao empregador imiscuir-se em sua vida privada para definir ou averiguar como está usando seu tempo livre.

Por outro lado, conforme destacou *Valentin Carrion*, a interferência na vida pessoal do empregado é de duvidosa constitucionalidade, além de não ser a forma adequada de proporcionar ao trabalhador melhores condições de vida:

“Proibição de trabalho. A intenção do legislador teria sido, presume-se, estimular o descanso do empregado, para seu bem-estar físico e mental; este desejo se concretiza com a melhora do nível de vida; não é resultado de normas legais. A proibição carece de sanção expressa e é de discutível constitucionalidade, por ferir a liberdade da pessoa”³³.

O empregador só poderá insurgir-se contra o fato de o empregado ter trabalhado para outrem durante as férias se demonstrar inequivocamente que dessa conduta lhe resultaram efetivos prejuízos, isto é, que o empregado, ao retornar de férias, não se apresentou em condições para dar prosseguimento normal às suas funções e que isso foi conseqüência de não haver dedicado o período de férias ao descanso. Assim, somente evidenciando que o trabalho para outro tomador, durante as férias, lhe trouxe efetivo prejuízo é que poderá considerar a conduta do empregado, naquele período, como falta contratual. Não cabe, porém, nem sequer uma presunção de que o simples fato de ter executado alguma atividade durante as férias seja o bastante para caracterizar a quebra das obrigações contratuais. Do contrário, se o empregado, durante as férias, se ativasse na reforma de sua residência, por exemplo, também haveria de ser considerado como faltoso.

Assim, se o empregador não pode proibir o empregado de realizar outras atividades durante as férias, também não pode impedi-lo de ativar-se em outro emprego. Não é demais lembrar que o art. 138 da CLT foi produzido numa época em que as liberdades

individuais não tinham relevância alguma para os condutores da política nacional. Por sinal, foi introduzido em nosso ordenamento jurídico positivo sem passar pelo crivo do Congresso Nacional, sendo fruto de um Decreto-lei do Executivo. Não se trata, pois, de mera coincidência. Não bastasse isso, o mesmo diploma legal veio autorizar o empregado a trocar 1/3 de suas férias por dinheiro (CLT, art. 143).

c) INTERFERÊNCIA NOS INTERVALOS E FOLGAS SEMANAIS

Cumprindo o trabalhador a jornada laboral avençada, os intervalos legais ou convencionais lhe pertencem, não cabendo ao empregador imiscuir-se no uso que deles faz o empregado.

Assim, o empregador não pode determinar o que o empregado deverá fazer durante os intervalos intrajornada, interjornadas ou, mesmo, nas folgas semanais. Não pode, assim, determinar que o empregado se submeta a cursos fora da jornada contratual, a não ser com a sua concordância.

Por outro lado, se o empregador exigir a participação em algum curso ou atividade, fora do horário de trabalho, ainda que aquela atividade traga proveito ao empregado, por exemplo, possibilitando uma melhoria salarial, deverá remunerar o período correspondente, uma vez que o mesmo considera-se como parte do contrato de trabalho.

Nota-se, entretanto, em algumas categorias, certas determinações e controles até abusivos sobre o que os trabalhadores fazem fora do ambiente e horário de trabalho, chegando em alguns casos a regular até a conduta sexual, fato não incomum entre os desportistas profissionais.

Por outro lado, não raro também, tomam-se em consideração as atividades do trabalhador, fora do ambiente de trabalho para promover dispensas, sem que qualquer consideração com os resultados de seu trabalho: opção sexual, estado civil, opinião política etc. Tais posições não deixam de revelar uma interferência do empregador sobre as decisões pessoais do empregado, alheias ao trabalho.

Assim, toda forma de controle sobre o que o empregado faz ou onde vai fora do horário de trabalho é interferência indevida, invasão da vida pessoal do trabalhador não autorizada pelo contrato de trabalho, nem pela lei. Os poderes do empregador se esgotam nos limites do contrato, ressalvado apenas o direito que lhe é reconhecido de aplicar sanções contratuais, que é uma forma de autotutela. Os lugares que o empregado frequenta, o que faz ou deixa de fazer em seu tempo livre são questões que só dizem respeito a ele, só tendo o empregador direito de intervir na medida em que repercutirem na execução do contrato, o que deverá ser cabalmente demonstrado.

Por outro lado, as alterações de intervalos ou horários de trabalho também sujeitam-se à previsão do art. 468 da CLT, não se podendo admitir que o empregado fique o tempo todo à disposição do empregador, como se existisse tão somente para atender aos interesses deste.

D) A VIDA PESSOAL DO EMPREGADO COMO JUSTA CAUSA

Na mesma linha dos aspectos referidos acima, uma forma nitidamente destoante da natureza contratual do vínculo de emprego constitui na invocação da embriaguez fora do serviço como falta contratual. Ora, só pode ser considerado falta contratual o descumprimento das obrigações resultantes do contrato, ainda que sob a forma de inobservância dos deveres anexos de conduta, como tais considerados, por exemplo, o dever de tratamento respeitoso aos colegas de trabalho, ao empregador e a seus clientes.

Todavia, o fato de o empregado, após cumprida sua jornada de trabalho ou no curso de sua folga semanal freqüentar uma igreja, um bar ou até mesmo um prostíbulo, em princípio e como regra, não faz diferença alguma para o empregador. Pelo menos não se pode presumir que a presença do reclamante num dos locais citados possa configurar uma falta contratual.

Assim, não é o simples fato de o empregado freqüentar um bar e sair de lá ébrio, ainda que faça isso todo final de semana, que autoriza o empregador a dispensá-lo por justa causa, senão o fato de, em razão daquela conduta, ter afetado o rendimento que o empregador poderia legitimamente dele esperar na execução do contrato ou, eventualmente, dada a natureza da entidade empregadora, sua imagem perante a sociedade em geral. Deixando de lado as discussões acerca de configurar a embriaguez um simples desvio moral ou uma doença, para que se possa enquadrá-la como falta contratual é indispensável que se aponte sua relação com o contrato de trabalho. Como é óbvio, o empregado que se apresenta ao trabalho embriagado ou que ingere bebida alcoólica ou faz uso de drogas durante o horário de trabalho, comete uma falta contratual, na medida em que não se apresenta ao trabalho em condições para cumprir as obrigações assumidas.

O que não se pode admitir é que o empregador se arvore na qualidade de fiscal da conduta privada do empregado ou censor de sua moralidade, tocando em aspectos que não dizem respeito à execução do contrato ou ao ambiente de trabalho.

E) DA SIMPLES CONCORRÊNCIA COM O EMPREGADOR COMO FALTA GRAVE

Conforme o art. 482, alínea “c”, da CLT, *“constitui falta grave que autoriza o empregador a rescindir o contrato por justa causa, a negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço”*.

Todavia, não é demais repetir que o empregador não detém poderes sobre a vida pessoal do empregado, sendo seus poderes limitados à direção contratual. Mesmo quando a lei lhe reconhece a faculdade de exercer a autotutela privada (impropriamente denominado de poder disciplinar), não lhe é dado extrapolar os limites do contrato, para avançar sobre a vida particular do trabalhador.

Conforme salienta Wagner Giglio:

“O empresário não contrata a pessoa do trabalhador, mas apenas a força de trabalho de que o empregado é portador.

Cumprida a obrigação assumida, isto é, fornecendo o empregado o trabalho combinado através do contrato, pode dispor livremente de suas horas de folga, usando como bem entender sua força de trabalho, fora da empresa”⁴.

Está na hora, pois, de superar a idéia intencionalmente plantada na cabeça do empregado de que sua função é apenas a de servir ao empregador, a todo tempo e em qualquer lugar. Afora isso, é preciso dizer ao empregador que não é dono do empregado, que não pode exigir deste nada mais do que estiver previsto no contrato ou for necessário ao seu cumprimento.

A relação que une empregado e empregador tem base exclusivamente contratual e tem no contrato os seus limites, aos quais se integram as normas de proteção ao trabalhador, como é óbvio. A vinculação não é, porém, institucional ou pessoal (pessoal é apenas a prestação laboral), mas contratual, e, como tal, tem finalidade específica e restrita. A sujeição do empregado ao empregador tem base contratual e é limitada pela finalidade do contrato. O mesmo diga-se quanto ao dever de fidelidade.

Empregador não é sinônimo de senhor. O empregador não é dono da vida dos trabalhadores que lhe prestam serviços, nem estes são seus súditos, embora seja comum, na linguagem dos obreiros, referir-se àquele como “patrão”, em sentido etimológico: grande pai!

Quando alguém se coloca na condição de empregado, não abre mão de sua vida própria e autonomia pessoal: transfere ao contratante apenas o resultado de seu trabalho e, por conseqüência, despe-se da liberdade de dirigir sua atividade profissional enquanto a serviço do empregador. Fora da execução do contrato, no entanto, não pode sofrer qualquer restrição ou invasão em sua liberdade pessoal, podendo dedicar-se, inclusive, em atividades lucrativas, por que não?

Assim, da mesma forma que o empregado pode trabalhar para mais de um empregador, também pode manter atividade própria. Por outro lado, sendo possível a pluralidade de empregos, ainda que a natureza das atividades dos diversos empregadores seja a mesma, em princípio, não há razão para impedir que o trabalhador mantenha atividade própria, inclusive no mesmo ramo de atuação que seu empregador.

Com efeito, que o empreendimento em que se ativa o empregado, fora do horário de trabalho, seja próprio ou de terceiro não faz diferença alguma para o empregador, uma vez que, de qualquer modo, haveria concorrência. Assim, não faz o menor sentido sustentar que o trabalhador pudesse ter outro emprego, no mesmo ramo de atividades, mas não pudesse, ele mesmo, promover uma atividade, no interesse próprio, ainda que no mesmo ramo de atuação de seu empregador, como se pelo fato de ser empregado renunciasse à sua liberdade pessoal.

E como, em princípio, em relação ao empregador, não há diferença alguma se o empregado trabalha para terceiros ou para si próprio, não se pode reconhecer que haja falta contratual pelo só fato de o obreiro, em vez de arranjar mais um emprego, decidir ser ele mesmo o empreendedor, independentemente do ramo de atividades escolhido.

Se o empregador não permite que seu empregado mantenha atividade própria, inclusive no mesmo ramo de atuação, como condição para manter o vínculo de emprego, na prática, impede-a de exercer um direito resultante de sua liberdade pessoal. E para que fizesse isso, haveria de demonstrar que houve ou haveria prejuízos injustos. Assim, a menos que detivesse o monopólio da atividade, haveria de remunerar o trabalhador pelas restrições a ele impostas. Logo, se o empregador pretende absorver toda a força de trabalho do empregado deve oferecer-lhe uma compensação financeira também pela obrigação de não fazer⁵.

Suponha-se, por exemplo, que o empregado trabalhe como vendedor em uma loja de tecidos e o seu pai, irmão ou sua esposa decida abrir um negócio no mesmo ramo de atividades. Não seria de supor que referido trabalhador tivesse interesse em que essa atividade fosse bem sucedida, em função da relação familiar com os titulares do novo empreendimento? E se a segunda loja pertencesse a outras pessoas e aquele empregado também laborasse nela, porém com uma comissão maior? Também não teria interesse no incremento das vendas dessa última, para aumentar seus rendimentos? Isso, no entanto, autorizaria o primeiro empregador a rescindir o contrato do obreiro, com base em seu interesse no êxito de outro empreendimento? É óbvio que não, desde que esse outro interesse não atrapalhe seu desempenho na execução do contrato de trabalho. Não fosse assim, qualquer outro interesse do trabalhador que não fosse dar mais lucros ao empregador poderia justificar a alegação de falta grave por parte deste.

O empregado tem direito de alimentar seus sonhos ou perseguir outros objetivos, desde que, ao dedicar-se a eles, não descure do cumprimento das obrigações decorrentes do contrato de trabalho. Se o empregado conciliar seus diversos interesses, de forma a não prejudicar a execução do contrato, o empregador nada tem a ver com isso, nem tem o direito de se imiscuir em assuntos que pertencem à esfera exclusiva do trabalhador, a menos que se entenda que o dono dos meios de produção seja também proprietário da vida privada dos que ocupa na exploração de sua atividade empresarial.

O só fato de explorar atividade concorrente não é o bastante para caracterizar falta contratual do empregado. Se, por exemplo, o empregado adquire um estabelecimento de empresário concorrente e lhe dá continuidade, não modifica a situação anterior, sendo mantida a mesma concorrência se outro fosse o novo proprietário. Em princípio, portanto, tal fato não modifica a situação anterior, uma vez que já havia um concorrente estabelecido no endereço em que o empregado passa a exercer a atividade. Por qual razão, pois, somente o empregado não poderia fazê-lo? Nesse exemplo fica evidente que não basta haver concorrência, mesmo que esta reduza os lucros do empregador. A concorrência, em si mesma, não é algo ruim. Aliás, muitas empresas do mesmo ramo até se unem para juntas conquistarem maiores vantagens no mercado. O que não se pode admitir é a má-fé contratual, ou a concorrência desleal. Assim, se o trabalhador se desincumbir das obrigações contratuais com lealdade, os interesses que promova fora do ambiente de trabalho não podem ser invocados como motivo para caracterizar descumprimento do pacto laboral.

O que não se admite é que o empregado se valha dessa sua condição para promover a atividade própria em detrimento das obrigações contratuais. A concorrência de que trata a CLT (art. 482, “c”), portanto, há de ser entendida apenas como aquela que se revela como concorrência desleal, isto é, que causa prejuízos injustos ao empregador. Assim, por exemplo, se o empregado se vale dessa sua condição para desviar a clientela do empregador para a atividade própria, estará havendo descumprimento de suas obrigações contratuais. No caso, porém, não é a sua atividade privada que será tida como falta contratual, mas a sua conduta em relação ao empregador.

Todavia, se, em sua atuação como empregado, não busca auferir vantagens para a atividade particular, em detrimento do empregador, tratando as duas situações como diversas e independentes, não há razão para coibir a atuação do empregado fora de seu horário e local de trabalho. Neste caso, estará simplesmente exercendo seu direito de liberdade, sem que o empregador possa opor-se a isso, a não ser que pretenda transformar o vínculo de emprego em sujeição pessoal, deixando de ser um vínculo apenas contratual.

Pois bem, se a liberdade do trabalhador não autoriza o empregador a impor-lhe outras restrições além daquelas inerentes aos contratos em geral ou, desde que justificadas pela natureza da atividade, inseridas expressamente no contrato individual, não pode o empregador negar ao empregado o direito de usar do tempo livre para os fins que entender, uma vez que não lhe compete a fiscalização da vida privada deste.

F) DA EXIGÊNCIA DE LABOR EXTRA SEM ACORDO PRÉVIO

Outra extravagância encontrável no âmbito do contrato de trabalho é a possibilidade de se exigir labor em sobrejornada do empregado sem qualquer penalidade ou acréscimo salarial, além do que naturalmente resulta do trabalho extraordinário.

No particular, a redação original da CLT continha uma regra que, de certa forma, estimulava o empregador a negociar com o empregado a prorrogação da jornada. Com efeito, conforme o parágrafo primeiro do art. 59, as horas extras prestadas em decorrência de acordo escrito (individual ou coletivo) eram remuneradas com adicional de 20%. Já o labor extra prestado sem haver prévio acordo inseria-se na previsão do parágrafo segundo do art. 61, pelo qual o adicional era elevado para 25%. Como, a partir da Constituição Federal de 1988, o adicional de horas extra passou a ser de, no mínimo, 50%, o empregador passou a sentir-se desobrigado de contratar previamente a prorrogação da jornada, ficando à vontade para exigir trabalho extraordinário quando bem entender. E o empregado sabe que, se não se submeter à exigência, corre sério risco de perder o emprego.

Por outro lado, ainda que haja acordo escrito, o empregador não tem qualquer custo adicional se não o respeitar, impondo ao trabalhador o cumprimento de prorrogações que excedam duas horas diárias. Isso deixa evidenciado uma inexistência de limites nos poderes do empregador, desde que pague 50% de adicional. E sabe-se que muitas vezes nem sequer remunera tal labor, deixando para discutir, depois, até a exaustão, perante a Justiça do Trabalho.

Vale lembrar que submeter o trabalhador a jornada exaustiva pode ser um meio de reduzi-lo à condição análoga de escravo, na forma do art. 149 do Código Penal, com a redação decorrente da Lei nº 10.803, de 11.12.2003.

G) DO TEMPO DE SOBREAVISO SEM REMUNERAÇÃO

Eis aqui mais uma forma de submeter o trabalhador aos interesses do empregador sem contraprestação alguma. Trata-se, na verdade, de uma visão muito simplificadora da liberdade do empregado a que está retratada na orientação jurisprudencial nº 49 da SDI-I/TST.

O fato de o empregado poder sair de casa não significa que esteja efetivamente descansando, uma vez que não estará desconectado de seu trabalho. Acaso, poderia o trabalhador, por exemplo, dar-se ao luxo de ir a um estádio de futebol torcer para seu time, fazer uma viagem no final de semana, assistir tranqüilamente a um filme com seu filho, sua esposa ou namorada, assumir algum outro compromisso em seu tempo livre, marcar um encontro com os amigos etc., sabendo que, a qualquer hora, pode ser chamado pelo empregador?

Ora, tal restrição à liberdade também deve ser remunerada, ou será que basta ao empregado poder sair de casa para que possa desfrutar livremente de seu tempo? Não podemos, atualmente, interpretar os dispositivos legais sob uma ótica estreita de simples exigência de que o trabalhador permaneça em sua casa. A referência à “permanência em casa”, no § 2º do art. 244 da CLT deve ser vista como retrato de uma época em que a única forma de comunicação instantânea à distância era o telefone fixo, que, além disso, não era acessível a todos. Assim, permanecer em casa era sinônimo de poder ser encontrado sempre que o empregador necessitasse do empregado. Desse modo, se o empregado não estivesse à disposição do empregador no próprio estabelecimento (prontidão), só poderia ficar em sua casa, sem o que não poderia estar à disposição. Quando o legislador se referiu a estar em casa, portanto, apenas quis indicar que o empregado estava à disposição do empregador, mas fora do estabelecimento deste (sobreaviso). Que permanecesse em sua casa era apenas uma circunstância decorrente das condições da época.

A remuneração, entretanto, não decorria do fato de o trabalhador ter que ficar em casa, mas por estar de sobreaviso, isto é, prevenido, preparado para ser chamado a qualquer hora. Tal norma, portanto, não pode ser lida sem levar em consideração as condições da época em que foi editada. Sua interpretação não pode ignorar o direito do trabalhador de se desconectar efetivamente do trabalho, sendo também este um direito do empregado, conforme bem demonstrado por *Jorge Luiz Souto Maior*⁶. Com efeito, o trabalhador que pode ser chamado a qualquer momento para o trabalho, ainda que estando fora do ambiente de trabalho, sofre uma interferência em sua vida pessoal e familiar, privando-o da tranqüilidade de que necessita para usufruir efetivamente o tempo livre. Assim, não poderia ser colocado em tal situação sem uma contraprestação. Afinal, ainda que não seja chamado para o trabalho, sofre restrições efetivas em seu convívio familiar e social, estando impedido de realizar uma série de atividades, por não poder programar-se, uma vez que tem de estar à disposição do empregador, dando preferência aos interesses deste.

H) DA RECUSA DOS TACÓGRAFOS COMO MEIO DE PROVA DA JORNADA LABORADA

A sujeição do empregado aos interesses do empregador, sem limite algum, é uma das formas de mais graves de atentar contra a dignidade do trabalhador. E a situação dos que trafegam por nossas estradas, transportando a produção ou distribuindo os resultados da atividade industrial é paradigmática.

Nos termos do art. 62, I, da CLT estão excluídos da tutela relativa à jornada de trabalho os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho. Como norma de exceção, constitui princípio jurídico elementar, deve ser interpretada restritivamente. Assim, não é o fato de o trabalhador ativar-se em serviço externo que o exclui da proteção legal, no particular, mas a incompatibilidade do serviço com o controle de jornada.

E nessa situação definitivamente não se encontram os motoristas que seguem rotas pré-fixadas pelo empregador, em caminhões equipados com tacógrafo e, não raro, controlados até por satélites.

Os avanços tecnológicos permitem o controle da atividade do trabalhador em uma série de situações em que antes se imaginava impossível. Assim é que o legislador, através da Lei nº 8.966, de 27.12.1994, modificou a redação do art. 62, prevendo a exclusão da proteção relativa à jornada apenas aos trabalhadores externos cuja jornada fosse incompatível com o controle e não apenas os que não sofriam um controle por parte do empregador.

Releva salientar, nesse passo, que os motoristas, especialmente os caminhoneiros, sofrem, na verdade, um controle muito rigoroso de seus passos, tendo, normalmente, horários marcados para receber a carga e fazer a entrega, submetendo-se, ademais, a percursos pré-definidos pelos empregadores, até mesmo como forma de se precaverem contra fraudes ou roubos de cargas.

Por outro lado, o instrumento do tacógrafo permite acompanhar precisamente os movimentos do veículo durante toda a jornada, seja para saber quanto tempo o motor ficou ligado e a que horas, se o veículo estava parado ou andando e, neste caso, qual a velocidade desenvolvida ao longo do percurso. Em suma, constitui um verdadeiro relatório do comportamento do motorista durante as vinte e quatro horas do dia.

Em tais casos, e atendendo à nova redação do art. 62 da CLT, não se pode dizer que o trabalho do motorista constitua atividade externa incompatível com o controle da jornada de trabalho. Afinal onde a lei se refere a fixação de horário pressupõe controle. E não é o fato de os horários não serem fixos, isto é, não serem sempre os mesmos, que autoriza a exclusão da proteção, mas a inviabilidade de controlá-los.

E o só fato de o veículo ser equipado por aparelho de tacógrafo não apenas torna possível o controle como de fato o revela existente. De qualquer modo, não sendo a atividade externa, no caso, incompatível com o controle, deve-se reconhecer ao motorista a tutela referente à jornada de trabalho.

Aliás, no particular, é de extrema relevância social e econômica que se imponha ao empregador um limite quanto à duração da jornada exigida do empregado. Chega às raias da irresponsabilidade permitir que os empregadores submetam os motoristas a

jornadas desumanas, chegando estes a rodar vinte e quatro horas seguidas, com paradas mínimas para alimentação. E conseguem tal “proeza” à custa de estimulantes, degradando sua saúde e pondo em risco a vida de todos os demais com que cruzam nas estradas.

Urge, pois, repensar as posições jurisprudenciais dominantes, a começar pela OJ nº 332 da SDI-I/ST, em nome da dignidade dos trabalhadores das estradas, bem assim dos que utilizam tais vias para ir em busca de lazer. A predominar a posição atual, todos seremos ou poderemos ser as vítimas, mas os trabalhadores e suas famílias certamente são os maiores prejudicados. É merecedor dos melhores aplausos, assim, o recente Projeto de Lei nº 3.783/2004, que se junta a diversos outros, visando a por ordem nessa situação. Agora é esperar que não seja apenas mais um *projeto*.

i) CONCLUSÃO

A partir das questões acima analisadas, podemos concluir que a persistência do labor em condições equiparáveis às da época da escravidão não é fato isolado, mas ocorre num contexto bem definido, em que se acentuam os abusos contra os direitos dos trabalhadores, muitas vezes com o beneplácito da lei, da doutrina ou mesmo da jurisprudência.

Assim, se até mesmo o empregador que formaliza o contrato de trabalho sente-se à vontade para avançar sobre a liberdade pessoal do trabalhador ou exigir dele subordinação pessoal ou prestação de trabalho sem limites ou sem contraprestação alguma em troca, não é de causar estranheza que alguns, aproveitando-se do fato de estarem mais afastados dos grandes centros, ou até mesmo neles,ousem ir além. E assim, o hábito de tolerar o trabalho em condições precárias, que constitui, segundo alguns, uma herança do regime escravo dos tempos coloniais, transforma-se em vezo que abre as portas às novas modalidades de trabalho forçado.

A existência de trabalho escravo sempre foi e continua sendo uma aberração, perfeitamente compreensível, porém, no contexto em que vivemos, onde se chega a afirmar que ser empregado é um privilégio. Se assim se entende, nada mais natural que se suprimam os “privilégios”.

Combater todas as formas de escravidão é preciso, mas igualmente importante é cortar suas raízes culturais, uma vez que aquela, nos dias atuais, não é senão fruto de uma degradação (para alguns, evolução!) das concepções acerca do trabalho humano e da dignidade do trabalhador. Quando o trabalho humano deixa de ser um valor social, sem cerimônias, a informalidade consorcia-se à clandestinidade e juntas deságuam na marginalidade (= criminalidade).

CITACÕES

¹ In: SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*, v. 2. 14ª ed., atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 1994. p. 236.

² *Idem, ibidem*.

³ CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 25ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 147.

⁴ GIGLIO, Wagner. *Justa causa*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 1994. p. 92.

⁵ Há, obviamente, exceções, em que a inviabilidade prática do exercício de outras atividades, sejam concorrentes ou simplesmente paralelas, decorre de limitação física ou da natureza da função desempenhada pelo empregado. Em tais casos, no entanto, não há, propriamente, exigência de obrigação negativa, mas apenas a obrigação de render o que se pode legitimamente esperar do trabalhador. Trata-se, assim, de restrições decorrentes da própria profissão, e não de imposições provenientes do empregador.

⁶ MAIOR, Jorge Luiz Souto. “O uso de bip e demais formas de vinculação ao trabalho: a jurisprudência e o direito à desconexão do trabalho”. In: *Revista Trabalhista*, v. 7. Rio de Janeiro: Forense, jul./set. 2003. pp. 411-8.

“A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA”

Radson Rangel F. Duarte

Juiz do trabalho substituto do TRT da 18ª Região

Diretor pedagógico da EMATRA XVIII - Escola da Magistratura do Trabalho da 18ª Região

“O processo é a realização da Justiça, e nenhuma justiça se pode apoiar na mentira” (EDUARDO J. COUTURE, *apud* Rui Stocco *In: Abuso do Direito e má-fé processual*).

1) Colocação do tema. 2) A litigância de má-fé e o posicionamento do Poder Judiciário. 3) Honorários advocatícios. 4) Assistência judiciária. 5) Conclusão.

1) COLOCAÇÃO DO TEMA

Com o presente texto, pretendemos expor algumas idéias acerca da constatação da prática de litigância de má-fé e a eventual influência na apreciação da assistência judiciária, bem como a condenação em honorários advocatícios; apesar de aparentemente serem díspares esses assuntos, entendemos que há conexão entre eles, seja por expressa previsão legal (honorários advocatícios), seja por inteira necessidade lógica da relação processual. Vale salientar que não visamos a estudar os diversos aspectos da litigância de má-fé, suas nuances, requisitos e situações caracterizadoras, mormente porque há diversas obras que aprofundaram na análise do tema, que muito bem apreciaram esse fenômeno processual, além do que o curto espaço não possibilitaria tal intento.

2) A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E O POSICIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO

A litigância de má-fé consiste em uma doença que contamina o processo, trazendo desprestígio e frustração à tutela jurisdicional - já “podada” por restrições legais (como a impossibilidade de tutela jurisdicional em algumas situações) ou medidas políticas, ou econômicas, ou técnicas etc, restrições muitas vezes oriundas do próprio Poder Judiciário - às pessoas que dela necessitam. Em razão disso, as disposições legais que positivaram os deveres de lealdade e probidade processual (sejam as regras genéricas, 14/18 do CPC, sejam as específicas, arts. 129, 233, 601 etc, ambos do CPC, aplicáveis ao processo do trabalho por força do artigo 769 da CLT), cominando punições para os atos faltosos, devem ser lidas e interpretadas segundo o caráter profilático em razão do qual vieram a lume, sob pena de se ter um sistema contraditório e hipócrita, em que a realidade desmente o bel discurso. Ora, **“se as partes vêm a juízo pedir que lhes resolva a controvérsia, ou que se lhes declare ou constitua um direito, é até uma necessidade lógica que**

forneçam verazmente a premissa do fato, em que vai assentar a sentença” (JOÃO CARLOS PESTANA DE AGUIAR SILVA, *in* As provas no cível, pág. 82), tendo em vista que **“o Código de Processo Civil brasileiro, que se mostra particularmente empenhado em cultivar a ética no processo, traz normas explícitas quanto aos limites da combatividade permitida e impõe severas sanções à deslealdade”** (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *in* Instituições de Direito Processual Civil, vol. II, 2ª ed., pág. 259 - destaque original). Assim, como bem disse PEDRO BATISTA MARTINS, **“não é lícito às partes perturbar os trabalhos dos tribunais, alegando inverdades, e provocar o malogro de seus esforços, pelo retardamento do processo. As partes têm o dever de facilitar ao juiz a sua tarefa de investigação da verdade, conduzindo-se no processo honrada e diligentemente”** (*apud* Pestana Aguiar, *ob. cit.*, pág. 82). No mesmo diapasão, a síntese conclusiva de PESTANA AGUIAR: **“Várias outras hipóteses de abuso do direito no exercício da demanda praticada pela parte ou por seu patrono, conjunta ou separadamente, poderiam ser aqui relacionadas. Valerá mais a advertência no sentido de que o mundo atual não comporta abusos dessa natureza num pleito judicial. Merecem por isso mesmo ser tachados de ‘ingenuidades’ dos incompetentes. Torna-se espantosa, inclusive, sua elevada incidência nos últimos tempos, quando se impunha um decréscimo em sua ocorrência. Talvez o seja pela suposição de se obter alguma vantagem com esse comportamento, ‘por conseguir envolver o juiz na trama, e por fazê-lo instrumento para alcançar o fim reprovável. Inferir do fato de haver influenciado no ânimo do juiz, para negar a sanção, é um vício de lógica: por isso mesmo que se conseguiu o fim visado é que o abuso deve implicar indenização’** (Jorge Americano - *ob. cit.*, cap. VIII, p. 98, n. 1). **A vantagem, portanto, será transitória se ocorrer, pois cedo ou tarde virá a descoberto a atividade ilícita”**. (PESTANA AGUIAR *In: ob. cit.*, pág. 84).

Nessa tarefa “preservacionista”, desempenha especial importância a atuação do Poder Judiciário, pois este, na tarefa de aplicar a lei, deve interpretá-la com vistas a uma entrega jurisdicional esmerada e imune a ataques que buscam vilipendia-la, observando-se os escopos que a doutrina há tempos tem feito questão de ressaltar, quais sejam, o político, o educacional, o jurídico e o social. Com efeito, é necessário ressaltar que o direito processual não é mero instrumento técnico, com concepções abstratas e altamente imbuídas de um conteúdo lógico-formal mas indiferente ao conflito advindo. Ao afirmar que o processo é **“um instrumento ético e não puramente técnico”**, DINAMARCO menciona que **“ele é uma técnica, sim, mas técnica que deve ser informada pelos objetivos e ideologias revelados na ciência processual e levada a efeito com vista à efetivação do valor do justo. Conjuntamente com o próprio direito substancial, o processo é instrumentalmente conexo ao supremo objetivo de pacificar com justiça”** (*In: Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 2ª ed. págs. 60 e 61), que adiante complementa: **“A grande e legítima liberdade que o juiz tem ao julgar é liberdade de remontar aos valores da sociedade, captá-los e compreendê-los com sensibilidade e com a mais autêntica fidelidade a um universo axiológico que não é necessariamente o seu. Agindo dessa maneira, o juiz coloca-se como *válido canal de comunicação entre***

os valores vigentes na sociedade e os casos concretos em que atua” (ob. cit., pág. 135 - ênfase original). Assim, condicionado ao entendimento jurisprudencial, o processo ou poderá ser um **“corretivo da imperfeita realização automática do direito objetivo”** (ARRUDA ALVIM, *in* Manual de Direito Processual Civil, vol. II, 5ª ed., pág. 581), tornando possível a aplicação da Justiça ao conflito inter-subjetivo, ou consistirá em porta escancarada à utilização indevida de um instrumento público, com claras manifestações de abuso de direito, sem qualquer increpação pronta e imediata, posicionamento este absurdo - e que, por essa qualidade, deve ser abandonado, como cediça regra de direito - em face do atual estágio de desenvolvimento jurídico. De tal arte, pode-se dizer que o Processo assume a identidade conferida pela Função Jurisdicional, balizada por parâmetros axiológicos e teleológicos que imperam no sistema jurídico. Como bem salientado por ADA PELLEGRINI GRINOVER, no sentido de que de pouco adiantam mudanças se delas os operadores do direito não tiverem essa percepção, pois **“as leis, por si sós, e por mais avançadas que sejam, não são suficientes. Devem ser vivificadas pela prática de todos os dias, devem ser aceitas e aplicadas pelo corpo social em geral e pelos operadores do Direito em particular, devem encontrar seu banco de prova na jurisprudência. (...) É preciso que o operador do Direito - o advogado, o membro no Ministério Público, o juiz - se aproxime dos dispositivos legais e os interprete com o mesmo espírito com que foram eles cunhados. É preciso quebrar resistências, incentivar a mudança de mentalidades (...), manter os olhos postos na nova realidade, não incidir no erro fácil de interpretar a lei segundo princípios superados. Nesse interregno, algumas distorções surgem como inevitáveis; o importante é lutar para preservar o verdadeiro sentido da lei”** (*apud* Antônio Carlos Marcato, *In*: O processo monitorio brasileiro, pág. 18).

Neste diapasão, assentou o STF, **“o ordenamento jurídico brasileiro repele práticas incompatíveis com o postulado ético-jurídico da lealdade processual. O processo não pode ser manipulado para viabilizar o abuso de direito, pois essa é a uma idéia que se revela frontalmente contrária ao dever de probidade que se impõe à observância das partes. O litigante de má-fé - trata-se de parte pública ou de parte privada - deve ter a sua conduta sumariamente repelida pela atuação jurisdicional dos juízes e dos tribunais, que não podem tolerar o abuso processual como prática descaracterizadora da essência ética do processo”** (2ª T. ED 246.564-0, Rel. Min. Celso de Mello, *In*: Rui Stocco, ob. cit, pág. 13 - ênfase acrescida).

3) HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A constatação da má-fé no curso da relação processual gera para a parte prejudicada - ainda que sucumbente no bem da vida veiculado no processo - o direito de receber honorários advocatícios.

É sabido que, no processo do trabalho, os honorários advocatícios, por via de regra, advém da assistência prestada pelo sindicato da categoria (ao que se soma a necessidade de assistência judiciária - OJ 305 da SDI-1 do TST), hipótese em que assumem a nomenclatura de “honorários advocatícios assistenciais”.

Essa é a regra, que comporta exceções, ainda que poucos não tenham se atentado a elas.¹ Para tanto, basta fazermos uma interpretação utilizando-se o método sistemático, **“que leva o investigador ainda mais longe, evidenciando a subordinação da norma a um conjunto de disposições de maior generalização, do qual não pode ou não deve ser dissociada”** (CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *In*: Instituições de Direito Civil, I, 18ª ed., pág. 128), e que consiste em **“comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto”** (CARLOS MAXIMILIANO, *In*: Hermenêutica e aplicação do direito, 11ª ed., pág. 128). Com efeito, vários dispositivos tratam dos honorários advocatícios em diversas situações fáticas, e que se proporcionam um tratamento distinto daquele estabelecido para a ordinariedade dos casos jurídicos. Como bem disse o último autor citado, **“aplica-se modernamente o processo tradicional, porém com amplitude maior do que a de outrora: atende à conexidade entre as partes do dispositivo, e entre este e outras prescrições da mesma lei, ou de outras leis; bem como à relação entre uma, ou várias normas, e o complexo das idéias dominantes na época. A verdade inteira resulta do contexto, e não de uma parte truncada, quiçá defeituosa, mal redigida; examine-se a norma na íntegra, e mais ainda: o Direito todo, referente ao assunto. Além de comparar o dispositivo com outros afins, que formam o mesmo instituto jurídico, e com os referentes a institutos análogos; força é, também, afinal, pôr tudo em relação com os princípios gerais, o conjunto do sistema em vigor”** (ob. cit., págs. 129/130).

Uma primeira exceção consiste na improcedência dos embargos apresentados no procedimento monitorio. Nesse procedimento, estando a petição inicial devidamente instruída com prova escrita sem eficácia de título executivo, será expedido mandado de pagamento ou entrega de coisa. Caso a parte ré pretenda suspender a eficácia desse mandado inicial, poderá opor esses embargos monitorios, sujeitando-se, em caso de rejeição das alegações neles articuladas, ao pagamento das custas e de honorários advocatícios (parágrafo 1º, art. 1.102c). Caminha, esse procedimento, na esteira do direito premial, o qual, **“em vez de punir o destinatário da norma em razão de uma ação contrária a seu comando, recompensa-o com um bem jurídico pelo fato de haver agido segundo o preceito. Tem, pois, uma perspectiva contrária à sanção: em vez de reprimir a conduta contrária à norma, incentiva a conduta por ela desejada”** (ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA, *In*: Processo do Trabalho - Estudos em Homenagem ao Professor José Augusto Rodrigues Pinto. Pág. 68). Entender-se que no processo do trabalho não haveria o direito aos honorários advocatícios no caso de improcedência dos embargos monitorios, seria negar a efetiva utilização desse procedimento em sede trabalhista, talvez um de seus mais férteis campos de utilização. Com a devida vênia, rejeitar no processo do trabalho a incidência de técnicas adequadas às tutelas diferenciadas seria dizer que o processo do trabalho estaria insensível às idéias de instrumentalidade e efetividade, olvidando que mesmo o processo civil, naturalmente mais formal, desde algum tempo sofre os influxos das ondas renovatórias. Se se prevalecesse esse pensamento negativo, poder-se-ia dizer que, mesmo que o processo civil sofra revoluções idênticas às promo-

vidas por Copérnico com vistas a um “processo de resultados”, o processo do trabalho continuaria na sua silenciosa caminhada à derrocada, por sua congênita impotência em resolver os problemas a que se destina.

Outra hipótese extraordinária em que honorários advocatícios são devidos no processo do trabalho consiste na litigância de má-fé, podendo até ocorrer uma cumulação de honorários advocatícios, **os sucumbenciais** (nas hipóteses em que há assistências sindical e judiciária) e **os punitivos**.

É que estes, expressamente previstos no artigo 18 do CPC para o caso de litigância de má-fé, consistem em uma forma estabelecida pelo legislador de - prestigiando a lealdade processual, incentivando o respeito ao ético instrumento de composição dos litígios - estabelecer mecanismos que esmoreçam pensamentos torpes, cujas condutas descambam no processo. Afiguram-se, portanto, em uma manifestação do direito sancionatório ou premial inverso. A não se entender assim, *permissa venia*, ter-se-ia que concluir que o texto do artigo 18 do CPC, ao estabelecer os honorários advocatícios como pena conseqüente da litigância de má-fé, seria despiciendo, pois o artigo 20 do CPC já teria regulamentado essa parcela; seria dizer que o legislador processual seria atênico e absolutamente redundante, com o que não se pode concordar, nesse particular, mormente quando se observa que os honorários ali mencionados são devidos tanto pela parte sucumbente no objeto da ação quanto pela parte vencedora, bastando apenas que seja improbo processual. Nesse equívoco não incorreu RUI STOCCO: **“Ora, o art. 18 do CPC contém previsão de punição pelo exercício temerário da lide ou comportamento de má-fé. As verbas de sucumbência estão estabelecidas em outro estamento, em outra regra e em outro contexto e têm natureza diversa. Seu pressuposto é justamente a sucumbência, ou seja, a perda da causa. (...) a parte ímproba ... responderá por dupla verba honorária e despesas. As primeiras decorrentes da perda da ação (princípio da sucumbência) e as segundas pela indigna atuação em juízo (princípios da reparabilidade e da punibilidade)”** (ob. cit., pág. 98).

Deste modo, ainda que muitos não queiram ver, a expressa previsão do artigo 18 do CPC caminha no sentido da efetividade do processo, uma vez que estabelece mecanismos de increpação aos que atuam de forma divorciada de parâmetros éticos no processo, inclusive no trabalhista, que é orientado, talvez até mais, pela necessidade de uma litigância leal.

4) ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

A litigância de má-fé afigura-se em óbice ao direito à assistência judiciária.

Com efeito, a assistência judiciária consiste na inexistência de entraves de natureza financeira no acesso à prestação jurisdicional, de forma que o direito à assistência só se justifica quando a parte, na busca dessa tutela jurisdicional, age na mais completa boa-fé, uma vez que a má-fé atinge não só a parte contrária, mas, principalmente, o Estado, no importante instrumento - o processo - colocado à disposição das pessoas na busca da solução dos conflitos intersubjetivos, razão pela qual qualquer atentado a esse

instrumento deve ser obstada. Ora, não se justifica a inexistência de óbices no acesso ao judiciário se nesse acesso a parte conduz-se de forma desleal; sob um enfoque metafórico, poder-se-ia dizer que um anfitrião não abre as portas de sua casa a alguém que ali adentra com a intenção de subtrair-lhe seus bens. A partir do momento em que o litigante atua de forma divorciada dos parâmetros éticos do processo, a liberdade conferida pela assistência judiciária deve ser restringida, sob pena de esta autorizar verdadeiras aberrações jurídicas. Como bem disse CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, **“a gratuidade generalizada seria um incentivo à litigância irresponsável, a dano desse serviço público que é a jurisdição”**. (*In*: Instituições..., vol. II, pág. 633).

Não há que se objetar que a ausência de má-fé não seja requisito estabelecido legalmente à assistência judiciária, pois com a devida vênia, tal objeção olvida a própria essência da assistência judiciária (vista acima). Realmente, a lei não estabelece mencionado requisito por razões óbvias (e, como regra básica de integração jurídica, a obviedade não carece ser mencionada, já que presumida), pois a conduta das partes no curso da relação processual informa o conteúdo decisório das emanções judiciais, conforme se pode observar nos artigos 14, 15, 129, 233, 273, 600, 601, 811 etc, do CPC. Nesse sentido, pode se observar que a própria Lei 1.060, regulamentadora da assistência judiciária, responde à objeção mencionada, quando estabelece que afirmação falsa (hipótese positivada como má-fé) de hipossuficiência dá azo à revogação do benefício e à condenação ao pagamento em décuplo da taxa judiciária (art. 4º, par. 2º).

5) CONCLUSÃO

Antes de concluirmos, a constatação de que **“neste mundo em que se nos impõem uma globalização perversa e predatória em que o capital internacional quer exercer influência até mesmo na legislação interna e na nossa própria soberania, além da ausência de intelectuais, proliferam os mal-intencionados e aqueles que, para obter indevida vantagem, banalizam o Direito, desrespeitam as regras morais de conduta e buscam o resultado a que preço for, ainda que seja através da fraude, da má-fé e do engodo. [...] Resgatar a ética no processo é obrigação de cada um e de todos. [...] Ressuscitar a confiança dos operadores do direito, uns nos outros, como sonhou Giuseppe BETTIOL, e incutir-lhes um comportamento ético será a única saída para solucionar a crise do processo e convertê-lo em instrumento e meio para a solução dos conflitos de forma rápida, eficiente, garantidora e absolutamente satisfatória”** (textos transcritos de RUI STOCCO, *In*: ob. cit., pág. 45).

À guisa de conclusão, podemos dizer que a prática de litigância de má-fé, no processo do trabalho afasta o direito à assistência judiciária, ainda que presentes os demais requisitos, além de ensejar a condenação em honorários advocatícios, mesmo que não haja assistência sindical.

CITACÃO

¹ Outras hipóteses que poderiam ser mencionadas, mas que, pela finalidade do presente texto, olvidamos suas análises, consistem na pequena empreitada e nos embargos de terceiro.

PONTO DE VISTA

“PRESCRIÇÃO E DIREITOS DO TRABALHADOR RURAL: CINCO ANOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 28/2000”

Fernanda Monteiro Lima Verde
Analista Judiciária do TRT da 7ª Região
Pós-graduada em Direito Processual Civil pela UECE/FESAC

1 INTRÓITO

Em 26 de maio de 2005 completam cinco anos de vigência da Emenda Constitucional nº 28/2000, sem, entretanto, conseguir-se dirimir a cizânia que reina entre os doutrinadores trabalhistas. O nó górdio centra-se em questão de direito intertemporal: qual o correto efeito da nova regra da Constituição Federal? retroativo ou apenas imediato? é o que nos propomos a apresentar, empós análise do critério prescricional diferenciado do trabalhador rural, o qual vigorou por, aproximadamente, quatro décadas.

Convém salientar, nesse ínterim, a importância do tema, haja vista que em 26 de maio do ano em curso, de acordo com a corrente adotada, poderá ocorrer a prescrição quinquenal de muitos direitos de trabalhadores rurais.

2 PRAZO DIFERENCIADO: DE 1963 A 2000

Inicialmente, com o advento do Estatuto do Trabalhador Rural (Lei nº 4.214/63), o trabalhador do campo passou a contar com a vantagem da imprescritibilidade de seus direitos durante a vigência do contrato de trabalho. Somente incidia a prescrição após dois anos da cessação do contrato de trabalho. Tal vantagem manteve-se incólume tanto com a nova Lei do Trabalhador Rural (Lei nº 5.889/73), como, posteriormente, com a Carta Magna de 1988:

Lei 5.889/73, art. 10. A prescrição dos direitos assegurados por esta lei aos trabalhadores rurais só ocorrerá após dois anos de cessação do contrato de trabalho.

CF/88, XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de:

- a) cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato;*
- b) até dois anos após a extinção do contrato, para o trabalhador rural.*

Neste panorama, o trabalhador rural poderia, após o término de seu contrato de trabalho, reivindicar na Justiça do Trabalho, até o prazo máximo de dois anos, seus direitos trabalhistas de todo o período que trabalhou em uma fazenda. Como bem leciona Mozart

Victor Russomano, em seus Comentários à CLT, “a vigência do contrato de trabalho é causa impeditiva da prescrição” (Vol. I., 1ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 58).

3 UNIFICAÇÃO DE PRAZOS: EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 28/2000

Com o advento da Emenda Constitucional nº 28, de 26 de maio de 2000, houve a unificação dos prazos de prescrição dos urbanos e rurais; a desigualdade do prazo prescricional entre esses trabalhadores findou-se:

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

Alegou-se, à época, que a mudança seria benéfica a tais trabalhadores, haja vista que sem a limitação prescricional, muitos empregadores, com receio de futuras demandas trabalhistas, não mantinham, por períodos longos, um mesmo empregado, o que gerava uma alta e indesejável rotatividade entre os trabalhadores no meio rural.

Contudo, a inovação fez brotar uma acirrada discussão no ceio da doutrina e da jurisprudência trabalhista, acerca da aplicabilidade desse novel prazo prescricional: a nova regra teria efeitos meramente imediatos, ou, ao contrário, retroativos? Vejamos.

4 REGRAS DE DIREITO INTERTEMPORAL

Conforme já dito, com a Emenda Constitucional nº 28/00, os créditos trabalhistas dos rurais passaram a prescrever, também, durante o contrato de trabalho. Como aplicar, então, esse novel prazo prescricional? Doutrinadores de tombo divergem: há vozes sustentando, inclusive, o efeito retroativo da nova regra; outros defendem apenas a aplicação imediata.

Diante de tamanha dissensão, convém fragmentarmos a exposição do tema, para analisarmos, isoladamente, os casos mais corriqueiros enfrentados por nossos pretórios trabalhistas.

4.1 PROCESSOS JÁ FINDOS NA DATA DE VIGÊNCIA DA EMENDA 28/2000

Sem dúvida, eis uma hipótese de total incontrovérsia acerca da aplicação do novo prazo prescricional, pois quando da vigência da Emenda nº 28, o processo de conhecimento já estava extinto, tendo sido regido pela norma vigente à época. Tal ilação decorre diretamente da norma constitucional prevista no art. 5º, inciso XXXVI, a qual assegura o ato jurídico perfeito e a coisa julgada dos impactos da lei nova. Ademais, a lei em vigor tem efeito imediato e não retroativo, consoante o disposto no artigo 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

4.2 CONTRATOS DE TRABALHO POSTERIORES À EMENDA 28/2000

Essa hipótese também não é passível de controvérsia, porquanto a lei nova, uma vez válida e vigente, rege os casos presentes e futuros. Assim, é concorde a doutrina que:

- a) o novo lapso prescricional não será aplicado aos contratos extintos antes de sua vigência;
- b) o novo lapso prescricional será aplicado aos contratos de trabalho pactuados após a sua publicação.

4.3 CONTRATOS FIRMADOS ANTES DA EMENDA 28/2000 E AINDA EM CURSO

Eis a situação em que ocorrerá os maiores embates doutrinários e que já provoca as mais variadas teses na jurisprudência. Os posicionamentos são, muita vez, opostos, variando desde a exclusão por completo da nova regra prescricional aos contratos de trabalho iniciados antes da vigência da aludida Emenda, até a adoção plena de efeitos retroativos para quaisquer contratos de trabalho em curso. Passaremos ao exame, ainda que perfunctório, das principais teses encontradas.

a) Aplicação retroativa da Emenda 28/2000

Há uma corrente doutrinária que defende a aplicabilidade imediata da norma constitucional, para que seja oponível, já a partir da data de vigência da Emenda Constitucional nº 28, a prescrição parcial dos contratos de trabalho em curso. Assim, abrangeria ela todos os contratos rurais, independente de sua longa duração anterior no tempo. Para esta corrente, estariam prescritas as parcelas anteriores a cinco anos da propositura da ação, ainda que o contrato tenha mais de 10 ou 15 anos.

Maurício Godinho Delgado, a nosso ver com razão, discorda de tal linha interpretativa. Já é regra surrada no direito a afirmação de que lei nova tem aplicação imediata, nunca retroativa, consoante o princípio da irretroatividade das leis, insculpido no art. 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Logo, não pode alcançar as situações jurídicas já consumadas. A própria Carta Maior (5º, XXXVI) determina que a regra jurídica somente pode ter efeitos imediatos e não retroativos. Somente quando ela excepciona é que se admite a retroatividade de uma lei (v.g., art.46, do ADCT).

Sobre essa interpretação, leciona Márcio Túlio Viana: *“os direitos situados para além de cinco anos estariam desprotegidos. Assim, a lei nova se abstrairia por completo da antiga, como se esta inexistisse. Como se vê, essa corrente não se limita a adotar a ficção (científica?) do próprio legislador, de que o empregado (enquanto tal) tem acesso à Justiça. Dá um passo além, e cobra dele um comportamento passado: em última análise, pune-o por não ter agido numa época em que podia não agir, sem maiores conseqüências. Maior incoerência, data venia, é difícil. Se a prescrição, como tanto se alardeia, tem o propósito de garantir a segurança, como poderia semear tamanha insegurança? Na verdade, a se entender assim, a lei nova não teria efeito imediato, mas retroativo”*.

Neste diapasão, Estêvão Mallet leciona que *“solução oposta consistiria em aplicar de imediato a nova regra, considerando-se, para definição do lapso prescricional a ser observado, inclusive o tempo transcorrido antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 28. Tal solução, sobre envolver aplicação retroativa de norma legal, algo condenado desde o direito romano, não pode ser adotada quando se reduz prazo prescricional ou se faz suscetível de prescrição o que até então não era. De fato, sujeitar às regras da lei nova o tempo transcorrido durante a vigência da lei antiga significaria atribuir a esse tempo valor que não lhe era conferido antes, possibilitando, outrossim, se consumasse instantaneamente a prescrição de toda e qualquer pretensão exigível em prazo superior ao da nova regulamentação, o que evidentemente se deve afastar”*.

De logo, essa tese deve ser repelida, porquanto contemplaria a retroatividade da norma, em total afronta à Constituição Federal, à segurança das relações jurídicas e sob pena de colapso de todo o sistema jurídico.

b) Não aplicação da Emenda 28/2000 para os contratos de trabalho iniciados antes de sua vigência

Esta posição é diametralmente oposta a anterior e, também, a nosso ver, não menos absurda.

Como todos sabem, o contrato de trabalho, sendo um pacto de trato sucessivo, produz efeito ao longo do tempo. Logo, fica sujeito à lei nova que se edite durante sua vigência. Em outras palavras, surgindo uma lei no ordenamento jurídico, esta terá aplicação imediata sobre o contrato de trabalho, salvo no que toca aos direitos já adquiridos, aos atos jurídicos perfeitos e à coisa julgada.

Mallet lembra que *“nada há na Emenda Constitucional nº 28 que restrinja sua aplicação apenas aos novos contratos de trabalho. Ademais, o contrato de trabalho, como contrato de trato sucessivo que é, fica sujeito à lei nova que se edite durante sua vigência. Tanto é verdade que, ampliado o prazo prescricional para o trabalhador urbano, com a Constituição de 1988, mesmo os contratos já em curso passaram a observar a nova disciplina normativa, apenas não se apagando a prescrição já consumada”*.

c) Solução intermediária

Os patrocinadores dessa tese têm em comum a pugnacidade pela aplicação imediata da Emenda Constitucional nº 28. Entrementes, discordam quanto ao âmbito dessa aplicação. Parte da doutrina defende a imprescritibilidade dos direitos anteriores à vigência da citada Emenda, aplicando-se o novel prazo prescricional apenas para as lesões ocorridas a partir de 26.05.2000. Já para outra corrente, os direitos anteriores a essa data estariam sujeitos, igualmente, à prescrição, desde que respeitado o prazo quinquenal, que se esgotaria em 26.05.2005.

Ferrenho defensor da 1ª posição, Gustavo Filipe Barbosa Garcia, Juiz do TRT da 2ª Região, em trabalho publicado na Revista LTr, de janeiro de 2005, afirma que *“a aplicação imediata da nova norma constitucional, perante a relação jurídica de trato sucessivo, impõe*

que opere efeitos somente quanto aos fatos ocorridos a partir de sua entrada em vigor. No caso, apenas quanto às lesões de direitos – que são fatos – ocorridas a partir da vigência da Emenda Constitucional (26.05.2000) é que esta opera efeitos. Eventual aplicação desta norma constitucional perante as lesões de direito verificadas antes de sua vigência, significaria cristalina retroação de seus efeitos, o que é intolerável e inconstitucional”.

Qual o fundamento dessa teoria? Vejamos. Reza o artigo 189, do novo Código Civil:

“Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue pela prescrição”.

O Código abraçou o critério da *actio nata*. Em outras palavras, o direito de ação nasce a partir da lesão do direito. Logo, o prazo prescricional, que é o prazo de exigibilidade do direito, inicia-se da sua violação. Se esta violação, por sua vez, deu-se antes da vigência da nova regra, deve-se aplicar a lei vigente até então.

O mesmo posicionamento é adotado por Márcio Túlio Viana, para quem a exigibilidade do direito lesado antes de 26.05.2000 deve ser regulada pela norma vigente à época: artigo 7º, inciso XXIX, “b”, da Constituição da República, em redação anterior a retrocitada Emenda (o que significa a imprescritibilidade durante a vigência do contrato de trabalho rural): *“A nova regra só se aplica às violações de direito subseqüentes. É a tese que melhor se adapta à realidade dos fatos, corrigindo um pouco a absurda distorção da lei”.*

Tal interpretação, embora aparentemente mais benéfica, na realidade, poderia causar prejuízos ao trabalhador, uma vez que aos empregadores rurais seria preferível contratar novos empregados, sob a égide da nova regra prescricional, que manter empregados com direitos anteriores à Emenda (logo, imprescritíveis), o que conduziria a resilição de vários contratos de trabalho.

Ciente dessa dificuldade, outra parte da doutrina defende, sim, a aplicação imediata da nova norma prescricional, mas de forma diversa. É o que bem leciona Francisco Meton Marques de Lima: *“Por força do princípio da irretroatividade das leis, os direitos devidos até 24/05/2000 permanecem intactos, não atingidos pela prescrição quinquenal, podendo ser reivindicados integralmente até 24/05/2005, data a partir de quando a prescrição quinquenal passa a operar efetivamente”.*

Na mesma esteira, Dárcio Guimarães de Andrade, Juiz do TRT da 3ª Região: *“Conforme essa orientação, o trabalhador rural terá o prazo de cinco anos, contados da data de 26.05.2000, para postular seus direitos trabalhistas por todo o período contratual. Contudo, ultrapassado esse prazo, estará consumada a prescrição das pretensões exigíveis há mais de cinco anos, fazendo jus o empregado somente às parcelas do quinquênio anterior à data da propositura da reclamatória trabalhista”.*

Dito de outro modo: para os contratos de trabalho em curso quando da entrada em vigor da Emenda, aplica-se raciocínio semelhante ao usado para os contratos já findos, passando o empregado a ter um prazo fatal (cinco anos a contar da Emenda) para reclamar todos os seus créditos anteriores.

Este posicionamento nos parece o mais adequado. A norma que previa a imprescritibilidade de direitos do trabalhador rural, durante o contrato de trabalho (art. 7º, XXIX, “b”), está plenamente revogada. Isto significa que a Constituição Federal, em sua

redação atual, veda a imprescritibilidade de créditos trabalhistas para quaisquer trabalhadores, caracterizando, a nosso sentir, um equívoco defender a existência, ainda hoje, de direitos imprescritíveis (seria um caso de ultratividade de norma, sem previsão legal).

A Emenda Constitucional nº 28 removeu a causa impeditiva do curso da prescrição quinquenal no decorrer do contrato. Em conseqüência, todas as lesões anteriormente praticadas passaram a se sujeitar a prazo prescricional de 05 anos, a contar de sua vigência.

Estevão Mallet, outro adepto dessa tese, obtempera que *“na verdade, a melhor solução para as dificuldades suscitadas pela Emenda Constitucional nº 28 está em aplicar o novo prazo a todos os contratos em vigor; considerando-se, no entanto, apenas o tempo transcorrido após a reforma legislativa, critério preconizado, aliás, pela doutrina, nacional e estrangeira, bem como pela jurisprudência da Corte de Cassação francesa. Assim, o tempo passado antes da Emenda Constitucional nº 28 terá início o prazo de cinco anos da prescrição incidente sobre a relação jurídica em vigor. Passado esse prazo, no entanto, estarão prescritas todas as pretensões cuja exigibilidade haja nascido há mais de cinco anos, ainda que antes da Emenda Constitucional nº 28. A adoção do critério que combina duas diferentes legislações para reger a mesma relação jurídica levaria a inaceitável paradoxo. Faria com que pretensões exigíveis há mais tempo, quando em vigor a legislação anterior, não prescrevessem, ao passo que outras pretensões, exigíveis há menos tempo, depois de editado o novo direito, poderiam já estar prescritas”*.

Não é despreciando repisar: para as antigas violações de direitos corre prazo prescricional, mas seu termo inicial não será a partir das mesmas e sim a contar da própria lei. A vigência desta é que representaria o termo *a quo* do prazo prescricional.

Pontes de Miranda, ao analisar hipótese análoga, fornece-nos excelente conclusão sobre o tema: *“A lei nova não pode ter o efeito de considerar interruptivo um fato que, ao tempo que ocorreu, não era, nem considerar não interruptivo um fato que, ao tempo que ocorreu, era interruptivo (...) Mas, ainda aí, é preciso atender-se a que toda lei é dominante no seu tempo, de modo que fato passado pode ser causa de interrupção a qualquer momento a partir da lei nova. O que não lhe é dado é estabelecer efeitos no passado, porque não lhe é dado fazer o fato ocorrido ter entrado no mundo jurídico (...) Se a lei nova suprime causa que a lei antiga conhecia, a prescrição recomeçará a correr sem que se conte no prazo da prescrição o tempo que correu”. (grifo nosso)*

A jurisprudência não é unânime, mas há muitos julgados nessa mesma linha interpretativa:

“Prescrição – trabalhador rural – Emenda Constitucional nº 28/00 – aplicabilidade – exegese – “em se tratando de rurícola, só a partir de 20.05.2005, isto é, cinco anos após a publicação da emenda constitucional que institui a prescrição quinquenal para essa categoria, poderá ser decretada, sob pena de se afrontar o princípio da irretroatividade da lei consubstanciando no art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil”. (TRT 6ª R. – RO 01023.2002.241.06.00.0 – 1ª t. – rel. Juíza Maria Lygia Soares Outtes Wanderley – DJPE 27.04.2004 – p. 24)

Trabalhador rural – prescrição quinquenal sistemática da produção dos efeitos materiais da EC nº 28 de 25.05.2000” – “a aplicação da lei no tempo é questão tormentosa. Dificuldades não existem, no que diz respeito aos contratos extintos antes da emenda nº 28, haja vista que estas avenças ficam sujeitas ao direito anterior. Do mesmo modo, os contratos celebrados após a vigência da emenda, desde logo ficam sujeitos à nova regra. Quanto aos pactos laborais que se encontravam em vigência quando da publicação da emenda constitucional (25.05.2000), a lógica do entendimento é a seguinte: a nova regra passa a regular relações a partir da data em que foi promulgada, assim, se prevê o prazo prescricional de 5 anos, o período de prescrição tem como termo ‘a quo’ a data da promulgação, pois ao revés, ter-se-iam relações anteriores sendo reguladas pela lei nova, o que é inadmissível. A Lei de Introdução ao Código Civil, assevera no artigo 6º que a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”. (TRT 9ª R. – proc. 00569-2001-023-09-00-9 – relª juíza Ana Carolina Zaina – djpr 23.01.2004)

Rurícola – prescrição quinquenal – EC 28/00 – aplicação imediata e não retroativa – até a promulgação da Emenda Constitucional nº 28 de 29.05.00, havia durante a vigência do contrato de trabalho do trabalhador rural, obstáculo que impedia a aplicação da prescrição, razão porque, não havia por parte do trabalhador rural nenhuma preocupação com relação aos direitos contratuais, haja vista que durante a vigência do pacto laboral nenhuma prescrição corria, não havendo então de se cogitar de inércia do titular de direito material. Com a retirada do obstáculo que impedia a aplicação da prescrição, pela Emenda Constitucional nº 28, começou a correr a prescrição quinquenal, cuja consumação acontecerá somente em 29 de maio de 2005, posto que não se pode confundir aplicação imediata com aplicação retroativa, com agressão ao direito adquirido. Recurso ordinário não provido. (TRT 15ª R. – RO 01394-2002-034-15-00-9 (ac. 29992/2004) (proc. orig. 01394/2002) – 3ª t. – rel. Juiz Lorival Ferreira dos Santos – doesp 13.08.2004)

Empregado rural – prescrição quinquenal – Emenda Constitucional nº 28 – a nova norma que equiparou o prazo prescricional dos direitos dos empregados rurais ao dos empregados urbanos, não pode ser aplicada retroativamente, considerando-se prescritos os eventuais direitos lesados antes de 29.5.1995, por violar o artigo 5º, inciso XXXVI, da CF. O novo prazo de cinco anos deve ser contado da data da promulgação da Emenda Constitucional nº 28, sendo eficaz somente a partir de 29 de maio de 2005. (TRT 15ª R. – RO 01828-2001-011-15-00-6 (ac. 22959/2004) (proc. orig. 01828/2001) – 5ª t. – rel. Juiz Ricardo Regis Laraia – doesp 25.06.2004)

Acreditamos ser esse entendimento o mais justo diante do conflito intertemporal das normas legais.

5 OBSERVAÇÕES FINAIS

Por fim, convém tecer alguns comentários sobre a Orientação Jurisprudencial nº 271, da SBDI 1, do TST, abaixo transcrita:

“Rurícola. Prescrição. Emenda Constitucional nº 28/2000. Processo em curso. Inaplicável. Considerando a inexistência de previsão expressa na Emenda Constitucional nº 28/2000 quanto à sua aplicação retroativa, há de prevalecer o princípio segundo o qual a prescrição aplicável é aquela vigente à época da propositura da ação”.

Sobre a correta interpretação desta regra, julgamos oportuno o destaque às considerações feitas por Gustavo Filipe Barbosa Garcia sobre o assunto: *“Este precedente jurisprudencial, no entanto, precisa ser lido de forma atenta, para que se possa compreender o seu correto alcance. Não se pode ficar restrito à segunda parte de sua redação (‘considerando ...’), mas deve-se frisar que o mesmo está se referindo a uma situação bem específica, qual seja, a de ‘processo em curso’. Quer dizer, a OJ nº 271, na realidade, somente se aplica para os casos em que a ação foi ajuizada e, posteriormente, em seu curso, surgiu a Emenda Constitucional nº 28/00. Estas as situações que, tendo sido julgadas pelo C. Tribunal Superior do Trabalho, deram origem ao precedente. Tanto é assim que o tema foi inserido, na orientação jurisprudencial da subseção de dissídios individuais i do C. TST, em 27.09.02, e os precedentes que lhe deram origem referem-se à argüição da prescrição quinquenal (quanto ao empregado rural), somente em fase recursal, pois advinda de norma posterior ao ajuizamento da ação.*

Com isso, a tese de que ‘a prescrição aplicável é aquela vigente à época da propositura da ação’ apenas deve ser aplicada para as hipóteses em que, só no curso do processo, é que a Emenda Constitucional nº 28/00 passou a ter vigência, não podendo ser estendida para situações diversas”. (eficácia no tempo da Emenda Constitucional nº 28/00. Repertório de jurisprudência iob, São Paulo, caderno 2, nº 9/04, p. 277, artigo nº 2/21109, 1. Quinzena maio 2004)

Para melhor visualização, vejamos o seguinte exemplo: suponhamos um empregado rural que desde 1990 não receba 13º salário, vindo o mesmo a ajuizar sua reclamação trabalhista apenas em 2001. A não atentar para a correta aplicação da aludida orientação, poderia o julgador incorrer no erro de considerar prescritas todas as parcelas que contassem mais de cinco anos, uma vez que à data da propositura da ação já vigorava a Emenda nº 28/00. Logo, esse trabalhador, em face da incorreta aplicação da orientação, seria prejudicado, somente tendo direito a receber o 13º salário a partir de 1997 (o direito aos anteriores estaria prescrito). Na verdade, tal regra aplica-se apenas aos processos que já estivessem em curso quando da vigência da Emenda. No caso *sub examine*, a prescrição de todos os créditos anteriores a Emenda, segundo as regras de direito intertemporal, somente ocorreria em 26.05.2005, data em que a mesma completará cinco anos.

Portanto, não é demais repetir que a Orientação Jurisprudencial nº 271 somente se aplica para os processos em curso quando da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 28/00 (processos mais antigos). Para todos os demais casos, de ajuizamento de ação após esse momento, aplicam-se os critérios de direito intertemporal acima relatados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª Ed., LTr, São Paulo, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Direito Processual Civil moderno*. Tomo I, 2ª Ed., Malheiros, São Paulo, 2000.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. “*Novas considerações sobre a prescrição do empregado rural*”. In: RDT, nº 01, jan/2005, Consulex, São Paulo, 2005, p.15-17.

GUNTHER, Luiz Eduardo e Nacif Alcure Neto. “*Prescrição do trabalhador rural - a inconstitucionalidade da EC 28*”. In: Síntese Trabalhista nº 138 , dez/2000, pág. 19.

LIMA, Francisco Meton Marques de. *Elementos de Direito do Trabalho e Processo Trabalhista*. 10ª Ed., LTr, São Paulo, 2004.

MAGANO, Octavio Bueno. “*Prescrição*”. In: Revista de Direito do Trabalho, nº 101, Ano 27, jan.-mar./2001, RT, São Paulo, p. 213-214.

MALLET, Estêvão. “*A Prescrição na Relação de Emprego após a Emenda Constitucional nº 28*”. In: Revista LTr, nº 08, Vol. 64, ago./2000, São Paulo, p. 999-1001.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 16ª Ed., Atlas, São Paulo, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 12ª Ed., Saraiva, São Paulo, 1996.

VIANA, Márcio Túlio. “*O Acesso à Justiça e a Nova Prescrição do Rurícola*”. In: Revista LTr, nº 08, Vol. 64, ago./2000, São Paulo, p. 1002-1008.

PROVIMENTOS

PROVIMENTO Nº 1/2004

O Doutor ANTONIO CARLOS CHAVES ANTERO, Juiz Presidente do TRT da 7ª Região, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelos arts. 34, inciso XXI, e 141, inciso II do Regimento Interno e

Considerando que compete à Presidência superintender todos os serviços auxiliares desta Justiça;

Considerando a necessidade de disciplinar a remessa de autos das Varas do Trabalho para o Serviço de Cálculo e Liquidação Judicial deste TRT;

Considerando que as Varas do Trabalho dispõem do Sistema de Cálculos Judiciais da Justiça do Trabalho elaborado pelo colendo Tribunal Superior do Trabalho;

Considerando as recomendações constantes da ata da Correição Ordinária realizada no TRT da 7ª Região no período de 1º a 5 de setembro de 2003,

RESOLVE

Art. 1º Os cálculos de liquidação de sentença, quando elaborados pelos órgãos auxiliares da Justiça do Trabalho, deverão ser efetivados na própria Vara em que foi prolatada a sentença mediante o uso do sistema padronizado de cálculo admitido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região.

Art. 2º Incumbe ao Serviço de Cálculo e Liquidação Judicial deste TRT, excepcionalmente, elaborar a conta de liquidação quando o sistema padronizado disponível nas Varas do Trabalho não estiver apto a realizá-la.

§ 1º Quando ocorrer a hipótese mencionada neste artigo, deve o Diretor de Secretaria certificá-la nos autos, remetendo-os ao setor competente do Tribunal Regional do Trabalho, após o visto do Juiz.

§ 2º Estão excluídos do procedimento mencionado neste artigo aqueles processos sujeitos ao rito sumaríssimo cuja conta de liquidação deverá ser obrigatoriamente elaborada nas Varas do Trabalho.

Art. 3º Este provimento entrará em vigor na data de sua publicação.

PUBLIQUE-SE.

REGISTRE-SE.

CUMPRA-SE.

Fortaleza, 17 de fevereiro de 2004

ANTONIO CARLOS CHAVES ANTERO

Juiz Presidente e Corregedor Regional

PROVIMENTO Nº 2/2004

O Doutor ANTONIO CARLOS CHAVES ANTERO, Juiz Presidente do TRT da 7ª Região, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelos arts. 34, inciso XXI, e 141, inciso II do Regimento Interno e

Considerando que os membros do Ministério Público do Trabalho participam dos processos como órgão agente e/ou como órgão interveniente, devendo comparecer às audiências designadas na 1ª instância,

RESOLVE

Art. 1º Nas ações em que o Ministério Público do Trabalho figurar como órgão agente ou como órgão interveniente, as audiências, iniciais ou de instrução, deverão ser designadas para o primeiro horário da pauta;

Art. 2º Quando cabível, deverão as Varas do Trabalho observar o disposto no art. 83, I, do Código de Processo Civil;

Art. 3º Este Provimento entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data da sua publicação.

PUBLIQUE-SE.

REGISTRE-SE.

CUMPRE-SE.

Fortaleza, 12 de maio de 2004

ANTONIO CARLOS CHAVES ANTERO

Juiz Presidente e Corregedor Regional

PROVIMENTO Nº 3/2004

O Doutor ANTONIO CARLOS CHAVES ANTERO, Juiz Presidente do TRT da 7ª Região, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelos arts. 34, inciso XXI, e 141, inciso II do Regimento Interno e

Considerando que o art. 127 da Constituição Federal da República estabelece que incumbe ao Ministério Público “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”;

Considerando que, em virtude da Lei Complementar nº 75, de 20.05.93 - Lei Orgânica do Ministério Público da União - o âmbito de atuação do Ministério Público na Justiça do Trabalho foi significativamente ampliado (arts. 6º, incisos XII e 83, incisos I, III, IV, V);

Considerando que, segundo dispõe o § 2º do art. 236 do CPC, “a intimação do Ministério Público, em qualquer caso, será feita pessoalmente” e que o art. 18, inciso II, da LC nº 75/93, estabelece como prerrogativa processual dos membros do Ministério Público da União “receber intimação pessoal nos autos em qualquer processo e grau de jurisdição nos feitos em que tiver que officiar”;

Considerando que a impessoalidade é um dos princípios informadores da atividade ministerial (art. 129, § 2º, da CF, e art. 5º, inciso V, da LC nº 75/93) e que os membros do Ministério Público quando do exercício de suas atribuições não desempenham atividades de “mandatários”;

Considerando que as prerrogativas institucionais e processuais deferidas aos membros do *parquet* são inerentes ao exercício de suas funções e irrenunciáveis (art. 21 da LC 75/93);

Considerando, ainda, o disposto no Provimento nº 4/2000 da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho;

RESOLVE

Expedir, sob a forma de Provimento, as determinações abaixo, com o fim de disciplinar junto aos Juízes Titulares e Substitutos das Varas do Trabalho deste Egrégio Tribunal Regional do Trabalho e respectivos Diretores de Secretaria,

Art. 1º As intimações e notificações ao Ministério Público do Trabalho deverão ser feitas mediante a remessa dos autos por oficial de justiça à Procuradoria Regional do Trabalho da 7ª Região, começando a fluir os prazos processuais a partir da data em que o Procurador, que tiver que officiar no feito, lançar o seu “ciente” nos autos;

Art. 2º Na autuação dos processos em que o Ministério Público for autor, não haverá qualquer registro no campo destinado ao nome do advogado;

Art. 3º Deverá ser resguardada a prerrogativa institucional dos membros do Ministério Público de tomar lugar no mesmo plano e imediatamente à direita do Juiz das Varas do Trabalho;

Art. 4º O presente provimento entra em vigor na data da sua publicação.

PUBLIQUE-SE.

REGISTRE-SE.

CUMPRA-SE.

Fortaleza, 17 de junho de 2004.

ANTONIO CARLOS CHAVES ANTERO

Juiz Presidente e Corregedor Regional

PROVIMENTO N° 4/2004

Altera os valores monetários que balizam o procedimento estabelecido no Provimento n° 01/2003, relativo à cobrança de custas processuais neste Regional.

O Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, no uso das atribuições conferidas pelos artigos 34, inciso XXI, e 141, inciso II, do Regimento Interno desta Corte, e à vista dos novos limites pecuniários para a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União, bem como para o ajuizamento de ações de execução fiscal, fixados pela Portaria n° 49, de 01 de abril de 2004, do Ministério da Fazenda,

RESOLVE

Art. 1º Alterar a redação do Provimento n° 01/2003, para determinar que a inscrição da dívida em livro próprio, na forma estabelecida no artigo 1º daquela norma, somente ocorrerá nos casos em que o montante consolidado for igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (um mil reais), estipulando-se, também, que o procedimento de cobrança das custas processuais previsto no artigo 2º do mesmo diploma aplica-se, tão-somente, para importes superiores a R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Art. 2º Este Provimento entra em vigor na data de sua publicação.

PUBLIQUE-SE.

REGISTRE-SE.

CUMPRA-SE.

Fortaleza, 06 de setembro de 2004.

ANTONIO MARQUES CAVALCANTE FILHO

Presidente do Tribunal e Corregedor Regional

PROVIMENTO N° 5/2004

Altera a redação do inciso V do artigo 8º do Provimento n° 02/2003, que instituiu o Sistema de Protocolo Integrado no âmbito deste Regional.

O Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, no uso das atribuições conferidas pelos artigos 34, incisos XVIII e XXI, e 141, inciso II, do Regimento

Interno desta Corte, e tendo em vista o cancelamento, pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho, da Orientação Jurisprudencial nº 320, que restringia a validade dos sistemas de protocolo integrado à área de jurisdição dos Tribunais Regionais do Trabalho,

RESOLVE

Art. 1º Alterar o inciso V do artigo 8º do Provimento nº 02/2003, para autorizar o trâmite, pelo Sistema de Protocolo Integrado deste Sétimo Regional Trabalhista, de petições destinadas ao TST, dando-se àquele dispositivo a seguinte redação: “*V - as que se destinem a qualquer Juízo, que não os de 1ª e 2ª instâncias da Justiça do Trabalho da 7ª Região e o Colendo Tribunal Superior do Trabalho*”.

Art. 2º Este Provimento entra em vigor na data de sua publicação.

PUBLIQUE-SE.

REGISTRE-SE.

CUMPRE-SE.

Fortaleza, 06 de setembro de 2004.

ANTONIO MARQUES CAVALCANTE FILHO

Presidente do Tribunal e Corregedor Regional

PROVIMENTO Nº 6/2004

Fixa procedimentos para a retirada de autos processuais nas Secretarias das Varas do Trabalho, revogando os Provimentos nºs 01 e 05/98.

O Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, no uso das atribuições conferidas pelo artigo 141, inciso II, do Regimento Interno desta Corte,

Considerando que compete aos Diretores de Secretaria das Varas do Trabalho, dentre outras atribuições, velar pelo andamento, guarda e conservação de documentos e processos que lhe forem encaminhados e destes abrir vista às partes (art. 711, alíneas “a” e “e”, da CLT);

Considerando, outrossim, que as disposições consubstanciadas nos artigos 40, do CPC, e 7º, incisos XV e XVI, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), autorizam a retirada de autos processuais em carga, pelos profissionais da advocacia, sem vedação expressa à utilização de preposto para tal fim;

Considerando, ainda, que os advogados desta capital, envolvidos, diuturnamente, com a elaboração de peças processuais sujeitas, freqüentemente, a prazos peremptórios,

encontram grandes embaraços para comparecerem, pessoalmente, às dependências do Fórum Autran Nunes, face às notórias dificuldades de deslocamento no âmbito territorial da cidade de Fortaleza;

Considerando, finalmente, a necessidade de uniformização dos procedimentos de retirada de processos em carga, nas Secretarias das Varas do Trabalho desta Sétima Região;

RESOLVE

Art. 1º Determinar aos Senhores Juízes Titulares de Vara que autorizem aos Diretores de Secretaria, inexistindo qualquer impedimento legal, a conceder carga de autos processuais aos Senhores Advogados, pessoalmente, ou a pessoa por eles previamente designada, e devidamente credenciada junto à respectiva unidade jurisdicional, frisando, em qualquer caso, a responsabilidade pessoal do Advogado solicitante pelos processos que, direta ou indiretamente, lhe forem entregues.

Art. 2º A retirada de processo da Secretaria da Vara, por parte de seu Juiz Titular ou de Juiz Substituto ali em exercício, deve ser comunicada ao Diretor do respectivo órgão judiciário de primeiro grau, para o devido controle.

Art. 3º Esta norma entra em vigor na data de sua publicação, ficando revogados os Provimentos nºs 01/98 e 05/98.

PUBLIQUE-SE.

REGISTRE-SE.

CUMPRA-SE.

Fortaleza, 27 de setembro de 2004.

ANTONIO MARQUES CAVALCANTE FILHO

Presidente do Tribunal e Corregedor Regional

PROVIMENTO Nº 7/2004

Dispõe sobre o pagamento de honorários periciais nos casos em que a parte sucumbente quanto ao objeto da perícia goza dos benefícios da gratuidade judiciária.

O Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, no uso das atribuições conferidas pelos artigos 34, incisos XVIII e XXI, e 141, inciso II, do Regimento Interno desta Corte,

Considerando os termos da Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950, que normatiza a concessão de assistência judiciária aos necessitados;

Considerando a regra emergente do art. 790-B, da Consolidação das Leis do Trabalho, por cujos termos a parte beneficiária da justiça gratuita, quando vencida no objeto do exame pericial, resta dispensada do pagamento dos honorários periciais;

Considerando que esse benefício legal não implica a gratuidade do trabalho do profissional de perícia, que deve ser dignamente remunerado por seu trabalho;

Considerando que o orçamento desta Corte prevê, sob a rubrica “Assistência Judiciária a Pessoas Carentes”, o dispêndio de valores para a remuneração de *experts* atuantes em processos que envolvam pessoas necessitadas, sendo limitado, todavia, o montante ali reservado para tal finalidade;

RESOLVE

Art. 1º Destinar os valores consignados no orçamento deste Tribunal, sob a rubrica “Assistência Judiciária a Pessoas Carentes”, ao pagamento de honorários periciais, fixados judicialmente, nos processos em que a parte sucumbente na pretensão objeto da perícia goze dos benefícios da gratuidade judiciária, sendo, para tal, necessário o trânsito em julgado da decisão.

Art. 2º A fixação do importe devido a título de honorários terá como parâmetros a extensão e complexidade do trabalho e a diligência do profissional, observados os limites máximo e mínimo fixados no Anexo I.

Art. 3º Verificadas as condições previstas no artigo 1º deste Provimento, o perito interessado deverá requerer à Secretaria da Vara a expedição de Certidão de Crédito de Honorários Periciais, a ser fornecida segundo o modelo fixado no Anexo II.

Art. 4º O perito requererá, à Presidência do Tribunal, o pagamento de seu crédito, em conta corrente, agência e banco que indicar, instruindo a petição com o original ou cópia autêntica da referida Certidão e nela informando seu nome, endereço, RG e CPF, além do número da Reclamatória e do nome das partes litigantes.

§ 1º Deferido o pedido, a Presidência determinará à Secretaria de Orçamento e Finanças a efetivação do crédito bancário em favor do requerente.

§ 2º Realizado o depósito, a Secretaria de Orçamento e Finanças o comunicará ao interessado e à Vara onde autorizada a perícia, enviando, a esta, cópia da ordem bancária respectiva, para juntada aos autos processuais correspondentes.

Art. 5º A autorização para o pagamento do crédito de honorários periciais condiciona-se à disponibilidade orçamentária do Tribunal, observada a ordem cronológica de apresentação dos requerimentos.

Art. 6º Esta norma entra em vigor na data de sua publicação.

PUBLIQUE-SE.

REGISTRE-SE.

CUMPRE-SE.

Fortaleza, 04 de outubro de 2004.

ANTONIO MARQUES CAVALCANTE FILHO

Presidente do Tribunal e Corregedor Regional

ANEXO I

TABELA I

HONORÁRIOS PERICIAIS

	PERÍCIAS	VALOR MÍNIMO (R\$)	VALOR MÁXIMO (R\$)
	Engenharia		
ÁREA	Medicina	200,00	300,00
	Contabilidade		
	Outras	80,00	200,00

ANEXO II

CERTIDÃO DE CRÉDITO DE HONORÁRIOS PERICIAIS

NOME DA VARA DO TRABALHO

PROCESSO N° _____

PARTES:

DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO: _____

CERTIFICO, para os fins previstos no Provimento nº 07/2004, que o Sr.(a) _____, perito nomeado por este Juízo nos autos em epígrafe, faz jus ao montante de R\$ _____ (valor por extenso), relativo a seus honorários profissionais.

CERTIFICO, mais, que a parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, por determinação judicial, goza dos benefícios da gratuidade judiciária.

Local e data

Assinatura e identificação do Diretor de Secretaria

JURISPRUDÊNCIA

Acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho

PROCESSO: RR **NÚMERO:** 10840/2002-900-01-00.9
NÚMERO TRT DE ORIGEM: RO 16743/2000.00 - **Região:** 1
PUBLICAÇÃO: DJ - 03/12/2004
ÓRGÃO JULGADOR: 2ª Turma
PARTES:
RECORRENTE: MANOEL BRAZILINO
RECORRIDO: COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO RIO DE JANEIRO - CERJ
RELATOR:
MINISTRO RENATO DE LACERDA PAIVA

EMENTA

RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO DO FGTS - De acordo com o Enunciado nº 362 do Tribunal Superior do Trabalho, é trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho. Recurso conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-10.840/2002-900-01-00.9, em que é Recorrente MANOEL BRAZILINO e Recorrida COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO RIO DE JANEIRO - CERJ.

O TRT da Primeira Região, mediante o acórdão de fls. 216/218, negou provimento ao recurso interposto pelo reclamante asseverando que, após Constituição de 1988, a prescrição a ser aplicada ao FGTS é aquela atinente aos créditos trabalhistas, qual seja, cinco anos no curso do contrato e dois anos após a sua extinção. Inconformado, o reclamante interpõe recurso de revista, pelas razões de fls. 219/221, com fulcro na alínea “a” do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Pretende a reforma da decisão recorrida, por divergência jurisprudencial e por contrariedade com o Enunciado nº 95/TST.

O recurso foi admitido pelo r. despacho de fls. 223.

Contra-razões apresentadas às fls. 224/226. Os autos não foram remetidos à douta Procuradoria-Geral do Trabalho, conforme o disposto no artigo 82, § 2º, II, do Regimento Interno do TST.

É o relatório.

V O T O

I - CONHECIMENTO

Recurso adequado, tempestivo (acórdão publicado em 20/09/2001, quinta-feira, conforme certidão de fls. 218-v e recurso protocolizado às fls. 219, em 28/09/2001), subscrito por procurador habilitado (procuração às fls. 07); custas a cargo da reclamada, o que autoriza a apreciação dos seus pressupostos específicos de admissibilidade. **PRESCRIÇÃO DO FGTS** - O reclamante sustenta que a prescrição relativa aos

depósitos do FGTS é trintenária, não se confundindo com a prescrição aplicável aos demais créditos trabalhistas. Alega contrariedade com o Enunciado nº 95 desta Corte e transcreve dois arestos a cotejo.

O Tribunal *a quo* afastou a prescrição trintenária, consignando, *verbis*:

Entendo que a Súmula do TST susmenconada restou ultrapassada com o advento da atual Carta Magna, ao ser elencado no inciso III do art. 7º da CRFB/88 o FGTS como direito dos trabalhadores urbanos e rurais, deixando de ter natureza previdenciária, como vinha entendendo parte da doutrina e jurisprudência. Passou a fazer parte integrante dos direitos trabalhistas e a ser regido pela prescrição pertinente aos créditos trabalhistas, inculpada no inciso XXIX do artigo supracitado, qual seja, cinco anos no curso do contrato de trabalho e dois anos após a sua extinção (fls. 218).

Enquanto a decisão regional dispõe que a prescrição a ser aplicada é a quinquenal, os arestos da 12ª e 8ª Região colacionados às fls. 220 e 221, registram tese diametralmente oposta, no sentido de que a prescrição do direito do reclamante contra o não-recolhimento da contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço é trintenária, a permitir o conhecimento do apelo. Conheço, por divergência jurisprudencial.

II - MÉRITO

PRESCRIÇÃO DO FGTS - Em exame do disposto no art. 7º, XXIX, da Constituição da República, o Tribunal Superior

do Trabalho pacificou o posicionamento desta Corte, a qual, após reexaminar o conteúdo do Enunciado nº 95, por meio da edição do Enunciado nº 362, adotou o entendimento de que a prescrição aplicável ao não-recolhimento da contribuição para o FGTS ainda é a trintenária, a teor do § 5º do artigo 23 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990. Conquanto seja trintenária a prescrição, o empregado dispõe tão-somente de dois anos após a extinção do contrato de trabalho, para reclamar em Juízo o não-recolhimento da contribuição para o FGTS. Com efeito, eis o teor do Enunciado nº 362/TST:

“É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho”.

Ante o exposto, dou-lhe provimento para, afastando a limitação imposta pelo Regional, determinar a aplicação da prescrição trintenária quanto aos depósitos para o FGTS. ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista, por divergência jurisprudencial e, no mérito, dar-lhe provimento para determinar a aplicação da prescrição trintenária ao FGTS. Brasília, 10 de novembro de 2004.

RENATO DE LACERDA PAIVA
Ministro Relator

PROCESSO: RR **NÚMERO:** 838/2003-081-15-00.7
NÚMERO TRT DE ORIGEM: ROPS 838/2003-081-15.00 - **Região:** 15
PUBLICAÇÃO: DJ - 17/12/2004
ÓRGÃO JULGADOR: 4ª Turma
PARTES:
RECORRENTE: EURIPES SOARES
RECORRIDO: MARCHESAN IMPLEMENTOS E MÁQUINAS AGRÍCOLAS TATU S.A.
RELATOR:
MINISTRO IVES GANDRA MARTINS FILHO

EMENTA

RECURSO DE REVISTA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. PRESCRIÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 7º, XXIX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO-OCORRÊNCIA - CONSOANTE

O ENTENDIMENTO DOMINANTE NESTA CORTE, É A PARTIR DA PROMULGAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 110/01 QUE TEM INÍCIO O PRAZO PRESCRICIONAL PARA O EMPREGADO INGRESSAR EM JUÍZO A FIM DE REIVINDICAR AS DIFERENÇAS DA MULTA DO FGTS DECORRENTES DE EXPURGOS INFLACIONÁRIOS (RESSALVADO PONTO DE VISTA PESSOAL NO SENTIDO DE QUE O MARCO PRESCRICIONAL É A EXTINÇÃO DO CONTRATO). NO ENTANTO, NÃO HÁ COMO SE VISLUMBRAR AFRONTA DIRETA E LITERAL AO ART. 7º, XXIX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, CAPAZ DE DAR ENSEJO AO RECURSO DE REVISTA (CLT, ART. 896, "c"). ISSO PORQUE O PRECEITO CONSTITUCIONAL DISCIPLINA O PRAZO DA PRESCRIÇÃO DAS PARCELAS TRABALHISTAS NO CURSO DA CONTRATUALIDADE E APÓS EXTINTO O CONTRATO DE TRABALHO, HIPÓTESES DISTINTAS DA PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO PARA PLEITEAR AS DIFERENÇAS DA MULTA DO FGTS, NASCIDAS COM A EDIÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 110/01. ORA, O ART. 896, § 6º, DA CLT REQUER A DEMONSTRAÇÃO DE VIOLAÇÃO DIRETA DE DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL OU DE CONTRARIEDADE A SÚMULA DO TST, EXIGÊNCIA NÃO ATENDIDA NA HIPÓTESE VERTENTE. RECURSO DE REVISTA NÃO CONHECIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-838/2003-081-15-00.7, em que é Recorrente EURIPES SOARES e Recorrida MARCHESAN IMPLEMENTOS E MÁQUINAS AGRÍCOLAS TATU S.A.

RELATÓRIO

Contra a decisão do 15º Regional que negou provimento ao seu recurso ordinário (fl. 107), o Reclamante interpõe o presente recurso de revista, postulando a reforma do julgado quanto à prescrição alusiva às diferenças da multa de 40% do FGTS decorrentes de expurgos inflacionários (fls. 113-123). Admitido o recurso (fl. 125), foram apresentadas contra-razões (fls. 127-132), sendo dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 82, § 2º, II, do RITST.

É o relatório.

VOTO

CONHECIMENTO

1) PRESSUPOSTOS GENÉRICOS

O recurso é tempestivo (fls. 109-110) e a representação regular (fls. 5 e 111), tendo o Reclamante sido dispensado do pagamento das custas (fl. 63).

2) PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS

PRESCRIÇÃO ALUSIVA ÀS DIFERENÇAS DA MULTA DO FGTS DECORRENTES DE EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - Tese Regional: A prescrição do direito aos expurgos do FGTS começa a fluir da extinção do contrato de trabalho (fl. 107). Antítese Recursal: O recurso de revista vem fundamentado em violação dos arts. 5º, XXXVI e LV, e 7º, XXIX, da Constituição Federal, sustentando o Reclamante que o direito de ação quanto às diferenças da multa de 40% do FGTS não estaria prescrito, uma vez que a reclamação trabalhista foi ajuizada dois anos após a edição da Lei Complementar nº 110/01 (fls. 113-123). Síntese Decisória: A ação foi ajuizada sob a égide da Lei nº 9.957/00, que instituiu o rito sumaríssimo, imprimido pelo Regional ao julgamento do recurso ordinário da Reclamada, segundo os requisitos aí preconizados. Como cediço, tal diploma legal acrescentou o § 6º ao art. 896 da CLT, dispondo que o recurso de revista, nesse procedimento, somente será admitido pela demonstração de violação direta

de dispositivo da Constituição Federal ou de contrariedade a Súmula do TST. À luz dessa consideração, a regra contida no art. 896, § 6º, da CLT é de caráter restritivo, não admitindo interpretação extensiva.

Consoante o entendimento dominante nesta Corte, é a partir da promulgação da Lei Complementar nº 110/01 que tem início o prazo prescricional para o empregado ingressar em juízo, a fim de reivindicar as diferenças da multa do FGTS decorrentes de expurgos inflacionários (ressalvado ponto de vista pessoal do Relator no sentido de que o marco prescricional é a extinção do contrato). No entanto, não há como se vislumbrar afronta direta e literal ao art. 7º, XXIX, da Constituição da República, capaz de dar ensejo ao recurso de revista (CLT, art. 896, “c”). Isso porque o preceito constitucional disciplina o prazo da prescrição das parcelas trabalhistas no curso da contratualidade e após extinto o contrato de trabalho, hipóteses distintas da prescrição do direito de ação para pleitear as diferenças da multa do FGTS, nascidas com a edição da Lei Complementar nº 110/01.

Ora, o art. 896, § 6º, da CLT requer a demonstração de violação direta de dispositivo da Constituição Federal ou de contrariedade a Súmula do TST, exigência não atendida na hipótese vertente.

Outrossim, a jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal é cristalina no sentido de que a ofensa aos incisos XXXVI e LV do art. 5º da Constituição Federal é, regra geral, reflexa, não empolgando recurso extraordinário para aquela Corte, consoante segue: **CONSTITUCIONAL - RECURSO EXTRAORDINÁRIO: ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 5º, II, XXXV, XXXVI, LIV,**

LV, 7º, XXIX, E 93, IX. I - Alegação de ofensa à Constituição que, se ocorrente, seria indireta, reflexa, o que não autoriza a admissão do recurso extraordinário. II - Ao Judiciário cabe, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei, interpretando-a. Se, em tal operação, interpreta razoavelmente ou desarrazoadamente a lei, a questão fica no campo da legalidade, incorrendo o contencioso constitucional. III - Agravo não provido (STF-AgR-RE-245.580/PR, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, *In*: DJ de 08/03/02).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - ALEGAÇÃO VIOLAÇÃO AOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS INSCRITOS NOS ARTS. 5º, II, XXXV, XXXVI, LIV, LV, E 93, IX - AUSÊNCIA DE OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO - CONTENCIOSO DE MERA LEGALIDADE – RECURSO IMPROVIDO. A situação de ofensa meramente reflexa ao texto constitucional, quando ocorrente, não basta, só por si, para viabilizar o acesso à via recursal extraordinária (STF-AgR-AI-333.141/RS, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, *In*: DJ de 19/12/01). Assim sendo, não ocorreu afronta direta e literal ao art. 5º, XXXVI e LV, da Constituição Federal (que não tratam de prescrição), capaz de dar ensejo ao recurso de revista, cona regra insculpida no art. 896, “c”, da CLT. **NÃO CONHEÇO** do recurso de revista. **ISTO POSTO**

ACORDAM os Ministros da Egrégia 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso de revista.

Brasília, 27 de outubro de 2004.

IVES GANDRA MARTINS FILHO
Ministro Relator

PROCESSO: ED-RR NÚMERO: 82802/2003-900-01-00.9
NÚMERO TRT DE ORIGEM: RO 7729/2000.00 - **Região:** 1
PUBLICAÇÃO: DJ - 10/12/2004
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª Turma

PARTES:

EMBARGANTE: FUNDAÇÃO DOS ECONOMIÁRIOS FEDERAIS - FUNCEF
EMBARGADOS: ARISTIDES DE SANT'ANNA E OUTROS/CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

RELATOR:

MINISTRO CARLOS ALBERTO REIS DE PAULA

EMENTA

RECURSO DE REVISTA. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. SUPRESSÃO. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - ENTENDIMENTO CRISTALIZADO NA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 250 da SDI-1/TST, PELA QUAL A DETERMINAÇÃO DE SUPRESSÃO DO PAGAMENTO DE AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO AOS APOSENTADOS E PENSIONISTAS DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, ORIUNDA DO MINISTÉRIO DA FAZENDA, NÃO ATINGE AQUELES EX-EMPREGADOS QUE JÁ PERCEBIAM O BENEFÍCIO. RECURSO DE REVISTA A QUE SE DÁ PROVIMENTO PARA DECLARAR NULA A ALTERAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO E CONDENAR A RECLAMADA AO PAGAMENTO DO AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO A PARTIR DA DATA DE SUA SUPRESSÃO, BEM COMO A INTEGRAÇÃO DA REFERIDA VERBA NA COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA DOS RECLAMANTES.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-82802/2003-900-01-00.9, em que são Recorrentes ARISTIDES DE SANT'ANNA E OUTROS e Recorridos FUNDAÇÃO DOS ECONOMIÁRIOS FEDERAIS - FUNCEF e CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF. O Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região rejeitou a preliminar de incompetência e de ilegitimidade passiva *ad causam* argüidas em contra-razões e negou provimento ao Recurso Ordinário dos Reclamantes, por entender que o auxílio-alimentação é benefício de estímulo ao trabalhador, consistente em vantagem de natureza indenizatória que não integra o conjunto de parcelas de natureza salarial, sendo pressuposto o exercício efetivo da jornada e, em razão da essência do benefício, não se justifica o pagamento aos

aposentados e, também, a incorporação ao salário de benefício por aposentadoria, aduzindo que a instituição dessa vantagem, antes ou depois do júbilo, evidentemente nula, deve ser corrigida com o seu cancelamento. (fls. 275/277)

Os Reclamantes opuseram Embargos de Declaração às fls. 280/286, os quais foram rejeitados pelo acórdão de fls. 343/344, por manifestamente protelatórios, condenando os Embargantes ao pagamento da multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Novos Embargos de Declaração foram opostos às fls. 347/349, que foram acolhidos pelo acórdão de fls. 353/355, para proferir nova ementa nos seguintes termos: Recurso Ordinário. O auxílio-alimentação. A criação do Programa de Alimentação ao Trabalhador visa garantir melhor alimentação aos empregados para que atinjam

maior produtividade. A sua concessão está, portanto, diretamente ligada ao exercício de atividade laborativa, não sendo concedido em períodos de descanso ou durante o gozo das férias e, muito menos, na aposentadoria do empregado. (fl. 354)

Irresignados, os Reclamantes interpuseram Recurso de Revista com fulcro no artigo 896 da CLT, alegando contrariedade às Súmulas 51, 241 e 288 do TST e à Orientação Jurisprudencial nº 250/SDI1/TST. Transcrevem arestos para configuração de divergência jurisprudencial. (fls. 356/376) O Recurso de Revista foi admitido pelo despacho de fl. 404.

A Procuradoria-Geral do Trabalho não se manifestou no processo, porque não evidenciadas as hipóteses de intervenção obrigatória, nos termos do artigo 82 do RI/TST. Tramitação preferencial por força da Lei nº 10.741/2003.

É o relatório.

V O T O

1 CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos comuns de admissibilidade, examino os específicos do Recurso de Revista.

1.1 AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. APOSENTADOS. SUPRESSÃO - O Regional entendeu que o auxílio-alimentação é benefício de estímulo ao trabalhador, consistente em vantagem de natureza indenizatória que não integra o conjunto de parcelas de natureza salarial, sendo pressuposto o exercício efetivo da jornada e, em razão da essência do benefício, não se justifica o pagamento aos aposentados e, também, a incorporação ao salário de benefício por aposentadoria, aduzindo que a instituição dessa vantagem, antes ou depois do júbilo, evidentemente nula, deve ser corrigida com o seu cancelamento. Acrescentou, também que:

A criação do Programa de Alimentação ao Trabalhador visa garantir melhor alimentação aos empregados para que atinjam maior produtividade. A sua concessão está, portanto, diretamente ligada ao exercício de atividade laborativa, não sendo concedido em períodos de descanso ou durante o gozo das férias e, muito menos, na aposentadoria do empregado. (fl. 354)

Os Reclamantes, em Recurso de Revista, alegam contrariedade às Súmulas 51, 241 e 288 do TST e à Orientação Jurisprudencial nº 250/SDI1/TST.

Transcrevem arestos para configuração de divergência jurisprudencial.

Há de se destacar que os recorrentes apresentaram embargos de declaração, às fls. 280/286, pleiteando manifestação sobre a circunstância de que pleiteiam diferenças de complementação de aposentadoria que são oriundas de norma regulamentar, já que o auxílio-alimentação pago aos aposentados foi assegurado em dissídio coletivo, quando ainda em atividade. Nos segundos embargos de declaração, às fls. 347/349, em que alegam também omissão, os recorrentes requerem, inclusive, manifestação sobre a OJ 250 da SBDI-1. Aplicável, pois, o item 3 da Súmula 297 do TST.

Os Recorrentes sustentam que são aposentados e postulam o restabelecimento do auxílio-alimentação suprimido pela CEF e FUNCEF em janeiro de 1995.

Aduzem que o pagamento do benefício foi pago durante mais de 20 anos aos aposentados e pensionistas da CEF, e já se achava incorporado ao seu patrimônio, caracterizando seu direito adquirido, previsto no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição da República. Conheço do Recurso de Revista por contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 250/TST, transcrita à fl.371 (Orientação Jurisprudencial nº 219/TST).

2 MÉRITO

2.1 AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. APOSENTADOS. SUPRESSÃO - A matéria encontra-se pacificada nesta Corte Superior, consoante o entendimento consagrado na Orientação Jurisprudencial 250/SDI-1, pela qual a determinação de supressão do pagamento de auxílio-alimentação aos aposentados e pensionistas da Caixa Econômica Federal, oriunda do Ministério da Fazenda, não atinge aqueles ex-empregados que já percebiam o benefício.

Dou provimento ao Recurso de Revista para declarar nula a alteração unilateral do contrato e condenar a Reclamada ao pagamento do auxílio-alimentação a partir da data de sua supressão, bem como a integração da referida verba na complementação de aposentadoria dos Reclamantes.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, conhecer do Recurso de Revista por contrariedade à OJ 250/TST, transcrita à fl. 371 (OJ 219/TST) vencido o Sr. Ministro Ronaldo Lopes Leal, que juntará voto divergente e, no mérito, via de consequência, dar-lhe provimento para declarar nula a alteração unilateral do contrato e condenar a Reclamada ao pagamento do auxílio-alimentação a partir da data de sua supressão, bem como a integração da referida verba na complementação de aposentadoria dos Reclamantes. Brasília, 17 de novembro de 2004.

CARLOS ALBERTO REIS DE PAULA
Relator

Acórdãos do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região

JUIZ RELATOR: MANOEL ARÍZIO EDUARDO DE CASTRO

PROCESSO: 00935/2003-024-07-00-9

FASE: RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE: COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ - COELCE

RECORRIDO: JOÃO VERAS FILHO

DATA DO JULGAMENTO: 31/08/2004

DATA DA PUBLICAÇÃO: 06/10/2004

JUIZ RELATOR: MANOEL ARÍZIO EDUARDO DE CASTRO

EMENTA

SINDICATO. LIMITAÇÃO DO NÚMERO DE DIRIGENTES ESTÁVEIS.

A LIBERDADE DE ORGANIZAÇÃO DO SINDICATO NÃO SE CONFUNDE COM A LICENCIOSIDADE NO QUE CONCERNE AO NÚMERO DE SEUS DIRIGENTES, PARA EFEITO DE ESTABILIDADE. A ENTIDADE PODE ESTRUTURAR-SE EM DEZENAS DE DIRIGENTES, CONSELHEIROS CONSULTIVOS E ÓRGÃOS OUTROS, MAS NÃO PODE INVALIDAR, COM ESSA INVERNADA DE ADMINISTRADORES, OS DIREITOS DE TERCEIROS E NEM ARREDAR A NORMA DA MESMA CARTA MAGNA QUE FIXA COMO REGRA GERAL NA RELAÇÃO DE TRABALHO A AUSÊNCIA DA ESTABILIDADE, SINALIZANDO QUAIS AS EXCEÇÕES. CONTINUA SENDO LEGAL E RAZOÁVEL O NÚMERO DE SETE DIRIGENTES E TRÊS CONSELHEIROS FISCAIS BALIZADOS PELA CLT.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de RECURSO ORDINÁRIO, em que são partes COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ - COELCE e JOÃO VERAS FILHO. A sentença da Única Vara do Trabalho de Sobral, apreciando ação declaratória movida por COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ - COELCE contra JOÃO VERAS FILHO rejeitou a preliminar de incompetência dessa Justiça, e, no mérito, reconhecendo o direito à garantia no emprego estabelecida pelo art. 8º, VIII, da CF, julgou improcedente a presente ação declaratória, condenando o promovente em honorários advocatícios, reversíveis ao Sindicato assistente, e custas processuais (fls. 293/296). Recorre ordinariamente a empresa promovente (fls. 299/315), sustentando, em síntese, que a estabilidade do promovido é duvidosa, pois sua colocação na ata de

posse extrapola o número previsto no art. 522 c/c o § 4º do art. 543 da CLT, pelo que requer a reforma da sentença e o provimento do presente recurso, declarando que o recorrido não é portador de estabilidade provisória no emprego.

Contra-razões às fls. 319/331, suscitando preliminares de incompetência desta Justiça Especializada e Ausência de Interesse de Agir e, no mérito, pugnando pela improcedência da ação.

Processo submetido ao Rito Sumaríssimo. É O RELATÓRIO.

ISTO POSTO:

Primeiramente, rejeito as preliminares de incompetência e de falta de interesse de agir argüida em contra-razões pelo recorrido, João Veras Filho.

A primeira, porque como bem decidiu a r. sentença, à fl. 294, “Havendo litígio entre

empregado e empregador, ainda que a prestação jurisdicional se limite a declarar situação jurídica, a competência se define em favor da Justiça do Trabalho, inteligência que se extrai do art. 114 da CF”.

A segunda (falta de interesse de agir), porque refoge aos termos da litiscontestação, constituindo assim inovação vedada.

Inconformada com a decisão de primeiro grau que julgou improcedente a Ação Declaratória interposta, visando a declaração de inexistência de estabilidade sindical do recorrido eleito a cargo de Diretoria do Sindicato de sua categoria, em colocação superior aos sete primeiros lugares, recorre ordinariamente a autora - Companhia Energética do Ceará - COELCE.

Razão assiste à recorrente, estando a r. sentença vergastada a merecer reforma.

A Consolidação das Leis do Trabalho em seu art. 522, estabelece :

“A administração do sindicato será exercida por uma diretoria constituída, no máximo, de sete e, no mínimo de três membros e de um conselho fiscal composto de três membros, eleitos esses órgãos pela assembléia geral”. A Constituição Federal vigente consagra a estabilidade sindical em seu art. 8º, inciso VIII, determinando a garantia do emprego, provisoriamente, aos dirigentes das entidades sindicais e, no inciso I do mesmo dispositivo, assegura à entidade profissional a liberdade na fundação e autonomia na organização. Não há qualquer dúvida de que a entidade sindical, através de sua *interna corporis*, possa organizar seus órgãos de direção e compô-los com infinitos membros, contudo, a alegada estabilidade provisória não alcança a todos. É inadmissível que, sob a bandeira da liberdade sindical, todo sindicato, a seu próprio critério, possa, em criando os mais variados órgãos de direção, albergar, sob o manto da estabilidade provisória, todos os seus membros. Há de existir um limite fixado por lei,

que impeça possíveis abusos na organização sindical, que se presentes, configuram verdadeira fraude à Legislação Trabalhista. Após a CF/88 não se legislou ordinariamente acerca da questão, portanto, o regramento há de ser, por inexistir outro, o do art. 522 da CLT. Assim, mesmo que tenha o Sindicato em sua Diretoria número de membros maior que o especificado no dispositivo legal referenciado, somente estarão sob a garantia da estabilidade provisória sete (07) deles, além de três (03) do Conselho Fiscal. No caso, a colocação do acionado como membro da Diretoria ultrapassa esse elenco (v. fl. 20) e não se pode consagrar que ele detinha estabilidade da mesma forma que os colegas que se enquadram na regra do art. 522 consolidado.

Não fere, tal entendimento, a liberdade sindical assegurada pela Lei Maior, visto que poderão, como podem, organizar-se como preferirem, tampouco intervêm na administração do sindicato, posto ser a matéria exclusivamente de Direito.

Ante o exposto, conheço do recurso e, após rejeitar as preliminares suscitadas pelo recorrido, dou-lhe provimento para julgar procedente a presente ação declaratória, nos termos requeridos. Custas pelo promovido, dispensadas na forma da lei.

ANTE O EXPOSTO:

ACORDAM OS JUÍZES DO TRIBUNAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO, por unanimidade, conhecer do recurso e, após rejeitar as preliminares suscitadas pelo recorrido, dar-lhe provimento para julgar procedente a presente ação declaratória, nos termos requeridos. Custas pelo promovido, dispensadas na forma da lei.

Fortaleza, 31 de agosto de 2004.

ANTONIO MARQUES CAVALCANTE FILHO - Juiz Presidente do TRT

MANOEL ARÍZIO EDUARDO DE CASTRO - Juiz Relator

HILDA LEOPOLDINA P. BARRETO
Procuradora da PRT/7ª Região

PROCESSO: 01017/2003-004-07-00-2

FASE: RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE: CLEMILSON RODRIGUES LIMA

RECORRIDO: FLOEMA COSMÉTICOS E PRODUTOS NATURAIS LTDA.

DATA DO JULGAMENTO: 27/09/2004

DATA DA PUBLICAÇÃO: 09/11/2004

JUIZ RELATOR: MANOEL ARÍZIO EDUARDO DE CASTRO

EMENTA

RELAÇÃO DE EMPREGO. ESTAGIÁRIO. INEXISTÊNCIA.

O estágio, disciplinado pela Lei nº 6.494, de 7.12.77, regulamentada pelo Decreto nº 87.497, de 18.8.82, não cria vínculo empregatício de qualquer natureza, já que tem como finalidade essencial propiciar a complementação do ensino e da aprendizagem, através da participação do estudante em situações reais de vida e de trabalho, propiciando-lhe conhecimentos teóricos e práticos imprescindíveis à sua inserção no meio profissional, social e cultural, não se limitando, portanto, apenas a necessidade de conjugação do ensino teórico com a prática para a formação do profissional. Por isso mesmo, creio que possíveis irregularidades na execução do estágio, como a da hipótese em exame, não resultam em sua desfiguração a ponto de transmutar relação jurídica de natureza civil, disciplinada pela Lei nº 6.494/77, em relação de emprego subordinada à legislação trabalhista. Recurso conhecido e improvido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de RECURSO ORDINÁRIO, em que são partes CLEMILSON RODRIGUES LIMA e FLOEMA COSMÉTICOS E PRODUTOS NATURAIS LTDA.

A MM. 4ª Vara do Trabalho de Fortaleza julgou improcedente a reclamação movida por CLEMILSON RODRIGUES LIMA contra FLOEMA COSMÉTICOS E PRODUTOS NATURAIS LTDA., não reconhecendo a pretendida relação de emprego.

Recorreu ordinariamente o reclamante (fls. 90/97), advogando que sua contratação na condição de estagiário tinha como objetivo fraudar a legislação trabalhista.

Anulados os atos processuais a partir da fl. 99, determinando-se novo prazo para contra-razões e, por conseqüência, novo julgamento do recurso ordinário.

Contra-razões às fls. 160/174.

Processo submetido ao rito sumaríssimo.

É O RELATÓRIO.

ISTO POSTO:

O tema abordado no processo ora sob exame é por demais conhecido dos pretórios pátrios, qual seja, pedido de reconhecimento de vínculo de emprego formulado por estagiário, alegando a não observação do contido na Lei nº 6.494/77 e Decreto regulamentador nº 87.497/82.

A r. sentença de primeiro grau julgou improcedente a reclamatória, fundamentando sua decisão basicamente na impossibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício entre as partes, em face de não demonstrado qualquer indício de fraude no procedimento para admissão do estagiário.

Como a bem lançada decisão de primeiro grau, não vislumbro, no caso em exame, a caracterização de vínculo empregatício.

O estágio, disciplinado pela Lei nº 6.494, de 7.12.77, regulamentada pelo Decreto

nº 87.497, de 18.8.82, não cria vínculo empregatício de qualquer natureza, já que tem como finalidade essencial propiciar a complementação do ensino e da aprendizagem, através da participação do estudante em situações reais de vida e de trabalho, propiciando-lhe conhecimentos teóricos e práticos imprescindíveis à sua inserção no meio profissional, social e cultural, não se limitando, portanto, apenas a necessidade de conjugação do ensino teórico com a prática para a formação do profissional.

Demonstrado nos autos que foi firmado o Termo de Compromisso de Estágio entre o estudante, a empresa e com a intervenção da Instituição de Ensino (fl.31), com a fixação da bolsa-estágio e seguro contra acidentes pessoais.

Por isso, mesmo ante a negligência da Entidade de Ensino, creio que possíveis irregularidades na execução do estágio, como a da hipótese em exame, não resultam em sua desfiguração a ponto de transmutar sua natureza jurídica. Nesse sentido vem decidindo a SDI do E. TST.

O reclamante exerceu atividades na reclamada concedente, que lhe proporcionaram, de uma forma ou de outra, experiência prática, mormente considerando que o reclamante encontrava-se matriculado em escola do ensino médio não profissionali-

zante (possibilidade decorrente da Medida Provisória nº 2.164-41, de 24.08.2001, DOU 27.08.2001, em vigor conforme o art. 2º da EC nº 32/2001), daí a inviabilidade de se afirmar, com base exclusivamente nesse aspecto, que houve transmutação da relação jurídica de natureza civil, disciplinada pela Lei nº 6.494/77, em relação de emprego subordinada à legislação trabalhista.

Pondere-se, finalmente, que não se afasta em definitivo, em razão dos argumentos expendidos, a possibilidade de o estágio conduzir à declaração de existência de um típico contrato de trabalho. Este ocorrerá sempre que resultar evidenciado o total desvio da finalidade do estágio, hipótese que, consoante já exposto, não se identifica com a dos autos. Pelas razões acima,

Conheço do recurso mas nego-lhe provimento.

ANTE O EXPOSTO:

ACORDAM OS JUÍZES DO TRIBUNAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO, por unanimidade, conhecer do recurso mas lhe negar provimento.

Fortaleza, 27 de setembro de 2004.

ANTONIO MARQUES CAVALCANTE FILHO - Juiz Presidente do TRT

MANOEL ARÍZIO EDUARDO DE CASTRO - Juiz Relator

HILDA LEOPOLDINA P. BARRETO
Procuradora da PRT/7ª Região

PROCESSO: 02502/2003-001-07-00-4

FASE: RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE: COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO - CONAB

RECORRIDO: MARIA JÚLIA BARROS GUERRA

DATA DO JULGAMENTO: 29/11/2004

DATA DA PUBLICAÇÃO: 27/01/2005

JUIZ RELATOR: MANOEL ARÍZIO EDUARDO DE CASTRO

EMENTA

CONAB. EMPREGADA QUE JÁ SE ENCONTRAVA TRABALHANDO À ÉPOCA EM QUE FOI ANISTIADA. DIREITOS. SUPRESSÃO INDEVIDA.

TENDO EM VISTA QUE A RECLAMANTE - QUANDO DA DECISÃO DEFINITIVA QUE A READMITIU, COM BASE NA LEI

de Anistia -, já se encontrava há quase uma década laborando na reclamada, por força de decisões judiciais que a mantiveram continuamente reintegrada na recorrente (fato incontroverso nos autos), não há que se falar em supressão de direitos (devidamente adquiridos ao longo desses anos e reconhecidos pela própria reclamada), com base no art. 6º da supramencionada lei, pois, em verdade, não houve suspensão, nem interrupção do contrato de trabalho da recorrida. Razão teria a recorrente se entre a data de demissão da autora, em 1990, oficializada em sua CTPS (fl. 17), e a de sua readmissão definitiva, em 2002 (com respaldo na Lei de Anistia), a reclamante estivesse por todo este tempo fora da reclamada, o que não ocorreu "in casu".

HONORÁRIOS DE ADVOGADO.

A verba honorária é devida nos termos da Constituição Federal em vigor (art. 133) e legislação infraconstitucional, como art. 20 do CPC e Estatuto da OAB (art. 22), não existindo vedação legal a sua condenação na Justiça Obreira. Recurso conhecido e improvido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de RECURSO ORDINÁRIO, em que são partes COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO - CONAB e MARIA JÚLIA BARROS GUERRA.

A sentença da lavra do Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Fortaleza apreciando a reclamação aforada por MARIA JÚLIA BARROS GUERRA contra COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO - CONAB, julgou extinto com julgamento do mérito todos os pedidos atinentes às licenças-prêmios, com base no art. 269, IV, do CPC, e julgou procedentes os demais pedidos formulados na inicial, inclusive honorários advocatícios (fls. 179/185).

Recorre ordinariamente a reclamada, fls. 191/203, repisando a preliminar de carência de ação, por impossibilidade jurídica do pedido, ao argumento de que a reclamante tendo sido readmitida/anistiada e posteriormente enquadrada e sendo a recorrente uma empresa pública federal, jamais terá direito à reclassificação por agredir o art. 37, incisos I e II, da CF/88, pelo que requer a extinção do feito sem julgamento do mérito, com arrimo no art. 267, VI, c/c o inciso X do art. 301, ambos do CPC.

No mérito, sustenta a improcedência das verbas deferidas pela r. sentença ao argumento, em síntese, de que a recorrida foi readmitida definitivamente em 05/11/2002, pela Lei de Anistia (Lei nº 8.878/94), portanto a relação jurídica foi reatada a partir do momento do seu retorno, de maneira que os efeitos obrigacionais pecuniários só se tornaram devidos a partir de então, conforme se depreende do art. 6º da supramencionada lei. Aduz que não se pode confundir reintegração - figura jurídica que se relaciona com a estabilidade, ou, no âmbito da Administração Pública, com o exercício de um cargo efetivo - com readmissão, que tem o sentido de admitir de novo, de restabelecer uma relação por qualquer razão interrompida. Na primeira há uma reparação das vantagens salariais e contratuais. Na segunda a relação é reatada a partir do momento do retorno do trabalhador, possuindo efeitos *ex nunc*, ou seja, os efeitos obrigacionais só se tornam devidos a partir de então. Assim sendo, entende serem indevidos os pedidos de diferença salarial (até porque o enquadramento da recorrida, no novo PCS oriundo a partir da criação da CONAB em 1991, levou em

conta a sua condição na época em que foi demitida em 1990); anuênios; 14º salários e promoções. Impugna também a verba honorária.

A recorrida apresentou contra-razões, contudo, fora do prazo legal (v. certidão fl. 221). A douta PRT declara não haver, no presente feito, interesse público que justifique emissão de parecer circunstanciado, mas ressalva a faculdade de intervir na Sessão de Julgamento, de forma oral, e de pedir vista regimental, caso entenda necessário (fl. 224).

É O RELATÓRIO.

ISTO POSTO:

Recorre ordinariamente a reclamada, nos termos do relatório.

Rejeito a preliminar de carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido, suscitada pela recorrente, tendo em vista que os pedidos formulados pela reclamante são juridicamente possíveis, ainda que esta não seja titular do direito material invocado, que somente poderá ser aferido com a apreciação de mérito, o que se fará a seguir. A recorrente sustenta que havendo sido a recorrida demitida em 10/07/1990 e só readmitida definitivamente em 05/11/2002, pela Lei de Anistia (Lei nº 8.878/94), não faz jus aos direitos deferidos pela sentença, posto que a relação jurídica foi reatada a partir do momento do seu retorno, de maneira que os efeitos obrigacionais pecuniários só se tornaram devidos a partir de então, conforme se depreende do art. 6º da supramencionada lei.

Razão teria a recorrente se entre a data da demissão da autora, em 1990, e da sua readmissão em 2002, pela Lei de Anistia, a reclamante estivesse por todo este tempo fora da reclamada, o que não ocorreu *in casu*, senão vejamos.

Restou incontroverso nos autos que após a demissão da recorrida em 10/07/1990

(v. CTPS fl. 17), esta foi reintegrada judicialmente e mantida sucessivamente nesta qualidade até a decisão que a readmitiu definitivamente, em face da lei de Anistia, ou seja, quando anistiada a reclamante já se encontrava há quase uma década, depois da referida demissão em 1990, laborando na reclamada, recebendo além dos salários mensais, anuênios, 14º salário, e galgando inclusive as promoções horizontais pertinentes ao cargo que ocupava (Auxiliar administrativo III, 44) chegando a atingir o nível 57 (v. fichas financeiras acostadas às fls. 107/145 e contra-cheque de fl. 20), direitos adquiridos ao longo desses anos. Diante de tais fatos não procede o argumento da reclamada, com base no art. 6º da Lei nº 8.878/94, posto que, repita-se, quando da decisão definitiva que readmitiu a recorrida, esta, na verdade já se encontrava trabalhando na reclamada, por força de decisões judiciais reintegratórias, ou seja, não houve suspensão, nem interrupção do contrato de trabalho, não sendo lícito, portanto, a supressão dos direitos supramencionados, pois devidamente adquiridos pela reclamante e reconhecidos mês a mês pela reclamada, consoante se infere dos documentos retrocitados.

Assim sendo, incensurável a r. sentença quanto aos direitos deferidos, inclusive quanto às diferenças salariais, pois consoante observa-se do contra-cheque, fl. 20, referente a junho/2003 - em que a própria reclamada reconhece a promoção horizontal da recorrida para o nível 57 -, e da evolução salarial da reclamante de janeiro/1999 a junho/2003 (v. docs. fls. 107/123), conclui-se facilmente que seu rebaixamento para o nível 44, a partir de julho/03 (v. doc. fl. 124, cotejando-o com os de fls. 107/123), viola literalmente o princípio constitucional da irredutibilidade salarial insito no art. 7º,

inciso VI, da CF/88. Sobre esta parcela também não procede o argumento com base na lei da anistia, pelos motivos expendidos nos parágrafos anteriores.

Não se há de falar em violação ao art. 37, II da CF/88: a uma, porque a reclamante ingressou na reclamada antes da CF/88, quando não era exigido o concurso público; a duas, porque a manutenção de sua reintegração e a garantia definitiva de seu retorno à reclamada se deu por meio de decisões judiciais, liminares ou não.

Mantenho a condenação na verba honorária. Esta é devida nos termos da Constituição Federal em vigor (art. 133) e legislação infraconstitucional, como art. 20 do CPC e Estatuto da OAB (art. 22).

Não há com isso qualquer incompatibilidade com o princípio do *jus postulandi* desta Justiça Especializada, uma vez que este nunca excluiu a verba honorária da ritualística trabalhista, apenas a mesma não se encontra abrangida na sucumbência de forma automática, justamente pela possibilidade da parte ingressar em juízo sem a assistência de advogado, exigindo, assim, condenação expressa na sentença.

O *jus postulandi* é uma faculdade da parte, não uma imposição legal. Lembramos, que

a jurisprudência interativa de nossos Tribunais pátrios é no sentido de não se admitir recurso sem a assistência de advogado legalmente habilitado nos autos.

Alegar-se que somente cabem honorários advocatícios nas hipótese do enunciado 219 e 329 do TST, data máxima vênua, não corresponde a melhor expressão da Justiça e, por que não dizer, da hermenêutica jurídica. Não há vedação legal à condenação na verba honorária na Justiça Obreira.

Pelas razões acima, conheço do recurso, rejeito a prefacial de carência de ação e, no mérito, nego-lhe provimento.

ANTE O EXPOSTO:

ACORDAM OS JUÍZES DO TRIBUNAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO, por unanimidade, conhecer do recurso, rejeitar a prefacial de carência de ação e, por maioria, lhe negar provimento. Vencida a Juíza Laís Maria Rossas Freire que excluía os honorários advocatícios.

Fortaleza, 29 de novembro de 2004.

ANTONIO MARQUES CAVALCANTE FILHO - Juiz Presidente do TRT

MANOEL ARÍZIO EDUARDO DE CASTRO - Juiz Relator

FRANCISCO GÉRSO MARQUES DE LIMA - Procurador da PRT/7ª Região

JUIZ RELATOR: JOSÉ RONALD CAVALCANTE SOARES

PROCESSO: 01696/2002-007-07-00-8

FASE: RECURSOS ORDINÁRIO e ADESIVO

RECORRENTES: IZEQUIEL PAULO RIBEIRO E OUTRO

RECORRIDOS: EMPRESA JORNALÍSTICA O POVO S/A E OUTRO

DATA DO JULGAMENTO: 28/09/2004

DATA DA PUBLICAÇÃO: 10/11/2004

JUIZ RELATOR: JOSÉ RONALD CAVALCANTE SOARES

EMENTA

GAZETEIRO. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO.

CORRETA É A DECISÃO QUE VISLUMBRA OS CÂNONES DEFINIDORES DA RELAÇÃO JURÍDICA DE EMPREGO.

HORAS EXTRAS. NECESSIDADE DE PROVA ROBUSTA.

POR SEREM ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIAS, AS HORAS EXCEDENTES DO CONTRATADO HORÁRIO NORMAL CARECEM DE PROVA ROBUSTA E CONVINCENTE. DESENVOLVENDO TRABALHO EXTERNO, TORNA-SE IMPOSSÍVEL QUANTIFICAR AS HORAS EFETIVAMENTE GASTAS NOS SERVIÇOS PARA A RECLAMADA. RECURSOS CONHECIDOS MAS IMPROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de RECURSOS ORDINÁRIO E ADESIVO, em que são partes IZEQUIEL PAULO RIBEIRO E OUTRO e EMPRESA JORNALISTICA O POVO S/A E OUTRO. Adoto Relatório de fls. 60/61, da lavra do eminente Juiz José Antônio Parente da Silva, cujo inteiro teor transcrevo abaixo:

“A 7ª Vara do Trabalho de Fortaleza decidiu acolher a prescrição, com relação ao tempo anterior a 19/08/1997, e julgar parcialmente procedente a reclamação trabalhista, para, reconhecendo a relação de emprego entre os litigantes, de 20.03.1989 a 17.06.2002, a função de gazeteiro, salário mínimo e horário regular, condenar a reclamada ao pagamento, com juros e correção monetária, das seguintes parcelas: aviso prévio; 13º salário/2002 (7/12); férias proporcionais (4/12 + 1/3); depósitos fundiários, de 20.03.89 a 17.06.2002, com o acréscimo de 40% e liberação no código 01; 13ºs salários (1997

a 2001); férias (de 95/96 a 01/02 - 60 dias, todas com 1/3); repouso semanal remunerado de 19.08.1997 a 17.06.2002 (domingos e feriados); multa rescisória e honorários advocatícios. Determinou, ainda, as devidas anotações na CTPS do reclamante, bem como a entrega das guias de seguro-desemprego ou indenização equivalente a 4 salários mínimos. Concessão do benefício da Justiça Gratuita. Custas pela Reclamada. Inconformada com a r. decisão de primeiro grau, a Reclamada interpôs Recurso Ordinário, às fls. 30/38, alegando, em suma, a inexistência do vínculo empregatício, face à ausência dos requisitos inerentes à relação de emprego. Ao final, requer o provimento do apelo, a fim de que seja declarada a improcedência da reclamatória.

Atendidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade: recurso ordinário interposto com observância do prazo legal, decisão publicada em audiência em 10/04/2000

(fls. 25 e 26) e petição protocolada em 22/04/2003 (fl. 30); advogado subscritor do apelo devidamente habilitado, consoante procuração de fl. 19; custas processuais recolhidas (fl. 39); pagamento do depósito recursal (fl.40). Instado a manifestar-se (fl. 42), o reclamante apresentou as contra-razões às fls.43/44.

Inconformado com o *decisum* monocrático, que acolheu parcialmente os pleitos elencados na exordial de fls. 02/04, o Reclamante interpôs Recurso Adesivo, às fls. 45/46, aduzindo direito à percepção de horas extras, tendo em vista que a Reclamada não constestou aludido pedido, operando-se a presunção legal de veracidade da jornada extraordinária. Atendidos os pressupostos de admissibilidade do Recurso Adesivo do Reclamante: recurso interposto no prazo legal, notificação para a apresentação das contra-razões em 05/05/2003 (fl. 42) e petição protocolada em 13/05/2003 (fl. 45); advogado subscritor do apelo com procuração à fl. 05. Instada a manifestar-se acerca do recurso adesivo (fl. 52), a Reclamada não apresentou as contra-razões.

A doutra PRT, por sua Procuradora, Dr.^a Fernanda Maria Uchoa de Albuquerque, afirma, à fl. 56, que na questão *sub examine*, o Ministério Público do Trabalho não vislumbra interesse público que justifique a sua intervenção; resguardando este Órgão, porém, em se fazendo necessário, o direito-poder-dever de intervir em sessão de julgamento e pedir vista dos autos”.

É O RELATÓRIO.

ISTO POSTO:

ADMISSIBILIDADE

Os recursos reúnem os pressupostos de cognoscibilidade razão pela qual são conhecidos.

MÉRITO

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA

O dinamismo das relações sociais proporciona que nossos conceitos e posições sejam submetidos a uma constante verificação de conformidade, devendo ser atualizados sempre que o bem-estar social assim o exigir. Alhures, mantinha o entendimento - como ao que se reportou a recorrente/reclamada em seu arrazoado - de que não se caracterizava como relação de emprego os serviços desenvolvidos por gazeteiros. Entretanto, tal posição há de ser revista, mormente no caso dos autos, em que o gazeteiro era apanhado em casa por ônibus do jornal, vendia o produto da empresa que dispunha de capatazes para fiscalizar o serviço.

Ao sustentar a tese de negativa de vínculo empregatício, a recorrente não fez nenhuma prova, tendo, inclusive, declinado da produção da testemunhal, não se desincumbindo, portanto, do ônus traçado pelo art. 333, II, do CPC subsidiário. Assim, a decisão foi correta ao vislumbrar os cânones definidores da relação jurídica de emprego, posto que o gazeteiro disponibiliza aos consumidores a mercadoria da empresa: o jornal, o que o caracteriza, talvez, como o seu mais lúdimo empregado. Sentença irretocável.

RECURSO ADESIVO DO RECLAMANTE

O demandante, por seu turno, pretende ver incluído no elenco da condenação o labor desenvolvido além jornada. Entretanto, o remédio buscado não produz qualquer efeito. Na verdade, por serem especiais e extraordinárias, as horas excedentes do contratado horário normal carecem de prova robusta e convincente.

Nesta sorte, na espécie, não desafia esforço hercúleo a constatação de que a atividade prestada pelo autor era desenvolvida fora do espaço físico da empresa.

Ora, o labor externo escapa a qualquer tipo de controle sendo impossível quantificar

as horas efetivamente gastas nos serviços para a reclamada.

A prova das horas extras era do reclamante e, no desenrolar da instrução tal prova não se fez de modo inquestionável.

A decisão deve ser mantida.

ANTE O EXPOSTO:

ACORDAM OS JUÍZES DO TRIBUNAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO, por unanimidade, conhecer dos recursos e, por maioria, lhes negar provimento. Vencidos o Juiz Relator, que dava parcial provimento ao recurso do reclamante, para incluir na condenação oito horas extras e meia, laboradas semanalmente no período

de 19/08/1997 a 17/06/2002, devendo ser observado, como base de cálculo, o salário mínimo das épocas próprias, e os Juízes Manoel Arízio Eduardo de Castro e Judicael Sudário de Pinho que julgavam improcedente a reclamação, restando prejudicado o recurso do reclamante. Redigirá o acórdão o Juiz Revisor.

Fortaleza, 28 de setembro de 2004.

ANTONIO MARQUES CAVALCANTE FILHO - Juiz Presidente do TRT

JOSE RONALD CAVALCANTE SOARES
Juiz Relator Designado

HILDA LEOPOLDINA P. BARRETO
Procuradora da PRT/7ª Região

PROCESSO: 00003/2003-004-07-00-1

FASE: RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE: MUNICÍPIO DE PARACURU

RECORRIDO: CARLOS HENRIQUE MONTEZUMA RIBEIRO PEREIRA

DATA DO JULGAMENTO: 22/11/2004

DATA DA PUBLICAÇÃO: 31/01/2005

JUIZ RELATOR: JOSÉ RONALD CAVALCANTE SOARES

EMENTA

RUPTURA DO PACTO LABORAL DE SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. ATO ADMINISTRATIVO QUE, COMO TODOS ELES, CARECE DE MOTIVAÇÃO (PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA).

O rompimento do contrato de trabalho do demandante entra em choque com o dispositivo constitucional que impõe a imperiosa necessidade de motivação dos atos administrativos.

Na espécie, o ato nasceu viciado porque inexistente para forrá-lo da legalidade absolutamente imprescindível, as explicações quanto à sua finalidade, as razões da escolha haver recaído sobre o reclamante. Tudo porque o administrador público, mesmo nos atos discricionários, está preso à lei, à oportunidade, à conveniência, à finalidade.

Inobservados, implode o ato estrepitosamente.

RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO, MAS IMPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de RECURSO ORDINÁRIO, em que são partes MUNICÍPIO DE PARACURU e CARLOS HENRIQUE MONTEZUMA RIBEIRO PEREIRA.

Adoto relatório de fls. 82 da lavra do eminente Juiz Manoel Arízio Eduardo de Castro, cujo inteiro teor transcrevo abaixo:

“CARLOS HENRIQUE MONTEZUMA RIBEIRO PERERIA ajuizou reclamação

trabalhista contra o MUNICÍPIO DE PARACURU, alegando, em suma, que foi admitido por concurso público, na função de motorista; que é optante do FGTS; demitido em 02.02.2001, por perseguição política; e que sua demissão fere a Constituição Federal. Pede a decretação da nulidade do ato demissório, sua conseqüente reintegração e indenização referente ao período de afastamento. O Município, em sua contestação (fls. 39/42), negou a estabilidade do reclamante, aduzindo que o contrato do mesmo era regido pela CLT. Afirmou que a demissão teve como motivação a necessidade de adequação do Município à Lei de Responsabilidade Fiscal; que o demandante não concluiu o estágio probatório, e que recebeu as parcelas rescisórias sem ressalvas. Por último, pediu a improcedência da ação. A sentença da 4ª Vara do Trabalho de Fortaleza (fls. 49/52) julgou procedente a reclamatória, com base na lei nº 9784/99. Recorre ordinariamente o reclamado (fls. 55/70) reiterando os termos da contestação, para que seja reformada a sentença recorrida. O recorrido não apresentou contra-razões, conforme certidão de fls. 74.

A douta PRT, em parecer de fls. 77/78, opina pelo conhecimento e improvimento do recurso”.

É O RELATÓRIO.

ADMISSIBILIDADE

Conheço do recurso ordinário por preencher os pressupostos todos de cognoscibilidade. MÉRITO

No mérito, contudo, o recurso voluntário não medra. O rompimento do contrato de trabalho do demandante entra em choque com o dispositivo constitucional que impõe a imperiosa necessidade de motivação dos atos administrativos. O recorrido foi admitido na vigência da atual constituição através de concurso público, por conseguinte,

nada de nulo existe no contrato mantido entre o demandante e a entidade municipal, donde ser vedado à administração passar por cima do dispositivo constitucional que estabelece os princípios basilares da administração pública.

A alternância do poder executivo dos municípios interioranos, via de regra, provoca rupturas de substrato meramente político, sem que a administração observe, com o rigor indispensável, as regras básicas para que os respectivos atos não sofram desvio de finalidade. Com efeito, o ato nasceu viciado porque inexistente para forrá-lo da legalidade absolutamente imprescindível, as explicações quanto à sua finalidade, as razões da escolha haver recaído sobre o reclamante. Tudo porque o administrador público, mesmo nos atos discricionários, está preso à lei, à oportunidade, à conveniência, à finalidade. A interpretação constitucional há que ser operacionalizada de modo harmônico, homogêneo e sistemático, porque inexistem dispositivos constitucionais que se projetem hierarquicamente sobre os demais.

À luz dos dispositivos que regem a administração pública, criados exatamente para dar à mesma uma inquestionável transparência, no ato que quebrou o liame mantido com o recorrido, o Município demandado utilizou a execrável denúncia vazia, passando por cima de vários comandos constitucionais, atropelando, inclusive, os direitos humanos, os fundamentos da nossa sociedade democrática. A hermenêutica, portanto, do ponto de vista do demandado, é imperfeita, porque só enxerga um dispositivo constitucional isolado que, aparentemente, favorece sua tese, mas não tem arrimo no estado democrático de direito, que dá guarida ao devido processo legal e ao princípio da ampla defesa. Desobedecida a regra constitucional, o ato implode estrepitosamente.

A sentença deve permanecer incólume.
ANTE O EXPOSTO:
ACORDAM OS JUÍZES DO TRIBUNAL
DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO, por unanimidade, conhecer do recurso e, por maioria, lhe negar provimento. Vencido o Juiz Relator que julgava improcedente a reclamação. Custas invertidas, desde logo dispensadas,

por ser o reclamante pobre na forma da lei. Redigirá o acórdão o Juiz Revisor. Fortaleza, 22 de novembro de 2004.
DULCINA DE HOLANDA PALHANO
Juíza do TRT, no Exercício da Presidência
JOSE RONALD CAVALCANTE SOARES
Juiz Relator Designado
HILDA LEOPOLDINA P. BARRETO
Procuradora da PRT/7ª Região

PROCESSO: 01696/2003-012-07-00-4
FASE: RECURSO ORDINÁRIO
RECORRENTE: MUNICÍPIO DE AQUIRAZ
RECORRIDO: JOSÉ UBIRAJARA SANTOS OLIVEIRA
DATA DO JULGAMENTO: 29/11/2004
DATA DA PUBLICAÇÃO: 31/01/2005
JUIZ RELATOR: JOSÉ RONALD CAVALCANTE SOARES

EMENTA

CONTRATO TEMPORÁRIO (ART. 37, IX DA CF/88). INADEQUAÇÃO. NULIDADE. EFEITOS.

A CONTRATAÇÃO, A BEM DA VERDADE, OPEROU-SE INICIALMENTE, NA FORMA DE CONTRATO TEMPORÁRIO (ART. 37, IX DA CF/88), COM O FITO DE PREENCHER NECESSIDADE TEMPORÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO. JÁ COMEÇA DAÍ A BURLA, POIS A ATIVIDADE DESEMPENHADA PELO OBREIRO ESTÁ INSERIDA NO ÂMBITO DAS ATIVIDADES PERMANENTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, NÃO SE JUSTIFICANDO A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. ADEMAIS, OS DITOS “CONTRATOS TEMPORÁRIOS” CARREADOS PELO PRÓPRIO RECLAMADO SÃO IMPRES- TÁVEIS, POIS NÃO DEIXAM TRANSPARECER, EM MOMENTO ALGUM, O REAL MOTIVO DA CONTRATAÇÃO DO RECLAMANTE, OU SEJA, NÃO REVELAM QUAIS OS CRITÉRIOS UTILIZADOS PELO ADMINISTRADOR PARA ADMITIR O RECORRIDO NOS TERMOS DO REGIME TEMPORÁRIO EM ALUSÃO.

ALIÁS, AINDA QUE RECONHECIDA, EM TESE, NUM PRIMEIRO MOMENTO, A VALIDADE FORMAL DA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DO AUTOR, TAL CONTRATAÇÃO, POR EXTRAPOLAR OS LIMITES PREVISTOS PELA LEI MUNICIPAL QUE A REGE (ART. 3º, DA LEI 397/2001), À LUZ DO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO E DA PRÓPRIA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA, HAVERIA DE SER CONSIDERADA DE PRAZO INDETERMINADO, O QUE É VEDADO, ANTE A AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO, A TEOR DO ART. 37, II DA CARTA DA REPÚBLICA.

CONTRATO NULO. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. EFEITOS.

A DECISÃO RECORRIDA AMOLDA-SE AO FIGURINO CONSTITUCIONAL QUANDO SE FAZ UMA INTERPRETAÇÃO HARMÔNICA E SISTEMÁTICA DA CARTA DA REPÚBLICA. É QUE A PROIBIÇÃO DE CONTRATAR SERVIDORES QUE NÃO PASSARAM PREVIAMENTE PELO CRIVO DO CONCURSO PÚBLICO, NATURALMENTE, DIRIGE-SE AO ADMINISTRADOR. ELE, COMO GESTOR DA COISA PÚBLICA, É QUE ESTÁ OBRIGADO A SEGUIR A RISCA A REGRA IMPOSTA PELA *LEX LEGUM*. SE NÃO O FEZ, SE TRANSGREDIU A REGRA, DEVE RESPONDER POR SUA ATITUDE IRRESPONSÁVEL, AO INVÉS DE ARREMESSAR A CULPA NO SERVIDOR QUE, DE SUA PARTE, CUMPRIU O SEU DEVER. O RECONHECIMENTO DA NULIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO, POR HAVER O ADMINISTRADOR DESO- BEDECIDO A REGRA CONSTITUCIONAL QUE EXIGE APROVAÇÃO PRÉVIA EM CONCURSO PÚBLICO PARA O

INGRESSO DO SERVIDOR NOS QUADROS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, EM FACE DA NATUREZA SINGULAR DO CONTRATO DE TRABALHO E, EM RESPEITO MESMO AOS DE MAIS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS QUE DISCIPLINAM AS RELAÇÕES DE EMPREGO, A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS VALORES SOCIAIS DO TRABALHO, NÃO PODEM TER EFEITOS *EX TUNC*, POIS NÃO É POSSÍVEL, SEM ABALROAR AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CIDADÃO-TRABALHADOR, ERRADICAR A REALIDADE, O SUOR DESPENDIDO PELO TRABALHADOR, O SEU ESFORÇO HONESTO E A SUA DEDICAÇÃO. NÃO SE PODE PREMIAR QUEM ERRA EM DETRIMENTO DAQUELE QUE APENAS BUSCOU UMA ATIVIDADE DIGNA SEM CUIDAR QUE ESTAVA SENDO LUDIBRIADO PELO CHAMADO “CALOTE PÚBLICO”.

RECURSO CONHECIDO, PORÉM IMPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de RECURSO ORDINÁRIO, em que são partes MUNICÍPIO DE AQUIRAZ e JOSÉ UBIRAJARA SANTOS OLIVEIRA. Trata-se de recurso ordinário interposto pelo MUNICÍPIO DE AQUIRAZ, inconformado com a decisão prolatada pela MM. 12ª Vara do Trabalho de Fortaleza nos autos da reclamação trabalhista ajuizada por JOSÉ UBIRAJARA SANTOS OLIVEIRA. Em seu apelo, o recorrente sustenta, em síntese, a nulidade contratual.

Pugna, outrossim, pelo indeferimento dos honorários de advogado.

O recorrido não apresentou contra-razões. O Ministério Público do Trabalho, em parecer lavrado pelo Dr. Francisco Gérson Marques de Lima, manifesta-se pelo conhecimento e provimento do apelo.

É O RELATÓRIO.

ADMISSIBILIDADE

Primeiramente, sob o prisma da admissibilidade, o recurso voluntário merece cognição, eis que forrado pelo legítimo interesse, tempestivo, reunindo os pressupostos intrínsecos, extrínsecos, genéricos, específicos, objetivos e subjetivos, razão pela qual dele eu conheço.

MÉRITO

No mérito, o apelo não frutifica.

Na espécie, a contratação, a bem da verdade, operou-se inicialmente, na forma de contrato

temporário (art. 37, IX da CF/88), com o fito de preencher necessidade temporária da administração. Já começa daí a burla, pois a atividade desempenhada pelo obreiro está inserida no âmbito das atividades permanentes da administração pública, não se justificando a contratação temporária.

Ademais, os ditos “contratos temporários” carreados pelo próprio reclamado são imprestáveis, pois não deixam transparecer, em momento algum, o real motivo da contratação do reclamante, ou seja, não revelam quais os critérios utilizados pelo administrador para admitir o recorrido nos termos do regime temporário em alusão.

Aliás, ainda que reconhecida, em tese, num primeiro momento, a validade formal da contratação temporária do autor, tal contratação, por extrapolar os limites previstos pela lei municipal que a rege (art. 3º, da Lei 397/2001), à luz do princípio da continuidade do contrato de trabalho e da própria legislação trabalhista, haveria de ser considerada de prazo indeterminado, o que é vedado, ante a ausência de concurso público, a teor do art. 37, II da Carta da República. Não fosse o bastante, o próprio município reconhece a invalidade do pacto firmado nos termos do art. 37, IX da CF.

Por outro lado, venho sustentando, nesta Corte, através dos meus votos em incontáveis julgados, a nulidade dos contratos de

trabalho mantidos com os órgãos públicos, após a Constituição de 1988, sem que o administrador observe a regra constitucional do concurso prévio.

São contratos eivados por vício insanável e que, por tal razão, devem ser ceifados do cenário administrativo.

Nada obstante, pelas características ímpares do contrato de emprego, que além de ser calado na energia do trabalhador, funda-se na realidade, os efeitos do reconhecimento de tal nulidade, por ser impossível restabelecer as coisas conforme o seu estado anterior, já que é impossível devolver a energia despendida pelo trabalhador, projetam-se para o futuro, a fim de que não venha o torpe auferir vantagens com base na sua própria torpeza. Rompendo o liame inopinadamente e desobedecendo ao regramento constitucional do concurso, o administrador municipal transgrediu, ainda, diversos dispositivos constitucionais que devem nortear a conduta do administrador.

Com efeito, a decisão recorrida amolda-se ao figurino constitucional quando se faz uma interpretação harmônica e sistemática da Carta da República. É que a proibição de contratar servidores que não passaram previamente pelo crivo do concurso público, naturalmente, dirige-se ao administrador. Ele, como gestor da coisa pública, é que está obrigado a seguir a risca a regra imposta pela *Lex Legum*. Se não o fez, se transgrediu a regra, deve responder por sua atitude irresponsável, ao invés de arremessar a culpa no servidor que, de sua parte, cumpriu o seu dever. O reconhecimento da nulidade do contrato de trabalho, por haver o administrador desobedecido a regra constitucional que exige aprovação prévia em concurso público para o ingresso do servidor nos quadros

da administração pública, em face da natureza singular do contrato de trabalho e, em respeito mesmo aos demais dispositivos constitucionais que disciplinam as relações de emprego, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, não podem ter efeitos *ex tunc*, pois não é possível, sem abalroar as garantias constitucionais do cidadão-trabalhador, erradicar a realidade, o suor despendido pelo trabalhador, o seu esforço honesto e a sua dedicação. Não se pode premiar quem erra em detrimento daquele que apenas buscou uma atividade digna sem cuidar que estava sendo ludibriado pelo chamado “calote público”.

Na hipótese, o torpe pretende eximir-se de toda e qualquer culpa alegando sua própria torpeza. A Constituição é um todo, não é possível destacar um dispositivo constitucional em desfavor dos demais. Agir e interpretar assim, na verdade, é negar o conjunto, é manejar a Constituição contra o cidadão trabalhador. Por conseguinte, a decisão que reconheceu parcelas ao demandante está correta e imerece qualquer emenda, pois o município não comprovou haver adimplido as reparações rescisórias a que fora condenado.

Noutro flanco, a questão dos honorários advocatícios na órbita da Justiça do Trabalho, a meu sentir, ainda não está bem resolvida. A insistência na utilização da legislação subalterna assistencial conflitante com dispositivos constitucionais tem levado a jurisprudência a percorrer caminho incompatível com as novas regras constitucionais. Com o advento da CF/88 a assistência judiciária aos necessitados é responsabilidade exclusiva do Estado (art. 5º, LXXIV). Não pode o Poder Público eximir-se de tal responsabilidade nem arremessá-la às entidades sindicais sob pena de violar o disposto no

art. 8º, I, que veda qualquer intervenção do Estado nos organismos associativos. Por outro lado, é impossível obrigar o trabalhador a buscar os serviços profissionais de advogado do sindicato quando, muitas vezes, nem sindicalizado é. Por outro lado, ainda, não se pode obrigá-lo, também, a ficar na orfandade processual, desassistido, tampouco impor ao advogado contratado trabalho gratuito. Nem se olvide, também, o disposto no art. 133 da CF/88.

Nada a modificar, portanto.

ANTE O EXPOSTO:

ACORDAM OS JUÍZES DO TRIBUNAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO, por unanimidade, conhecer do recurso e, por maioria, lhe negar provimento. Vencida a Juíza Maria Irisman Alves Cidade que julgava improcedente a reclamação.

Fortaleza, 29 de novembro de 2004.

ANTONIO MARQUES CAVALCANTE
FILHO - Juiz Presidente do TRT
JOSE RONALD CAVALCANTE SOARES
Juiz Relator

FRANCISCO GÉRSON MARQUES DE
LIMA - Procurador da PRT/7ª Região

JUÍZA RELATORA: LAÍS MARIA ROSSAS FREIRE

PROCESSO: 05877/1999-000-07-00-2

FASE: AÇÃO RESCISÓRIA

AUTOR: BANCO DO BRASIL S/A

RÉU: AUGUSTO CESAR C. COSTA E JOBRASA

DATA DO JULGAMENTO: 19/04/2004

DATA DA PUBLICAÇÃO: 31/05/2004

JUÍZA RELATORA: LAÍS MARIA ROSSAS FREIRE

EMENTA

CONLUIO ENTRE AS PARTES. DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA.

PROVADO QUE OS RÉUS SERVIRAM-SE DO PROCESSO PARA PRATICAR ATO SIMULADO, CONSISTENTE NO AJUIZAMENTO DE RECLAMATÓRIA FORJADA E NÃO TENDO A RECLAMADA COMPARECIDO À AUDIÊNCIA EM QUE DEVERIA DEPOR, QUE, TAMBÉM, NÃO RECORREU, NEM IMPUGNOU OS CÁLCULOS E, TENDO, AINDA, AS NOTIFICAÇÕES SIDO ENVIADAS PARA ENDEREÇO INCORRETO, TORNA-SE INDUVIDOSA A EXISTÊNCIA DE CONLUIO ENTRE AS PARTES, IMPONDO-SE, ASSIM, A DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de AÇÃO RESCISÓRIA, em que são partes BANCO DO BRASIL S/A e AUGUSTO CESAR C. COSTA E JOBRASA. Via da vertente Ação, o Banco do Brasil S/A empreende a rescisão da Sentença de fls. 155/157, prolatada pela então JCJ de Limoeiro do Norte, nos autos da Reclamatória movida por Augusto César Carmo Costa em face de Jojoba do Brasil S.A. - JOBRASA, arrimando sua pretensão nos Incisos III, V, VI e VIII do Art. 485 da Lei de Ritos. Negando a efetividade fática das razões alinhadas na inicial da Reclamatória, que se não teria acompanhado de qualquer prova testificante da relação de trabalho entre as partes, menos ainda do exercício funcional e do tempo de serviço nela declinados, insiste o Banco Autor em ver reconhecido, por este Pretório, o conluio entre as partes e, conseqüentemente, rescindida a Sentença de Primeiro Grau, para, em *judicium* rescisório, julgar improcedente a ação, conde-

nando-se ambos os demandados nas penas da litigância de má-fê, custas e honorários advocatícios de 20%.

Assevera que o então Reclamante indicou, para a citação da Reclamada, o endereço da Fazenda Serra Dantas de Fora, em Jaguaruana, imóvel onde funcionara aquela empresa, porém, estando em vias de desapropriação e tendo sido arrestada, com todos os bens móveis ali encontrados, em 27 de junho de 1994, a partir de quando restou confiada a fiel depositário, não parece crível que nela se encontrassem seus titulares ou prepostos. À audiência inicial compareceram as partes, tendo a empresa apresentado contestação, esposando tese negatória de vínculo. Designada audiência continuativa, a Reclamada não se fez presente, aplicando-se-lhe, conseqüentemente, a *ficta confessio* (v. ata de fl. 154). Autos conclusos para julgamento, a MM. JCJ de Limoeiro do Norte julgou procedente, em parte, a Reclamação Trabalhista, para

deferir os pedidos formulados na peça de exórdio, com exceção da verba honorária. Liquidada a Sentença, o Reclamante requereu a habilitação do montante de R\$ 281.451,91 (duzentos e oitenta e um mil, quatrocentos e cinquenta e um reais e noventa e um centavos) junto à Ação Desapropriatória tramitante na 5ª Vara da Justiça Federal, Seção do Ceará, ensejando ao Banco do Brasil o aforamento de Embargos de Terceiros, julgados improcedentes.

Às fls. 320/327, repousam as razões contestativas do réu Augusto César Carmo Costa, onde alçada a preliminar de decadência do direito de ação, enquanto, em sede meritória, rechaça a alegação de colusão entre si e a Empresa Jobrasa e reputa temerária a iniciativa do Banco Promovente em ajuizar a Ação Rescisória *sub judice*, mais lhe parecendo uma manobra desta entidade creditícia, mancomunada com aquela outra litisconsorte passiva, para lhe sonegar os direitos trabalhistas, decorrentes de sua efetiva contratualidade.

Já a Empresa Jobrasa reprochou a tese bancária na petição de fl. 342/343, em cujos termos repeliu a alegada colusão, considerando mera aleivosia do Demandante, e mencionou a expiração, *in casu*, do prazo legal para o aforamento de ação rescisória, pugnando, por final, pela sua improcedência. Somente o réu Augusto César Carmo Costa apresentou razões finais (fls. 376/377).

A Douta PRT, em Parecer exarado às fls. 400/404, da lavra da ilustre Procuradora Francisca Helena Duarte Camelo, opinou pela improcedência da ação.

Este Tribunal, conforme o Acórdão de fls. 412/413 e 415, da lavra do eminente Juiz João Nazareth Pereira Cardoso, julgou improcedente a Rescisória, “à míngua de fundamento legal”. Submetida a Recurso Ordinário, o C. TST, segundo o Acórdão

de fls. 523/527, anulou o Julgado Regional por negativa de prestação jurisdicional, determinando o retorno dos autos a esta Corte para exame da ação, desta feita com a devida análise dos motivos apresentados na petição inicial.

É O RELATÓRIO da lavra do Juiz Antônio Marques Cavalcante Filho.

ISTO POSTO:

Retornam os autos a este Regional por força da decisão do C. TST de fls. 523/527, que anulou o Aresto de fl. 415 e determinou fosse realizado novo julgamento da ação rescisória aforada pelo Banco do Brasil S/A, visando à desconstituição da sentença de 1º grau, proferida pela Junta de Conciliação e Julgamento nos autos da reclamação trabalhista nº 728/97, entre partes Augusto César Carmo Costa e Jobrasa - Jojoba do Brasil S/A. Alega o Banco, em sua exordial, que houve colusão entre as partes daquela reclamatória, violação à lei (arts. 818 da CLT e 333, I do CPC), erro de fato, confissão inválida, tudo em seu prejuízo, pelo que pleiteia seja rescindida a referida sentença e julgada improcedente a reclamação, bem como reputados os réus litigantes de má-fé.

Apenas o réu Augusto César C. Costa contestou a vertente ação, sustentando que ocorreu a decadência, porque citado quando já passados mais de dois anos do trânsito em julgado da reclamação, acrescentando que inexistiu conluio entre as partes.

Inexiste a imputada decadência, pois no processo do trabalho, com o simples ajuizamento da ação rescisória já se interrompe o prazo decadencial e esta foi apresentada antes de completados os dois anos.

No mérito, assiste razão ao autor.

Restou provado nos autos que a notificação da reclamatória foi enviada para uma fazenda pertencente à empresa e localizada no

interior do Estado do Ceará, muito embora intentada por contador da mesma e que conhecia os reais endereços da reclamada na cidade de Fortaleza. Mesmo assim, e não constando do AR de fl. 142 o recebimento por qualquer pessoa, a empresa, que em nenhum dos procedimentos executórios já intentados pelo Banco na esfera cível fora localizada para responder às ações, estranhamente se fez presente à audiência inaugural da citada ação trabalhista, numa indicação de que sabia, de antemão, da existência da reclamação. É verdade que naquela ocasião a empresa ofertou contestação (fls. 147/150). Todavia, e apesar da “cortina de fumaça” em que consistiu a preliminar de carência de ação, deixa entrever, nos demais parágrafos da “defesa”, que o reclamante era, efetivamente, seu empregado, chegando ao cúmulo de afirmar que não efetuou as anotações na CTPS do autor por desídia deste. Ainda em relação àquela “primorosa peça defensiva”, chamou a atenção desta Magistrada a assinatura do advogado que a subscreveu (fl. 150), que mais parece a de uma pessoa de poucas letras, bem como o número de registro na Seccional do OAB ali inserto, diverso do constante da procuração de fl. 151, tudo levando a crer que não fora efetivamente firmada pelo causídico ali nominado, à época recém formado, talvez para que não pudesse ser eventualmente responsabilizado pela fraude que estava sendo engendrada. De qualquer forma, e não satisfeita em ter formulado uma pseudo defesa, a empresa, então, de forma bastante oportuna para o desiderato perseguido em conluio com o reclamante, deixa de comparecer à audiência seguinte de instrução, ensejando a aplicação de confissão ficta, acarretando, outrossim, a procedência dos pedidos formulados na exordial e que consistiam, além

das verbas rescisórias, em férias em dobro e simples, 13º salário, horas extras, salário retido e outras mais, tudo com base no elevado salário de R\$ 4.700,00, parcelas estas relativas a um suposto período trabalhado de 01.03.88 a 20.02.97, quando restou provado, nesta rescisória, que desde 1994 a empresa estava sem funcionar, eis que todos os seus bens haviam sido arrestados pelo Banco do Brasil, isto sem mencionar a invasão, ocorrida em maio/96, pelos integrantes do MST, da propriedade onde eram desenvolvidas as atividades da reclamada. Mas não é só. A então reclamada, além de não ter comparecido à audiência inaugural, momento em que, como se disse, foi considerada confessa quanto à matéria de fato, não recorreu da sentença e não se dignou, sequer, de impugnar os cálculos, que nos idos de 1998 já importavam na exorbitante quantia de R\$ 276.181,01 (fl. 189).

Evidente, portanto, ante o desenrolar dos fatos, que as partes se serviram do processo para obter, dolosamente, objetivo ilegal, qual seja crédito privilegiado que pudessem opor aos demais credores da empresa, especialmente em detrimento do Banco do Brasil. Pelas razões supra, torna-se indubitosa a alegada colusão, apta a invalidar a suposta confissão e ensejar a rescisão da sentença. A ação, contudo, não se sustenta com base no indigitado erro de fato e violação aos arts. 818 da CLT e 333 do CPC, já que a rescisória não se presta para o pretendido reexame dos fatos e das provas envolvidos na lide, hipótese de cabimento não prevista no art. 485 e seus incisos.

ANTE O EXPOSTO:

ACORDAM OS JUÍZES DO TRIBUNAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO, por unanimidade, julgar procedente a ação rescisória, para desconstituir a sentença

de 1º grau prolatada na reclamatória nº 728/97, da JCJ de Limoeiro do Norte, e, em novo julgamento, por maioria, julgar im procedente aquela ação, condenando-se os réus, solidariamente, nas custas processuais, na multa de 1% e na indenização de 20%, ambas por litigância de má-fé e em favor do Banco do Brasil, devendo serem calculadas com base no valor da causa atribuído na citada reclamatória. Vencidos os Juízes Relator

e Manoel Arízio Eduardo de Castro que julgavam extinto o processo sem julgamento do mérito, consoante o art. 129 do CPC. Fortaleza, 19 de abril de 2004.

ANTONIO CARLOS CHAVES ANTERO
Juiz Presidente do TRT
LAIS MARIA ROSSAS FREIRE
Juíza Relatora Designada
ILEANA NEIVA MOUSINHO
Procuradora da PRT/7ª Região

PROCESSO: 00359/2002-004-07-00-4

FASE: AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVANTE: CEARÁ SPORTING CLUBE

AGRAVADO: JORGE SÉRGIO CARNEIRO REDES

DATA DO JULGAMENTO: 12/01/2004

DATA DA PUBLICAÇÃO: 04/02/2004

JUÍZA RELATORA: LAÍS MARIA ROSSAS FREIRE

EMENTA

PESSOA JURÍDICA. GRATUIDADE PROCESSUAL.

UMA VEZ QUE NO PROCESSO DO TRABALHO A GRATUIDADE PROCESSUAL SOMENTE PODE SER CONCEDIDA AO TRABALHADOR (ART. 14, *CAPUT* E PARÁGRAFO 1º DA LEI 5.584/70), CORRETA A DECISÃO QUE NEGOU AO AGRAVANTE, PESSOA JURÍDICA, O PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA DE QUE TRATA A LEI 1.060/50 E NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO POR ELE INTERPOSTO SEM QUE PAGAS AS CUSTAS PROCESSUAIS OU RECOLHIDO O DEPÓSITO RECURSAL.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de AGRAVO DE INSTRUMENTO, em que são partes CEARÁ SPORTING CLUBE e JORGE SÉRGIO CARNEIRO REDES. Contra a decisão do juízo *a quo*, que negou seguimento ao seu Recurso Ordinário, o Ceará Sporting Clube ingressou com Agravo de Instrumento nos autos da reclamação que lhe move Jorge Sérgio Carneiro Redes. Alega o agravante que o despacho denegatório não pode prosperar, pois restou provado que não tem condições de arcar com o pagamento de despesas processuais,

é uma associação sem fins lucrativos e, também, porque o fato de ser pessoa jurídica não lhe retira o direito à gratuidade processual requerida com base nos incisos XXV e LXXIV do art. 5º da Carta Magna e no que dispõe a Lei nº 1.060/50. Contraminuta às fls. 46/70.

A PRT, por sua Procuradora-Chefe, Dr.ª Fernanda Maria Uchoa de Albuquerque, deixou de emitir parecer circunstanciado por entender que a intervenção do Ministério Público do Trabalho, no presente feito, não é necessária.

É O RELATÓRIO.

ISTO POSTO:

Agrava de instrumento o Ceará Sporting Clube, visando reformar o despacho que considerou deserto e negou seguimento ao seu recurso ordinário.

Alega, em síntese, que a gratuidade processual foi expressamente requerida, estando satisfeitos os requisitos da Lei 1.060/50.

Não procede a irresignação.

No Processo do Trabalho, a gratuidade processual somente pode ser concedida ao trabalhador que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal ou declarar, sob as penas da lei, não estar em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família (art. 14, *caput* e parágrafo 1º da Lei 5.584/70 c/c art. 790, parágrafo 3º da CLT). Ora, pessoa jurídica não recebe salário e nem tem família para sustentar. Neste sentido é a lição de Sérgio Pinto Martins, para quem “a justiça gratuita somente é concedida ao empregado, que é a pessoa que ganha salário. Não será deferida ao empregador, mesmo que não tenha condições financeiras”.

Note-se, ademais, que a norma que defere isenção deve ser sempre interpretada restritivamente, pelo que não se pode elastecer o entendimento do legislador nesta seara, de forma a conceder à pessoa jurídica os benefícios da gratuidade processual.

A difícil situação financeira que o agravante afirma estar enfrentando, ou mesmo sua alegada condição de entidade sem fins lucrativos, não o habilita ao citado benefício, porquanto o E. TST já pacificou posicionamento no sentido de que nem mesmo as empresas em liquidação extrajudicial estão livres do recolhimento do depósito recursal e do pagamento das custas processuais (v. OJ SDI1 nº 31).

Este entendimento, aliás, harmoniza-se com o disposto no parágrafo único do art. 790-A da CLT, que dispõe que “a isenção prevista neste artigo não alcança as entidades fiscalizadoras do exercício profissional”, as quais, logicamente, também não possuem intuito de lucro. Igual impossibilidade se dá com relação às empresas em concordata, sendo que o tratamento diferenciado conferido às em processo falimentar (Enunciado 86 do TST), a par de não encontrar amparo em lei, tem como “fundamento” não a falta de numerário, mas a delonga envolvendo a liberação de valores pelo síndico, o que poderia inviabilizar o recurso pelo decurso do prazo para a prática do ato.

Correta, portanto, a decisão que indeferiu o pedido de assistência judiciária gratuita de que trata a Lei 1.060/50 e negou seguimento ao recurso ordinário, interposto sem que pagas as custas processuais ou recolhido o depósito recursal a que condenado o agravante/reclamado na decisão de primeiro grau, não havendo que se falar em ofensa ao artigo 5º, LV da CF/88, já que o exercício de pretensão recursal está sujeito à satisfação de requisitos.

ANTE O EXPOSTO:

ACORDAM OS JUÍZES DO TRIBUNAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO, por unanimidade, conhecer do agravo de instrumento mas lhe negar provimento.

Fortaleza, 12 de janeiro de 2004.

ANTONIO CARLOS CHAVES ANTERO

Juiz Presidente do TRT

LAÍS MARIA ROSSAS FREIRE

Juíza Relatora

HILDA LEOPOLDINA P. BARRETO

Procuradora da PRT/7ª Região

PROCESSO: 00671/2002-024-07-00-2
FASE: RECURSO ORDINÁRIO
RECORRENTE: UNIÃO FEDERAL
RECORRIDO: RAIMUNDO SARAIVA DA CUNHA
DATA DO JULGAMENTO: 20/04/2004
DATA DA PUBLICAÇÃO: 24/05/2004
JUÍZA RELATORA: LAÍS MARIA ROSSAS FREIRE

EMENTA

AÇÃO REVISIONAL. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA CONTINUATIVA.

UMA VEZ QUE A DECISÃO QUE A UNIÃO BUSCA DESCONSTITUIR, CONCESSIVA DO REAJUSTE SALARIAL REFERENTE À URP DE FEVEREIRO/89, ENCONTRA-SE PROTEGIDA PELAS CLÁUSULAS DA IMUTABILIDADE E INTANGIBILIDADE DA COISA JULGADA MATERIAL E NÃO FOI PROLATADA *rebus sic stantibus*, OU SEJA, NÃO VERSAVA SOBRE RELAÇÃO DE NATUREZA CONTINUADA E NEM HOUE ALTERAÇÃO SUPERVENIENTE DE FATO OU DE DIREITO, DESCABE, SOB PENA DE GRAVE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA, SUA MODIFICAÇÃO ATRAVÉS DE AÇÃO REVISIONAL.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de RECURSO ORDINÁRIO, em que são partes UNIÃO FEDERAL e RAIMUNDO SARAIVA DA CUNHA.

A União Federal, inconformada com a sentença de primeiro grau, que julgou improcedente a ação revisional que move contra Raimundo Saraiva da Cunha, interpôs Recurso Ordinário para este Regional.

Alega a recorrente que a decisão do juízo *a quo* merece ser reformada para o fim de, com base no art. 471, I do CPC, fazer cessar a incorporação do percentual de 26,05% nos vencimentos do recorrido, pois se referido percentual não é devido a partir do Regime Jurídico Único, igualmente não o é a partir da edição da lei que concedeu o aumento salarial, na forma do Enunciado 322 do TST. Não há contra-razões fl. 109.

A PRT, por seu Procurador, Dr. Francisco Gerson Marques de Lima, manifestou-se pelo improvimento do apelo e confirmação da sentença, nos termos do parecer de fls. 113/114. É O RELATÓRIO.

ISTO POSTO:

Insurge-se a União Federal - Fundação Nacional de Saúde, através do vertente recurso ordinário, contra a decisão que julgou improcedente a ação revisional com a qual buscava ver limitado à data-base da categoria dos acionados o reajuste relativo à URP de fevereiro/89, ou, alternativamente, sustado o benefício a partir do advento da Lei 8.112/90, que instituiu o regime único de direito administrativo.

Em seu arrazoado, reitera os termos da inicial, no sentido de que o Enunciado 322 limitou os reajustes derivados dos chamados “Planos Econômicos” à data-base da categoria e que houve modificação na competência da Justiça do Trabalho com a alteração do regime jurídico dos promovidos, de celetista para estatutário.

Não procede a irrisignação.

Eis o que dispõe o art. 471 do CPC, dispositivo no qual funda a União sua pretensão: “Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I - se, **tratando-se de relação jurídica continuativa**, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença”. (grifou-se).

De acordo com o citado dispositivo, para que se torne, pois, viável a revisional, exige-se, além da modificação no estado de fato ou de direito, que a relação decidida tenha natureza continuada, ou seja, que a sentença tenha sido dada *rebus sic stantibus*. Exemplos deste tipo de sentença são aquelas sobre alimentos ou, mais especificamente no Direito do Trabalho, as que concedem ao empregado adicional de insalubridade, onde a situação financeira do alimentante, no primeiro caso e os riscos à saúde do ambiente de trabalho, no segundo, podem alterar-se no decurso do tempo.

Não é este, contudo, o caso dos autos, onde a decisão versou sobre a aplicação aos salários dos ora requeridos no mês de fevereiro/89 do reajuste de 26,05%, equivalente à média da variação do IPC do trimestre anterior, tal como determinado no Decreto-Lei 2.335/87.

Evidente, assim, que se tratava de relação jurídica fixa, qual seja a incidência, num determinado mês, de um percentual também fixo, concedido legalmente a título de reposição salarial, especificamente àqueles que, como os ora réus, estivessem empregados quando da vigência do citado decreto-lei. O estado de fato e de direito, portanto, era um só, já existia quando da prolação da decisão revisanda e não foi alterado posteriormente. A situação funcional dos requeridos não era requisito para a concessão do reajuste, constituindo apenas “pano de fundo” para a delimitação da competência, de sorte que sua modificação nenhuma influência teve na solução da causa. Aliás, a

alteração, levada a cabo em dezembro/90 (Lei 8.112), já havia ocorrido quando da prolação da sentença, em 1995 (fl. 27), de sorte que nem mesmo se pode considerá-la fato novo superveniente. Vazio, também, o argumento de que a natureza continuada decorreria da circunstância de ter sido incorporado aos salários o mencionado reajuste, pois, a ser assim, poderia admitir-se, igualmente, a supressão de todo e qualquer aumento já concedido aos autores, desde suas admissões, o que é, no mínimo, absurdo, face ao princípio da irredutibilidade salarial.

Tampouco pode ser considerada alteração no estado de fato ou de direito a edição do Enunciado 322 do TST. Em primeiro lugar, trata-se de mera diretriz jurisprudencial, sem força normativa. Depois, tal questão não é nova, nem sobreveio à sentença, mas fora objeto expresso da decisão transitada um julgado e que se busca revisar, como se vê no v. Acórdão de fl. 45, que rejeitou a pretendida limitação à data-base.

Esta ação, na verdade, nada tem de revisora, mas configura puro exercício de lide temerária, vez que já havia a União, com estes mesmos fundamentos, objetivado, através de ação rescisória, obter a suspensão do reajuste. Como não logrou êxito, investe novamente sobre a coisa julgada, mesmo tendo consciência do injusto, de que não tem razão.

Ora, a propósito da *res judicata*, calha chamar a atenção para procedimentos como o ora sob análise, os quais visam, repita-se, sob o eufemismo de uma “revisão”, desconsiderar, pura e simplesmente, o instituto da coisa julgada, sem qualquer preocupação com a segurança que deve nortear as relações jurídicas e que constitui elemento do próprio estado democrático de direito.

Nélson Nery Júnior, em sua festejada obra “Código de Processo Civil Comentado” dá bem uma noção de onde isto pode desaguar, ao lembrar a assinatura, em 15.7.1941, por Adolf Hitler, da “Lei de Intervenção do Ministério Público no Processo Civil”, na qual dava poderes ao *Parquet* para desconstituir a sentença transitada em julgado sempre que esta não atendesse aos fundamentos do *Reich* alemão. (obra citada, 2003, Revista dos Tribunais, pg. 792). Para o citado autor, aceitas as investidas contra a coisa julgada, “amanhã poderemos ter como regra a não existência da coisa julgada e como exceção, para poucos, pobres e não poderosos, a intangibilidade da coisa julgada. A inversão de valores, em detrimento do estado democrático de direito, não é providência que se deva prestigiar”.

Impõe-se, destarte, a rejeição da presente ação revisional e a responsabilização da União Federal por litigância de má-fé, com base no art. 17, inciso V da Lei Adjetiva Civil.

ANTE O EXPOSTO:

ACORDAM OS JUÍZES DO TRIBUNAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO, por unanimidade, conhecer do recurso mas lhe negar provimento, condenando a União Federal a pagar aos réus, além da multa de 1%, indenização de 10%, ambas sobre o valor dado à causa.

Fortaleza, 20 de abril de 2004.

ANTONIO CARLOS CHAVES ANTERO

Juiz Presidente do TRT

LAÍS MARIA ROSSAS FREIRE

Juíza Relatora

CLÁUDIO ALCÂNTARA MEIRELES

Procurador da PRT/7ª Região

JUÍZA RELATORA: MARIA IRISMAN ALVES CIDADE

PROCESSO: 00888/2002-008-07-00-3

FASE: RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE: SINDICATO DOS EMPREGADOS NO COMÉRCIO DE FORTALEZA

RECORRIDO: COMPANHIA BRAS. DISTRIB. LTDA. (JUMBO PÃO DE AÇÚCAR E EXTRA HIPERMERCADOS) E OUTROS

DATA DO JULGAMENTO: 04/05/2004

DATA DA PUBLICAÇÃO: 16/06/2004

JUÍZA RELATORA: MARIA IRISMAN ALVES CIDADE

EMENTA

DIA 1º DE MAIO.

Os SUPERMERCADOS NÃO SE ENQUADRAM NA RELAÇÃO DE QUE TRATA O ANEXO DA Lei 605/49, POR EXTRAPOLAREM DA CONCEITUAÇÃO Ali definida PARA VAREJISTAS.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de RECURSO ORDINÁRIO, em que são partes SINDICATO DOS EMPREGADOS NO COMÉRCIO DE FORTALEZA e COMPANHIA BRAS. DISTRIB. LTDA. (JUMBO PÃO DE AÇÚCAR E EXTRA HIPERMERCADOS) E OUTROS.

Relatório às fls. 588 da lavra da Ex.^{ma} Sr.^a Juíza Dr.^a Laís Maria Rossas Freire, que transcrevo: “O Sindicato dos Empregados no Comércio de Fortaleza, inconformado com a sentença de primeiro grau, que julgou improcedente a ação civil pública que move contra a Companhia Brasileira de Distribuição Ltda. e outros, interpôs Recurso Ordinário para este Regional. Alega o recorrente que a decisão do juízo *a quo* não pode prosperar pois a Lei nº 605/49, em seu art. 1º, estabelece, como regra geral, o direito ao repouso nos feriados civis e religiosos, que os “supermercados” réus não estão entre as exceções previstas no Decreto nº 27.048/49, que regulamentou a Lei nº 605/49, que fala de “mercado” e que a Lei nº 10.101/2000 apenas autorizou o trabalho nos domingos, não fazendo qualquer referência a feriados.

Contra-razões às fls. 546/554, 555/561, 562/569 e 570/577.

A PRT, por sua Procuradora, Dr.^a Hilda Leopoldina Pinheiro Barreto, manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso ordinário, nos termos do parecer de fls. 581/589”. É O RELATÓRIO.

ISTO POSTO:

Trata-se de Ação Civil Pública movida pelo Sindicato dos Empregados do Comércio de Fortaleza contra vários supermercados com o objetivo de vê-los compelidos a não exigirem dos empregados o trabalho no dia 1º de maio, por ser um dia em que o próprio trabalhador é o homenageado.

A ação foi julgada improcedente.

Recurso do autor ajuizado, regularmente, sob o fundamento de que a sentença deu interpretação equivocada aos dispositivos legais que tratam do trabalho nos dias de repouso. Assiste razão ao recorrente.

A Lei 10.101, de 19-12-2000 em seu artigo 6º só autorizou para o comércio varejista em geral, o trabalho aos domingos, ficando respeitadas as demais normas de proteção ao trabalho.

Mas a regra facultativa já existia desde 20 de agosto-90 a teor do Decreto 99.467/90, apenas que pelo Decreto havia a condição de se estabelecida em ACT.

O Decreto supra revogou todas as disposições em contrário.

Contudo, a matéria em debate é saber se o empregado tem direito ao repouso no dia 1º de Maio, que é um feriado nacional, ou seja, se os supermercados têm permissão legal para funcionamento nesse dia.

É direito do trabalhador ao repouso nesse dia e a cada direito corresponde uma obrigação por parte do empregador, qual seja, o de conceder. Inexiste permissão legal para o comércio varejista de um modo geral funcionar nos dias feriados, pois, nesses dias, a permissão ficou em termos de comércio varejista, restrita ao de peixe, carne fresca e caça, pão e biscoito, frutas e verduras, aves e ovos, feiras livres e mercados e produtos farmacêuticos. Considero, ainda, flores e coroa como comércio varejista (artigo 7º do Regulamento de que trata o Decreto 27.048 de 12 de agosto de 1949).

O comércio varejista em geral teve permissão legal para funcionar tão somente nos domingos.

Nos feriados, a permissão ficou restrita aos tipificados pelo Regulamento da Lei 905 de 5 de janeiro de 1949.

Aliás, se fosse para funcionar nos dias feriados, o Decreto 99.467 de 20 de agosto de 1990 teria facultado, de forma expressa, como fez com relação aos domingos.

Igualmente, teria sido expressa a Lei nº 10.101/2000, que em seu artigo 6º autorizou o trabalho aos domingos no comércio varejista em geral, a partir de 09-11-97, ou seja, não facultou o funcionamento nos dias feriados. Aliás, a diferença entre as duas regras contidas no Decreto 99.467-90 e Lei 10.101/2000 é a de que não mais precisa de ser pactuada em ACT ou CCT o trabalho aos domingos no comércio varejista em geral. Estamos, aqui, tratando do trabalho nos dias feriados, cuja permissão foi somente para os tipificados na relação anexa de que trata a Lei 605/49, época em que não havia os supermercados.

A conceituação de supermercado extrapola a do conceito de comércio varejista do tempo da Lei 605/49, porque vedem outros produtos além dos tipificados no anexo da lei supra. Todos sabem que os supermercados, que eclodiram nos últimos tempos facilitando a vida moderna, além de produtos alimentícios que vão além dos especificados na relação anexa da Lei supra, vendem todo e qualquer produto (roupa, eletrodomésticos, bebidas, louças, cosméticos, etc.), fugindo, portanto das exceções de que trata o artigo 6º da Lei 605/49.

Os recorridos enquadram-se no artigo 5º da Lei 605/49.

O dia 1º de Maio é feriado civil, declarado por lei federal (Lei nº 662, de 6 de abril de 1949 c/c Lei 9.093/95, artigo 1º-I).

Tratando-se de uma homenagem ao trabalhador brasileiro, a Lei 7.466 de 23 de abril de 1966 não permitiu, sequer a antecipação de que trata a Lei 7.320/85.

O que vejo nos presentes autos é a vontade dos empregadores titulares dos supermercados despojarem da indumentária e, como os dantes varejistas de que trata a Lei 605/49, arrogarem-se do direito de não feriar o dia consagrado ao trabalhador.

Portanto, hei por bem reformar a sentença. Conheço do recurso, dou provimento para vedar o trabalho no 1º de maio de cada ano.

ANTE O EXPOSTO:

ACORDAM OS JUÍZES DO TRIBUNAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO, por unanimidade, conhecer do recurso e, por maioria, lhe dar provimento para vedar o trabalho no 1º de maio de cada ano. Vencida a Juíza Relatora que mantinha a sentença original. Redigirá o acórdão a Juíza Revisora. Fortaleza, 04 de maio de 2004.

ANTONIO CARLOS CHAVES ANTERO
Juiz do TRT, no Exercício da Presidência
MARIA IRISMAN ALVES CIDADE
Juíza Relatora Designada
CLÁUDIO ALCÂNTARA MEIRELES
Procurador da PRT/7ª Região

PROCESSO: 01180/2002-024-07-00-9
FASE: RECURSO ORDINÁRIO
RECORRENTE: ANTÔNIA SELMA CASTRO ALEXANDRINO E OUTROS
RECORRIDO: EMATERCE - EMPRESA DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA E EXTENSÃO RURAL DO CEARÁ
DATA DO JULGAMENTO: 11/11/2003
DATA DA PUBLICAÇÃO: 05/12/2003
JUÍZA RELATORA: MARIA IRISMAN ALVES CIDADE

EMENTA

EMPRESA PÚBLICA.

A MUDANÇA DE CARGO, SOMENTE MEDIANTE CONCURSO PÚBLICO EM OBEDEÊNCIA A PRECEITO CONSTITUCIONAL.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de RECURSO ORDINÁRIO, em que são partes ANTÔNIA SELMA CASTRO ALEXANDRINO E OUTROS e EMATERCE - EMPRESA DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA E EXTENSÃO RURAL DO CEARÁ. A MMª 1ª Vara do Trabalho de Sobral extinguiu sem julgamento do mérito, por carência de ação, considerando a impossibilidade jurídica dos pedidos formulados, *ex vi* do art. 267, VI do CPC, a reclamação proposta por ANTÔNIO A SELMA CASTRO ALEXANDRINO, MARIA DE NASARÉ SIQUEIRA MENDES e MARIA SALETE TERCEIRO em face de EMATERCE - EMPRESA DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA E EXTENSÃO RURAL DO CEARÁ. Recorrem ordinariamente as reclamantes às fls. 451/460, alegando em suas razões, que se encontram em desvio de função, e que em nenhum momento postulou equiparação salarial com qualquer outro colega de trabalho. Objetiva, assim, que a sentença *a quo* seja anulada por violação direta e literal aos arts. 128, 458, incisos II e III, 459 e 460 do CPC, afigurando-se a mesma *extra petita*, e devolver o feito à instância originária para que

seja dado prosseguimento à fase probatória, seguida de pronunciamento meritório acerca da efetiva ocorrência de desvio funcional ou não, por conseguinte, da procedência ou não dos pedidos de condenação da recorrida nas diferenças salariais e consecutórios legais postulados na petição inicial. Contra-razões às fls. 464/479.

A douta Procuradoria Regional do Trabalho, manifesta-se não existir interesse público que justifique a sua intervenção, ressalvando-se, porém, a faculdade de pronunciar-se verbalmente ou pedir vista regimental, caso entenda necessário, nos termos do art. 83, VII da LC 75/93.

É O RELATÓRIO.

ISTO POSTO:

Recurso ajuizado, regularmente, pelas reclamantes contra sentença que julgou extinto o processo sem julgamento de mérito por impossibilidade jurídica do pedido.

As recorrentes pedem que seja anulada a sentença por violação aos artigos 128, 458-II e III, 459 e 460, todos do CPC e que seja reaberta a instrução, porque a ação não cuida de equiparação salarial como entendeu a sentença mas desvio de função.

As recorrentes reiteram os argumentos referentes ao desvio de função e que o Quadro de Carreira não se encontra homologado por qualquer autoridade federal, pois os diplomas estaduais apontados são anteriores ao Quadro. Esta ação é similar a muitas outras já apreciadas por este Tribunal, através das quais os servidores ocupantes do cargo de TADS querem o avanço para o cargo de TDSL.

As fls. 03 da inicial, disseram as recorrentes que a presente matéria tem específica regulamentação legal, a saber o artigo 461 da CLT e transcreve o artigo, integralmente, que é, justamente, o da equiparação salarial. A tese da equiparação foi reforçada às fls. 435/439.

Para chegar ao *desideratum* por tal caminho, procuram desmascarar o Quadro de Carreira, porque seria o óbice contido no artigo 461 da CLT (§ 2º).

Apesar de dizer que a reclamada não tem Quadro, as recorrentes pedem o enquadramento, à semelhança dos servidores, cujos nomes apontam.

Indaga-se, mas enquadrar em que Quadro? Se o que existe está sendo impugnada a validade? Também, trilham pelo caminho do desvio de função, invocando o princípio da primazia para o fim do enquadramento pretendido. A sentença cuidou da tese referente ao Quadro de Carreira, como óbice à equiparação (artigo 461 da CLT), inclusive ausência de paradigma. Cuidou da tese do Reenquadramento pretendido pelas recorrentes face ao alegado desvio de função.

Contudo, entendo que houve erro na parte dispositiva em extinguir o processo por impossibilidade jurídica dos pedidos, quando deveria ter sido julgada improcedente a ação. Ora, o mérito foi apreciado, o que resultaria sem amparo legal à pretensão.

A matéria é jurídica, sendo despicienda a prova. Ademais se houve cerceio do direito de defesa, a nulidade não foi levantada nas razões finais, que foi a primeira oportu-

nidade em que as recorrentes falaram nos autos, resultando preclusa.

A sentença cuidou de todos os pontos questionados e como não houve cerceio do direito de defesa, não se há de falar em nulidade da sentença.

Quanto à parte dispositiva que deu pela extinção do processo, o artigo 515, § 3º permite ao Tribunal julgar desde logo a lide. As leis processuais tendem a evitar nulidade do processo em nome da economia. Daí, os embargos de declaração para suprir omissão; a poda do excesso para evitar nulidade pelo ultra petita; - o julgamento, de logo, do mérito da ação, na hipótese do artigo 515, § 3º do CPC, etc.

As razões recursais devolvem ao Tribunal a apreciação de toda a matéria.

As três reclamantes remanescentes são efetivadas no cargo de Técnico Auxiliar de Desenvolvimento Social -TADS - as duas primeiras são lotadas em Sobral-CE e a última em Itapagé-CE, mas querem o enquadramento no cargo de TDSL.

O cargo ocupado pelas recorrentes é de nível médio, enquanto que o cargo TDSL é de nível superior, o que somente através de concurso público, como determina a CF/88, oportunidade em que a escolaridade é pré-requisito, pois, a recorrida é uma empresa pública. O enquadramento por isonomia, ou seja, porque em um processo isolado foi reconhecido a algum servidor, não tem respaldo, porque a isonomia somente pode decorrer de lei e não de decisão judicial, que só atinge as pessoas nela envolvidas.

Ademais, se impugnam a validade do Quadro, porque não homologado, posterga o cerne do enquadramento.

Convém registrar algumas considerações sobre a homologação de Quadro de Carreira. O artigo 461 da CLT não exige a homologação do Quadro de Carreira. Isso foi proveniente da Súmula 6 do TST ao dispor que: “Para os fins previstos no § 2º do artigo 416 (*sic*) da CLT, só é válido o quadro

de pessoal organizado em carreira, quando homologado pelo Ministério do Trabalho e Previdência Social” (artigo supra da época). A espécie já havia sido tratada pela Portaria nº 05 de 08 de março/79 do Secretário das Relações do Trabalho atribuindo às Delegacias Regionais do Trabalho a homologação do quadro de pessoal organizado. O Ministro Russomano do TST, em seu livro “Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho”, diz que a homologação do quadro de carreira pelo Ministério do Trabalho não excluiu a possibilidade de outra autoridade administrativa, autorizada por lei, ser competente para homologá-lo e deu a exemplo o da Rede Ferroviária Federal, homologado pelo Ministério dos Transportes, e que a jurisprudência vem decidindo pela validade dessas homologações.

Tanto é, que a Súmula 231 do TST dispôs sobre a eficácia da homologação do quadro pelo Conselho Nacional de Política Salarial. A ANCAR foi sucedida pela EMATER-CE, esta constituída em 1976. O Decreto 12.063/76 atribuiu competência ao Conselho Técnico Administrativo para aprovar o PCS (artigo 15-VII).

O Quadro foi homologado, sendo válido. Portanto, não se é possível reconhecer diferenças decorrentes de equiparação, que as recorrentes dizem que não foi pedido, ou de isonomia, e muito menos por enquadramento pelo princípio da primazia (desvio de função não provada).

Conheço do recurso, afasto a extinção do processo e, no mérito, lhe dou provimento, resultando improcedente a reclamação. (artigo 515 § 3º do CPC).

ANTE O EXPOSTO:

ACORDAM OS JUÍZES DO TRIBUNAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO, por unanimidade, conhecer do recurso, rejeitar a arguição de extinção do processo e, no mérito, por maioria, lhe dar provimento para julgar improcedente a reclamação. Vencida a Juíza Revisora que mantinha a sentença original.

Fortaleza, 11 de novembro de 2003.

ANTONIO CARLOS CHAVES ANTERO
Juiz do TRT, no Exercício da Presidência
MARIA IRISMAN ALVES CIDADE

Juíza Relatora

JOSÉ ANTÔNIO PARENTE DA SILVA
Procurador da PRT/7ª Região

PROCESSO: 01616/2002-007-07-00-4

FASE: RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE: EMPREENDIMENTOS PAGUE MENOS S/A

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

DATA DO JULGAMENTO: 06/04/2004

DATA DA PUBLICAÇÃO: 03/05/2004

JUÍZA RELATORA: MARIA IRISMAN ALVES CIDADE

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

TRATANDO-SE DE SEGURANÇA DO TRABALHO E NO TRABALHO, O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO TEM LEGITIMIDADE PARA MOVER A AÇÃO, PORQUE AS NORMAS QUE DISCIPLINAM A MATÉRIA SÃO DE NATUREZA TRABALHISTA.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de RECURSO ORDINÁRIO, em que são partes EMPREENDIMENTOS PAGUE MENOS S/A e MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO.

A MMª 7ª Vara da Justiça do Trabalho de Fortaleza julgou procedentes os pleitos contidos na peça de ingresso da Ação Civil Pública interposta pelo Ministério Público do Trabalho, em face de Empreendimentos Pague Menos S/A, condenando a empresa a contratar pessoas adequadamente preparadas, para fazerem vigilância ostensiva, durante todo o expediente para o público e enquanto houver movimentação de numerário; adotar as providências dos dispositivos de segurança indicados nos incisos de I a III, do art. 2º, da Lei nº 7.102/83, sob pena de pagar multa diária de R\$ 1.000,00 (um mil reais) por cada loja que não respeitar o comando sentencial, cujo valor será revertido ao FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador). Recorre ordinariamente EMPREENDIMENTOS PAGUE MENOS S/A às fls. 917/951, alegando : a ilegitimidade do Ministério Público do Trabalho, eis que não se cuida, no caso, de direitos trabalhistas, a incompetência da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar Ação Civil Pública que não tenha como objeto matéria trabalhista; que a sentença é equívoca no que diz respeito ao empregador que explora o comércio de farmácia conjugado com a prestação de serviços, pois nenhuma lei trabalhista, nenhuma convenção comete ao empregador prover a segurança pública de seus estabelecimentos contra assaltos e, muito menos, utilizar os aparatos previstos na Lei de Segurança Bancária. Devidamente notificado o Ministério Público do Trabalho apresentou contra-razões às fls. 956/995.

A Douta Procuradoria Regional do Trabalho pronunciou-se pelo conhecimento do recurso e, afastadas as preliminares arguidas, no mérito, pelo seu desprovimento. É O RELATÓRIO.

ISTO POSTO:

Satisfeitos os pressupostos da admissibilidade, recorre a reclamada contra sentença que a condenou a contratar pessoas adequadamente preparadas para vigilância ostensiva durante todo o expediente para o público e enquanto houver movimentação de numerário, nos termos da Lei 7.102/83, sob pena de multa diária de R\$ 1.000.00, reversível ao FAT, por cada loja.

A recorrente insiste nas preliminares a) da incompetência da Justiça do Trabalho, segundo inteligência do artigo 114 da CF e aponta decisão do TST; b) da ilegitimidade do Ministério Público do Trabalho para mover a presente ação, por fugir de questões tipicamente trabalhistas. Argumenta que os assaltos de que tem sido vítima, constituem situações de segurança pública.

Acrescenta que nenhuma lei trabalhista ou Convenção comete ao empregador, que explora atividade de farmácia e prestação de serviços, o encargo de prover a segurança pública dos seus estabelecimentos.

Os argumentos da recorrente com relação à ilegitimidade do *Parquet* adentram no próprio mérito da questão. Diz que a sentença não demonstrou em nenhum momento ter havido desrespeito a norma trabalhista, não estando previsto em lei o encargo sentencial. E que a Lei 7.102/83, invocada pela recorrida e aceita pela sentença, especifica taxativamente quais os estabelecimentos que desenvolvem atividades financeiras e bancárias, sendo, também, imprestáveis ao caso o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e o artigo 8º da CLT, pois, este é de natureza integrativa e não ampliativa.

Finalmente, pede a suspensão dos efeitos da tutela antecipada concedida na sentença; que sejam acolhidas as preliminares e a inaplicabilidade da Lei 7.102/83, com reversão da sucumbência e condenação do reclamante nas custas e honorários advocatícios. A Ação Civil Pública, que é a expressão viva da defesa dos interesses individuais indisponíveis dos trabalhadores, vem ganhando terreno na área trabalhista, graças à CF de 1988 e à Lei Complementar 75/93. A unicidade do Ministério Público e a divisão de competência leva o julgador a definir, ante a matéria trazida à colação, por vezes fronteira, se o acionante é ou não parte legítima ou se a Justiça do Trabalho é ou não competente para dirimir a questão. A matéria a ser apreciada no caso vertente, é de alta indagação, cujo fato gerador tem sido os constantes assaltos aos estabelecimentos da recorrente.

Enquanto o autor trilha pelo caminho da segurança do meio ambiente do trabalho, que, no caso, está pondo em risco a segurança dos trabalhadores sob a responsabilidade do empregador, a recorrente segue o caminho da segurança pública, cuja responsabilidade não é sua, mas do Estado.

Enquanto o autor assume a legitimidade, com fulcro no artigo 129-III da CF, a recorrente diz que a matéria não é trabalhista e por isso a parte é ilegítima e a Justiça do Trabalho é incompetente.

É claro, que os assaltos são um problema de segurança pública, nem o Ministério Público trouxe à colação pedido sobre segurança pública.

O que vejo nos autos, é um pedido de segurança interna, ou seja, no meio ambiente de trabalho, não cabendo ao Estado a responsabilidade por tal, mas ao empregador.

À tona, portanto, as figuras do empregado e do empregador.

A CLT fala em segurança do trabalho, com redação muito antiga (Lei 6.514/77 para os artigos que tratam da Segurança e da Medicina do Trabalho), quando a preocupação gravitava em torno do trabalho, com proteção individual (EPs) e não no trabalho. A Constituição Federal/88 em seu artigo 7º, inciso XXII dispõe ser direito dos trabalhadores a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Portanto, direito de segurança para o trabalho. E os horizontes foram se abrindo.

A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, dispõe em seu artigo 21, que se equiparam, também, ao acidente do trabalho, para os efeitos da lei, o acidente sofrido pelo segurado no local de trabalho e no horário do trabalho, em consequência de ato de agressão praticado por terceiro (item II, letra "a"). Entendo que segurança do trabalho e segurança no trabalho são normas de proteção ao trabalhador e, quando se trata de direitos individuais indisponíveis ou interesses coletivos, o Ministério Público do Trabalho tem legitimidade para mover Ação Pública. Na Ação Civil Pública movida pelo Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários no Estado do Espírito Santo contra Bradesco para instalação de portas de segurança como meio de proteção e prevenção de assaltos, o TST-4ª T, decidiu que a Ação Civil Pública tanto podia ser feita pelo Ministério Público como pelo sindicato (RR-316001/94-4).

Rejeita-se portanto, a preliminar.

Quanto à incompetência da Justiça do Trabalho, rejeita-se, porque o objeto da Ação Civil Pública diz respeito à segurança no trabalho e as normas de segurança estão previstas nas leis trabalhistas.

O STF já decidiu sobre a matéria (STF-RE 206-220-1-MG- Rel. Ministro Marco Aurélio - In: LTR 63-05/628-630).

MÉRITO:

Os autos dão conhecimento dos assaltos ocorridos em todos os estabelecimentos da recorrente. De janeiro de 2000 a dezembro de 2001, foram registrados 1.323 assaltos, conforme dados encaminhados pela Superintendência da Polícia Civil.

É inegável o perigo no ambiente de trabalho e os riscos em que estão sujeitos os trabalhadores em virtude dos constantes assaltos. A recorrente, além de ser uma *drugstore*, é uma prestadora de serviços no recebimento de contas de água, telefone, energia, etc. pagas pelos consumidores, sendo portanto, um estabelecimento onde há movimentação de valores. Esse tipo de atividade tem povoado o campo comercial.

A Lei 7.102/83 obriga os estabelecimentos financeiros à vigilância ostensiva e define em seu parágrafo único o que vem a ser estabelecimento financeiro, facultando a outras pessoas jurídicas o uso da vigilância ostensiva, conforme dispõe o artigo 10, § 2º, com redação dada pela Lei 8.863/94.

A Lei supra foi regulamentada pelo Decreto nº 89.056, de 24 de novembro de 1983, que recebeu várias alterações pelo Decreto 1.592/95, em cujo artigo 30 permite a utilização da vigilância ostensiva pelos estabelecimentos comerciais, industriais, de

prestação de serviços, residências, empresas públicas e entidades sem fins lucrativos. Não se trata, portanto, de analogia.

Trata-se de segurança no local de trabalho para todos os empregados da empresa (interesse coletivo), que é uma obrigação inerente ao próprio contrato de trabalho e direito assegurado pela CF, sendo competente a Justiça do Trabalho.

O uso da vigilância ostensiva tem permissivo legal, dela devendo ser utilizada pela recorrente, obrigação essa imposta pela situação fática de natureza permanente, qual seja, os assaltos constantes que atingiram o montante de 1.323 no espaço de 24 meses e, sobretudo, os riscos que correm os trabalhadores. Por tais razões, hei de manter a sentença, inclusive, no que tange à tutela antecipada. Conheço do recurso, mas nego provimento.

ANTE O EXPOSTO:

ACORDAM OS JUÍZES DO TRIBUNAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO, por unanimidade, conhecer do recurso mas lhe negar provimento.

Fortaleza, 06 de abril de 2004.

ANTONIO CARLOS CHAVES ANTERO
Juiz do TRT, no Exercício da Presidência
MARIA IRISMAN ALVES CIDADE
Juíza Relatora
NICODEMOS FABRÍCIO MAIA
Procurador da PRT/7ª Região

JUIZ RELATOR: ANTONIO CARLOS CHAVES ANTERO

PROCESSO: 00077/2004-027-07-00-2

FASE: RECURSO ORDINÁRIO - RITO SUMARÍSSIMO

RECORRENTE: ISAAC BERNARDO DA SILVA

RECORRIDO: KARGA SERVIÇOS E REPRESENTAÇÕES LTDA.

DATA DO JULGAMENTO: 05/10/2004

DATA DA PUBLICAÇÃO: 16/11/2004

JUIZ RELATOR: ANTONIO CARLOS CHAVES ANTERO

EMENTA

HORAS EXTRAS. EXIGÊNCIA DE PROVA CONSISTENTE.

O deferimento de horas extras exige prova consistente, o que não ocorreu na espécie.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de RECURSO ORDINÁRIO, em que são partes ISAAC BERNARDO DA SILVA e KARGA SERVIÇOS E REPRESENTAÇÕES LTDA.

Inconformado com a r. sentença de fls. 67/73 da MMª Vara do Trabalho do Crato, que julgou IMPROCEDENTE sua reclamatória, o reclamante interpôs RECURSO ORDINÁRIO às fls. 75/81, na forma da lei, buscando a reforma da v. decisão de primeiro grau aduzindo que ficou claramente demonstrado nos autos o cumprimento das horas extras pretendidas, inclusive por documentos acostados pela reclamada. Desta feita, pede pela procedência do pleito e inversão do ônus da sucumbência. Contra-razões da reclamada às fls. 91/94, pela ratificação da sentença na sua íntegra. É O RELATÓRIO.

ISTO POSTO:

O reclamante ingressou com sua reclamatória pleiteando o pagamento de 3.264 (três mil duzentos e sessenta e quatro) horas extras trabalhadas. Todavia, não assiste razão ao demandante, pois as horas extras perseguidas pelo mesmo na exordial, não estão suficientemente comprovadas na espécie, como exigido para

deferimento de tal direito, haja vista que o autor não carrou aos autos, prova incontestada da alegada sobrejornada de trabalho. Na realidade, além da prova documental apresentada pela reclamada, a prorrogação da jornada de trabalho não se presume, depende de prova cabal.

A sentença de primeiro grau aplicou o bom direito com riqueza de detalhes.

Confirmo a r. decisão recorrida na forma que está posta.

ANTE O EXPOSTO:

ACORDAM OS JUÍZES DO TRIBUNAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO, por unanimidade, conhecer do recurso mas lhe negar provimento. Ausentes, temporariamente, os Juízes José Ronald Cavalcante Soares e Dulcina de Holanda Palhano. Convocados para completar o *quorum* os Juízes Sílvio de Albuquerque Mota e João Carlos de Oliveira Uchôa.

Fortaleza, 05 de outubro de 2004.

ANTONIO MARQUES CAVALCANTE FILHO - Juiz Presidente do TRT

ANTONIO CARLOS CHAVES ANTERO
Juiz Relator

FRANCISCA HELENADUARTE CAMELO
Procuradora da PRT/7ª Região

PROCESSO: 00130/2004-021-07-00-7

FASE: RECURSOS ORDINÁRIOS

RECORRENTES: MARIA ISOLDA DE ALMEIDA NASCIMENTO E OUTRO

RECORRIDOS: MUNICÍPIO DE ARACOIABA E OUTRO

DATA DO JULGAMENTO: 10/11/2004

DATA DA PUBLICAÇÃO: 13/12/2004

JUIZ RELATOR: ANTONIO CARLOS CHAVES ANTERO

EMENTA

FGTS. PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA.

“É TRINTENÁRIA A PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE RECLAMAR CONTRA O NÃO RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO PARA O FGTS, OBSERVADO O PRAZO DE 2 (DOIS) ANOS APÓS O TÉRMINO DO CONTRATO DE TRABALHO”. (ENUNCIADO DA SÚMULA Nº 362, DO C. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO).

SALÁRIO PROPORCIONAL ÀS HORAS TRABALHADAS. ENUNCIADO 363 DO TST.

A CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA DEVE SER PROPORCIONAL AO NÚMERO DE HORAS TRABALHADAS, ENTENDIMENTO CRISTALIZADO NO TST ATRAVÉS DO ENUNCIADO 363.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NÃO CABIMENTO.

AUSENTES OS REQUISITOS ESTABELECIDOS NOS ENUNCIADOS NºS 219 E 329 DO TST, DESCABE A CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de RECURSOS ORDINÁRIOS, em que são partes MARIA ISOLDA DE ALMEIDA NASCIMENTO E OUTRO e MUNICÍPIO DE ARACOIABA E OUTRO. Adoto o relatório da lavra da Ex.^{ma} Juíza Dr.^a Maria Irisman Alves Cidade, *in verbis*: “A MM^a Única Vara do Trabalho de Baturité julgou parcialmente procedente a reclamação trabalhista ajuizada por MARIA ISOLDA DE ALMEIDA NASCIMENTO contra MUNICÍPIO DE ARACOIABA, condenando o reclamado a proceder ao recolhimento dos valores fundiários devidos à autora a partir da data de admissão até maio de 2004, com base em 50% do salário mínimo das épocas próprias ou valor superior quando for o caso. Recorrem ordinariamente a reclamante e o reclamado, respectivamente às fls. 158/161 e 164/173, objetivando a reclamante o pagamento do salário mínimo constitucional e seus reflexos no salário, FGTS, férias, 1/3 das férias,

13^{os} salários e os honorários advocatícios, arbitrados em 15% sobre o valor da causa. Quanto ao Recurso Ordinário do Município Reclamado, alega a incompetência da Justiça do Trabalho em virtude da instituição do Regime Jurídico desde 12.05.1992, ocorrendo a prescrição bienal do direito de ação da reclamante. Regularmente notificadas o reclamado e a reclamante às fls. 163 e 175, somente o reclamado apresentou suas contra-razões, no entanto, intempestivas conforme certidão de fls. 186. A douta Procuradoria Regional do Trabalho, em parecer exarado às fls. 189/195, manifesta-se pelo conhecimento dos recursos apresentados. Quanto ao recurso do Município, preliminarmente, pela incompetência da Justiça do Trabalho, em razão da existência de regime jurídico municipal, devendo os autos serem retidos ao Juízo competente; superada esta, pela prescrição do direito de ação da reclamante no tocante às verbas fundiárias, transposto que foi o

biênio constitucional. No mérito, pelo seu improvimento, para manter a condenação do ente público ao depósito do FGTS da reclamante e demais parcelas. Pelo provimento do recurso da Reclamante, para incluir na condenação a parcela referente aos honorários advocatícios”.

É O RELATÓRIO.

ISTO POSTO:

Com relação ao FGTS entendo que é devido, fundamento no Enunciado da Súmula nº 362, do C. TST, *verbis*:

FGTS. Prescrição - Nova redação - Res. 121/2003, DJ 21.11.2003.

“É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho”. A contraprestação pecuniária deve ser proporcional ao número de horas trabalhadas, entendimento cristalizado no TST através do Enunciado 363.

Portanto, correto o entendimento da r. sentença de primeiro grau, a Reclamante recebe salário proporcional à jornada de quatro horas praticada, indevida a complementação salarial postulada.

São indevidos honorários advocatícios quando não atendidos os pressupostos dos Enunciados 219 e 329 do TST, o que se aplica na espécie.

ANTE O EXPOSTO:

ACORDAM OS JUÍZES DO TRIBUNAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO, por unanimidade, conhecer dos recursos e, por maioria, pelo voto de desempate da Presidência, lhes negar provimento. Vencidos a Juíza Relatora, que incluía na condenação os honorários advocatícios de 15%, e os Juízes José Ronald Cavalcante Soares e João Carlos de Oliveira Uchôa que determinavam a complementação do salário mínimo e incluía na condenação os honorários advocatícios de 15%. O Juiz Presidente ressaltou seu entendimento quanto aos honorários advocatícios. Redigirá o acórdão o Juiz Revisor.

Fortaleza, 10 de novembro de 2004.

MANOELARÍZIO EDUARDO DE CASTRO

Juiz do TRT, no Exercício da Presidência

ANTONIO CARLOS CHAVES ANTERO

Juiz Relator Designado

HILDA LEOPOLDINA P. BARRETO

Procuradora da PRT/7ª Região

PROCESSO: 00935/2004-004-07-00-5

FASE: RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE: SANDRA MARIA DA SILVA SOUSA

RECORRIDO: M. D. COMERCIAL DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.

DATA DO JULGAMENTO: 28/09/2004

DATA DA PUBLICAÇÃO: 16/11/2004

JUIZ RELATOR: ANTONIO CARLOS CHAVES ANTERO

EMENTA

GESTANTE. GRAVIDEZ PROVADA APÓS A EXTINÇÃO DO CONTRATO.

A TEOR DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 88 DA SDI (SUBSEÇÃO-I), DO TST, EMBORA DESCONHECIDO O ESTADO GRAVÍDICO PELO EMPREGADOR RESTA INFASTÁVEL O DIREITO À INDENIZAÇÃO DECORRENTE DA ESTABILIDADE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de RECURSO ORDINÁRIO, em que são partes SANDRA MARIA DA SILVA SOUSA e M. D. COMERCIAL DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.

Inconformada com a r. sentença de fls.57/58 da MMª 4ª Vara do Trabalho de Fortaleza, que julgou IMPROCEDENTE a reclamatória, a reclamante interpôs RECURSO ORDINÁRIO às fls. 71/75, na forma da lei, buscando a reforma da v. decisão de primeiro grau. Aduziu que ficou demonstrado de forma clara e objetiva que o início da sua gravidez deu-se no mês de janeiro de 2004, e que a dispensa deu-se em março do mesmo ano, ou seja, no curso do seu estado gestacional, o que contraria o estabelecido no art. 10, II, “b” da Constituição Federal, que veda a despedida da gestante desde a confirmação da gravidez até 05 meses após o parto.

Desta feita, requer seja condenada a reclamada ao pagamento das verbas elencadas na exordial.

A reclamada ofertou contra-razões às fls. 84/89, pela manutenção da sentença na sua íntegra, e ainda, roga pelo indeferimento da justiça gratuita concedida à recorrente, por entender não ser a mesma merecedora de tal benefício, já que não é pobre na forma da lei.

É O RELATÓRIO.

ISTO POSTO:

Assiste razão, em parte, à recorrente.

Com efeito, quando da rescisão contratual, a empregada já se encontrava gestante, conforme prova nos autos, não importando se o fato não era conhecido do empregador.

Nos termos do entendimento consubstanciado na nova redação da OJ nº 88, Orientação Jurisprudencial do TST - Seção de Dissídios Individuais (Subseção I), *In verbis*, “O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. (art. 10, II, “b”, ADCT)”.

Quanto à jornada extraordinária e a insalubridade, deve ser mantida a decisão, em virtude de a reclamante não ter logrado êxito em produzir provas robustas e consistentes.

ANTE O EXPOSTO:

ACORDAM OS JUÍZES DO TRIBUNAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO, por unanimidade, conhecer do recurso e, por maioria, lhe dar parcial provimento, a fim de que seja a reclamada condenada na indenização decorrente da estabilidade. Vencido o Juiz Manoel Arízio Eduardo de Castro que mantinha a sentença original.

Fortaleza, 28 de setembro de 2004.

ANTONIO MARQUES CAVALCANTE FILHO - Juiz Presidente do TRT

ANTONIO CARLOS CHAVES ANTERO
Juiz Relator

HILDA LEOPOLDINA P. BARRETO

Procuradora da PRT/7ª Região

JUIZ RELATOR: ANTONIO MARQUES CAVALCANTE FILHO

PROCESSO: 01484/2000-010-07-00-1

FASE: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE: MARTA MARIA PEDROSA TAVARES

EMBARGADO: ERNANTUR VIAGENS, SERVIÇOS E REPRESENTAÇÕES TURÍSTICAS

DATA DO JULGAMENTO: 01/03/2004

DATA DA PUBLICAÇÃO: 05/04/2004

JUIZ RELATOR: ANTONIO MARQUES CAVALCANTE FILHO

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. EFEITO MODIFICATIVO.

CONSTATADA A OMISSÃO NO *DECISUM*, CAPAZ DE, UMA VEZ SUPRIDA, ENSEJAR A MODIFICAÇÃO do julgado, o ACOLHIMENTO dos Declaratórios SE FAZ COM ATRIBUIÇÃO DE EFEITO MODIFICATIVO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, em que são partes MARTA MARIA PEDROSA TAVARES e ERNANTUR VIAGENS, SERVIÇOS E REPRESENTAÇÕES TURÍSTICAS.

Cuida-se de Embargos de Declaração interpostos pela Reclamante em face do Acórdão nº 03408/01-1, de relatoria do Eminentíssimo Juiz Antônio Carlos Chaves Antero. Aduz a Embargante imperfeições no Aresto que excluiu da condenação o pagamento de diferenças de 13º salário, férias + 1/3 e FGTS + 40%, decorrentes da percepção de salário oficioso, sustentando que tais valores não teriam sido devidamente impugnados pela via ordinária.

Pretende, ainda, ver suprida omissão quanto ao fundamento determinativo da denegação de seu pleito remuneratório de sobrejornada, tendo em vista a prova carreada aos autos às fls. 40/43, consistente dos depoimentos testemunhais, entendendo insuficiente a assertiva de lhe faltar “prova cabal” e portanto, amparo legal.

Na apreciação destes Embargos Declaratórios, o Colegiado concluiu pelo seu improvimento, dando ensejo à interposição da Revista junto ao Colendo TST, que acolheu os argumentos da Embargante para anular o Acórdão de fl. 124, por negativa de prestação jurisdicional (art. 93, IX, da Constituição Federal), determinando a devolução dos autos à origem para novo julgamento. Redistribuído o Processo por força do Inciso V do art. 35 do Regimento Interno deste Regional, este Juiz, ante a possibilidade de emprestar efeito modificativo aos Declaratórios, assinou prazo para manifestação da parte adversa, que protocolizou a petição de fls. 184/187. É O RELATÓRIO.

ISTO POSTO:

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos de admissibilidade do Recurso, dele conheço.

IN MERITIS

Razão assiste à Embargante.

Com efeito, o Acórdão vergastado dando provimento ao Recurso Ordinário interposto pela Reclamada, julgou improcedente a

reclamação ao entender insubsistentes as provas concernentes às horas extras. Todavia, a condenação imposta pelo Juízo *a quo* abrangeu títulos outros além do labor extraordinário atacado pela via recursal, fato este desconsiderado pela Corte Regional.

Assim, sendo indubitoso que o reexame meritório deveria restringir-se à matéria suscitada no apelo ordinário, de se acolherem os Declaratórios para sanar a imperfeição indigitada pela Embargante, mantendo incólumes as verbas concedidas na Sentença de Primeiro grau e não objetadas pelo Recursante. Outrossim, imperativo se reconhecer a alegada omissão, no Acórdão, quanto ao indeferimento do pleito referente às horas extras, na medida em que se restringiu a aquele *Decisum* a apontar, de forma vaga e genérica, a fragilidade da prova oral, prescindindo, assim, da necessária motivação. Ora, das cinco testemunhas apresentadas, duas eram da Reclamada e todas forneceram em seus depoimentos, elementos suficientes para elucidar a questão do labor extraordinário. Efetivamente, as testemunhas da Reclamante foram uníssonas em afirmar o cumprimento da jornada extraordinária, atestando a lotação da Embargante no departamento de operações,

onde agendava reservas que eram feitas pelas operadoras de turismo fora do horário comercial. Sua laboração no setor mencionado é confirmada não só pelas testemunhas da Reclamada como pelo próprio preposto empresarial, que atestou trabalhar a Promovente naquele departamento. Afirma ainda, a segunda testemunha da empresa, ser possível o funcionamento deste setor de operações aos domingos, a depender da necessidade da Empregadora. Em assim, diante da análise da prova carreada aos autos, de se receberem os Embargos, com efeito modificativo, para manter inalterada a sentença de Primeiro Grau.

ANTE O EXPOSTO:

ACORDAM OS JUÍZES DO TRIBUNAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO, por unanimidade, conhecer dos Embargos e lhes dar provimento para, emprestando efeito modificativo ao Acórdão nº 3408/01-1, conhecer do recurso ordinário e negar-lhe provimento. Fortaleza, 01 de março de 2004.

ANTONIO CARLOS CHAVES ANTERO
Juiz do TRT, no Exercício da Presidência
ANTONIO MARQUES CAVALCANTE
FILHO - Juiz Relator Designado
FRANCISCO GÉRSO N MARQUES DE
LIMA - Procurador da PRT/7ª Região

.....
PROCESSO: 00366/2003-000-07-00-1

FASE: AÇÃO RESCISÓRIA

AUTOR: BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S/A

RE: VERA MONICA LIMA CHAVES VENTURA

DATA DO JULGAMENTO: 16/03/2004

DATA DA PUBLICAÇÃO: 28/04/2004

JUIZ RELATOR: ANTONIO MARQUES CAVALCANTE FILHO
.....

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. NÃO-CONFIGURAÇÃO. MATÉRIA CONTROVERTIDA NOS TRIBUNAIS.

A VIOLAÇÃO AUTORIZADORA DO CORTE RESCISÓRIO É AQUELA QUE FERE A LITERALIDADE DO TEXTO LEGAL, NÃO SE TENDO POR CARACTERIZADA TAL HIPÓTESE, QUANDO O ÓRGÃO JULGADOR INTERPRETA, DENTRO DOS LIMITES DA RAZOABILIDADE, A NORMA JURÍDICA APLICÁVEL AO CASO *sub judice*.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de AÇÃO RESCISÓRIA, em que são partes BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S/A e VERA MONICA LIMA CHAVES VENTURA.

Com a vertente Ação Rescisória, pretende o Banco do Nordeste do Brasil S/A rescindir Acórdão desta Corte que chancelou Sentença da MM. 10ª Vara do Trabalho de Fortaleza, para reconhecer o direito da Reclamante de ser reintegrada ao emprego, face à ausência de motivação para seu ato demissório. Arrima-se a propugnação autoral no Inciso V do Art. 485 do CPC, ali se alegando, primeiramente, que o *Decisum* conclusivo de Embargos Declaratórios teria denegado a prestação jurisdicional, quando deixou de suprir a omissão oportunamente suscitada, quanto à opção da Reclamante pelo regime do FGTS, o que lhe afastaria o direito a qualquer garantia de estabilidade no emprego. Tal evidenciaria ofensa aos Artigos 5º, XXXV, e 93, IX, da Carta Política vigente, 458, II, e 535, II, do CPC e 832 da CLT. Sustenta, outrossim, que a exigência de motivação para a dispensa de empregado de sociedade de economia mista violaria o Art. 173, § 1º, Inciso II da Constituição Federal, que submete tais entidades da Administração Pública Indireta ao regime jurídico próprio das empresas privadas, permitindo-lhes, por conseguinte, efetivar demissões sem justa causa.

Argumenta, por fim, que a adesão da Reclamante ao sistema do FGTS implicaria, *ipso facto*, na renúncia a qualquer espécie de garantia de emprego. Assim, o entendimento esposado no Acórdão rescindendo teria violado a legislação fundiária vigente,

em especial o Art. 18 da Lei nº 8.036/90 e o Decreto nº 99.684/90, que a regulamenta, pois ali prevista a possibilidade de resilição contratual imotivada.

Às fls. 179/213, repousam as razões contestativas da Promovida, onde porfia pela improcedência do intento rescisório, ao argumento de não se haver configurado a hipótese invocada na inicial, quanto a qualquer dos dispositivos legais nela indigitados, discutindo-se, em verdade, nestes autos, matéria controvertida nos tribunais pátrios. Caso inacolhida essa tese, defende seu direito à reintegração, por força de norma regulamentar interna editada pelo próprio BNB, destacando, ainda, a vedação da demissão imotivada a que estão sujeitos os órgãos da Administração Pública Indireta. Em razões finais, pugna o Promovente pelo desentranhamento da petição contestatória, que diz intempestiva, a par de reiterar as alegações da inicial (fls. 294/304).

Congênera peça processual oferece a demandada, às fls. 306/309.

Em Parecer às fls. 318/327, da lavra da Dr.ª Fernanda Uchoa de Albuquerque, a Doutra PRT opina, preliminarmente, pelo incabimento da Rescisória, face à dissonância jurisprudencial que envolve a matéria *sub examine*. Superada, manifesta-se pela improcedência da Ação.

É O RELATÓRIO.

ISTO POSTO:

I - ADMISSIBILIDADE

Atendidas as condições da ação e presentes os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, especialmente o contido no art. 485, *caput*, do CPC, e estando fundada no Inciso V deste dispositivo processual, de conhecer-se.

II - MÉRITO

Rejeita-se, *ab initio*, a alegação do BNB de que seria extemporânea a contestação ofertada pela Promovida, tratando-se, em verdade, de questão incidente já dirimida por este Relator, no sentido de sua tempestividade, através do Despacho de fl. 247, confirmado à fl. 291. Quanto ao cerne meritório da vertente Ação, razão não assiste ao Promovente.

Alega o autor que o acórdão proferido em sede de Embargos Declaratórios, em não suprindo omissões nele indigitadas, teria denegado a prestação jurisdicional, ofendendo, assim, os artigos 5º, XXXV, e 93, IX da Constituição Federal, 458, II, e 535, II do CPC, e 832 da CLT.

Ora, o julgador não está obrigado a examinar, *de per se*, todos os argumentos trazidos pelas partes, bastando, para que haja a completa entrega da prestação buscada pelas partes, que a Decisão aprecie, de modo fundamentado, os aspectos relevantes e pertinentes à solução do litígio. Foi o que ocorreu no caso vertente, não se configurando, portanto, afronta a qualquer dos dispositivos legais invocados pelo Promovente. Melhor sorte não merece a propugnação exordial, quanto à alegativa de ofensa ao Inciso II do § 1º do art. 173 da *Lex Fundamentalis*. A violação autorizadora do corte rescisório é aquela que fere a literalidade do texto legal, não se tendo por caracterizada tal hipótese, quando o órgão julgador interpreta, dentro dos limites da razoabilidade, a norma jurídica aplicável ao caso *sub judice*.

A questão central discutida no *Decisum* rescindendo, a necessidade de motivação para a dispensa de empregados de sociedades de economia mista, é matéria intensamente debatida em nossas Cortes, não se tendo, ainda, chegado a uma posição uniforme a respeito das disposições do art. 173 da

Carta Magna, em face dos princípios a que se submete a Administração Pública, por força do art. 37 da mesma Lei Magna.

Nesse compasso, incabível é a desconstituição pretendida pelo BNB, pois aplicável, *in casu*, a orientação jurisprudencial cristalizada nos Enunciados 83 do Colendo TST e 343 do Excelso STF, que dizem inadmissível a Rescisória, por violação literal de lei, quando a decisão rescindenda estiver baseada em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais.

Não prospera, também, a argumentação autoral de que o acórdão atacado teria malferido dispositivos da legislação que rege o FGTS, em especial os artigos 18, § 1º da Lei nº 8.036/90 e 9º, § 1º do Decreto nº 99.684/90, nos quais estaria prevista a possibilidade de dispensa sem justa causa.

Ora, na sua fundamentação, o aresto em apreço reconheceu a estabilidade da Reclamante, “por força do regulamento do empregador”, cujos favores abrangeriam os empregados com 10 anos ou mais de serviço, fossem ou não optantes pelo regime fundiário.

Diversamente do que sustenta o Autor, os comandos normativos tidos por violados não autorizam a rescisão contratual imotivada de qualquer empregado submetido ao regime do FGTS, apenas estipulam os valores a serem recolhidos pelo empregador, caso ocorrente tal hipótese de desfazimento do vínculo laboral.

Inexistiu, portanto, qualquer ofensa à legislação fundiária indigitada pelo BNB, merecendo, destarte, ser julgada improcedente a vertente Ação.

Em conclusão, revogadas, pelo art. 133 da Constituição Federal, as tradicionais regras disciplinativas da concessibilidade de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, de se deferir tal verba profissional à base de 15% sobre o valor da causa.

ANTE O EXPOSTO:

ACORDAM OS JUÍZES DO TRIBUNAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO, por unanimidade, conhecer da rescisória para julgá-la improcedente, condenando o autor no pagamento de honorários advocatícios em 15% sobre o valor dado à causa, bem como nas custas processuais de 2%.

Fortaleza, 16 de março de 2004.

ANTONIO CARLOS CHAVES ANTERO
Juiz do TRT, no Exercício da Presidência
ANTONIO MARQUES CAVALCANTE
FILHO - Juiz Relator
FERNANDA MARIA UCHÔA ALBU-
QUERQUE - Procuradora da PRT/7ª Região

PROCESSO: 05592/2003-000-07-00-9

FASE: AÇÃO RESCISÓRIA

AUTOR: RAIMUNDO CÉSAR SOARES CARNEIRO

RÉ: BANCO BRADESCO S/A

DATA DO JULGAMENTO: 07/06/2004

DATA DA PUBLICAÇÃO: 12/07/2004

JUIZ RELATOR: ANTONIO MARQUES CAVALCANTE FILHO

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE.

PROSPERAR NÃO MERECE A AÇÃO RESCISÓRIA, QUANDO EVIDENCIADO, A PARTIR DAS ARGUMENTAÇÕES EXPENDIDAS NA EXORDIAL, QUE O ÚNICO INTENTO AUTURAL É O DE REVOLVER O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO REUNIDO NO PROCESSO DE CONHECIMENTO ORIGINÁRIO, OBJETIVO A QUE É INTEIRAMENTE REFRATÁRIA A ESPÉCIE PROCESSUAL ORA MANEJADA.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de AÇÃO RESCISÓRIA, em que são partes RAIMUNDO CÉSAR SOARES CARNEIRO e BANCO BRADESCO S/A. Trata-se de Ação Rescisória ajuizada por Raimundo César Soares Carneiro, com fulcro nos Incisos V e VII do art. 485 do CPC, visando desconstituir o acórdão nº 3130/00-1 deste Regional, que reformou o *Decisum a quo*, para julgar improcedente a sua Reclamatória. Suscita a ocorrência de violação aos Artigos 134 e 461 da CLT, além do art. 7º, Incisos XXX e XXXI da vigorante Carta Política. Demais disso, junta documentos que entende capazes de alterar a análise dos fatos.

Contestando o feito, às fls. 101/112, alceia o Promovido preliminar de inépcia da inicial, por desatendimento a pressupostos processuais e, em sede meritória, afirma que o Autor pretende a modificação da coisa julgada. Finalmente, insurge-se contra o deferimento dos benefícios da gratuidade judiciária, pedindo a condenação do demandante ao pagamento de honorários advocatícios. Razões finais do Autor às fls. 146/149, enquanto as do Réu às fls. 151/157. Parecer da Doutra PRT às fls. 164/168.

É O RELATÓRIO.

ISTO POSTO:

I - ADMISSIBILIDADE

Atendidas as condições da ação e presentes os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, especialmente o contido no art. 485, *caput*, do CPC, e estando fundada nos Incisos V e VII deste dispositivo processual, de conhecer-se. II - PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL

A peça de começo não padece de deslizes que justifiquem seu indeferimento a qualquer título. Rejeita-se, pois, a prefacial.

III - *IN MERITIS*

Efetivamente, não se vislumbra a mais mínima prosperidade na vertente Ação, em que o Autor pretende rescindir acórdão deste Regional, com arrimo nos Incisos V e VII do art. 485 do CPC, por entender que o Aresto inquinado violara os dispositivos legais ali indigitados.

Na verdade, o intento autoral é no sentido de combater a Decisão que, ao constatar a não satisfação dos pressupostos indispensáveis, indeferiu o seu pleito.

Suas argumentações mais se afeiçoam a uma inoportuna tentativa de revolver o conjunto fático-probatório reunido no processo de conhecimento originário, objetivo a que é inteiramente refratária a espécie processual ora manejada.

Não se aplica, aqui, o Inciso VII do art. 485 do CPC. É que, nos termos daquele dispositivo, a sentença de mérito poderá ser rescindida quando, depois da sua prolação, “o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável”. No caso dos autos, o Demandante, desde cedo, dissera que não juntou os documentos porque não os encontrou. Por fim, considerando que Autor declarara ser pobre na forma da lei, tem-se por satisfeita a exigência do art. 4º da Lei 1.060/50, com as alterações da Lei nº 7.510/86, pelo que defiro a concessão da gratuidade judiciária, não se havendo, pois, condená-lo ao pagamento de honorários advocatícios em prol da parte vencedora.

ANTE O EXPOSTO:

ACORDAM OS JUÍZES DO TRIBUNAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO, por unanimidade, julgar improcedente a ação rescisória. Custas de lei, pelo autor, dispensadas. Fortaleza, 07 de junho de 2004.

ANTONIO CARLOS CHAVES ANTERO
Juiz do TRT, no Exercício da Presidência
ANTONIO MARQUES CAVALCANTE
FILHO - Juiz Relator

NICODEMOS FABRÍCIO MAIA
Procurador da PRT/7ª Região

JUÍZA RELATORA: DULCINA DE HOLANDA PALHANO

PROCESSO: 00371/2003-028-07-00-0

FASE: REMESSA *EX OFFICIO* E REC. VOLUNTÁRIO

RECORRENTE: MUNICÍPIO DE JUAZEIRO DO NORTE

RECORRIDO: FRANCISCO VIEIRA DOS SANTOS

DATA DO JULGAMENTO: 09/03/2004

DATA DA PUBLICAÇÃO: 27/04/2004

JUÍZA RELATORA: DULCINA DE HOLANDA PALHANO

EMENTA

RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COMPROVADA. IRRELEVÂNCIA DA ADMISSÃO SEM CONCURSO. DIREITO DO TRABALHADOR ÀS VERBAS PRÓPRIAS DO CONTRATO DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE DO GESTOR PÚBLICO PELA IRREGULARIDADE NOS TERMOS DO ARTIGO 37, § 2º DA CF/88.

O FATO DE O TRABALHADOR PRESTAR OS SERVIÇOS, AINDA QUE O FAÇA PARA ENTES PÚBLICOS E SEM QUE TENHA SIDO ADMITIDO MEDIANTE PRÉVIO CONCURSO, NÃO DESNATURA A RELAÇÃO DE EMPREGO, CABENDO AO JUDICIÁRIO, COMO FORMA DE COIBIR OS ATOS ILEGAIS DO ADMINISTRADOR, RECONHECER A RELAÇÃO DE EMPREGO EM FACE DO PRINCÍPIO DA REALIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO, SENDO DEVIDAS AS VERBAS CORRESPONDENTES QUANDO NÃO PROVADO O RESPECTIVO PAGAMENTO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de REMESSA *EX OFFICIO* E REC. VOLUNTÁRIO, em que são partes MUNICÍPIO DE JUAZEIRO DO NORTE e FRANCISCO VIEIRA DOS SANTOS.

Adoto, no presente Acórdão, o relatório de fls. 74, da lavra do Ilustre Juiz José Ronald Cavalcante Soares:

“Trata-se de remessa *ex officio* e recurso voluntário interposto pelo MUNICÍPIO DE JUAZEIRO DO NORTE inconformado com a decisão prolatada pela MM. Vara Federal do Trabalho de Juazeiro do Norte nos autos da reclamação trabalhista ajuizada por FRANCISCO VIEIRA DOS SANTOS. Alega, em síntese, a nulidade contratual. O recorrido apresentou contra-razões (fls. 56/60). A Douta Procuradoria Regional do Trabalho, em Parecer da lavra da Dr.^a Hilda

Leopoldina Pinheiro Barreto, manifesta-se pelo conhecimento e parcial provimento da remessa e do recurso”.

É O RELATÓRIO.

ISTO POSTO:

REMESSA OFICIAL

Conheço da remessa, tendo em vista atender ao disposto no artigo 475, parágrafo 2º, do CPC, com a nova redação dada pela Lei 10.352/2001, passando a analisá-la conjuntamente com o Recurso Voluntário.

RECURSO VOLUNTÁRIO

NULIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO - ADMISSÃO SEM CONCURSO PÚBLICO - EFEITOS

O recorrente alega a nulidade do contrato de trabalho, tendo em vista que a não submissão do reclamante a concurso público, consoante exige o art. 37, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

Não obstante o inconformismo, razão não lhe assiste.

Não obsta o reconhecimento da relação de emprego nem o direito de o trabalhador receber as verbas próprias de um contrato de trabalho o fato de ter sido admitido pelo ente de direito público sem submissão a prévio concurso (01.06.90), visto que em tais casos a responsabilidade é do administrador que não observou as normas constitucionais e legais que regem a matéria.

Nestes casos, compete ao Judiciário, como forma de coibir os atos ilegais do administrador, reconhecer a relação de emprego em face do princípio da realidade do contrato de trabalho, sendo devidas as verbas correspondentes quando não provado o respectivo pagamento. Por outro lado, o não reconhecimento da relação de emprego, além de causar prejuízos irreparáveis ao trabalhador, implicaria em premiar o mau gestor da coisa pública que, muitas vezes, valendo-se de interesses meramente políticos e da extrema carência da população, promove, indiscriminadamente, contratações irregulares e nada sofre em função dessa prática tão prejudicial aos interesses públicos.

Contudo, faz-se necessário a modificação do julgado no tocante à condenação ao pagamento da multa rescisória, em face da existência de controvérsia acerca do direito postulado.

A indenização do seguro-desemprego deve ser convertida em liberação das guias, visto que o colorário do reconhecimento da relação de emprego e da rescisão contratual sem justa causa é tão-somente a obrigação de o empregador liberar as guias (Comunicado de Dispensa) para que o empregado possa habilitar-se ao recebimento das parcelas perante o órgão competente do Ministério do Trabalho e Emprego.

ANTE O EXPOSTO:

ACORDAM OS JUÍZES DO TRIBUNAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO, por unanimidade, conhecer dos recursos e, por maioria, lhes dar provimento parcial, para excluir da condenação a multa rescisória e converter a indenização do seguro-desemprego na obrigação de o reclamado entregar ao reclamante as respectivas guias habilitadoras à percepção das parcelas previstas em lei. Vencidos o Juiz Relator, que mantinha a sentença original, e os Juízes Antônio Marques Cavalcante Filho e José Antônio Parente da Silva que limitavam a condenação ao pagamento das verbas salariais. Redigirá o acórdão a Juíza Revisora.

Fortaleza, 09 de março de 2004.

ANTONIO CARLOS CHAVES ANTERO
Juiz do TRT, no Exercício da Presidência
DULCINA DE HOLANDA PALHANO
Juíza Relatora Designada
FERNANDA MARIA UCHÔA ALBUQUERQUE - Procuradora da PRT/7ª Região

PROCESSO: 00862/2003-003-07-00-4

FASE: RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS-ECT

RECORRIDO: MANUELITO TEIXEIRA SALES

DATA DO JULGAMENTO: 29/03/2004

DATA DA PUBLICAÇÃO: 29/04/2004

JUÍZA RELATORA: DULCINA DE HOLANDA PALHANO

EMENTA

EMPRESAS ESTATAIS. RESCISÃO CONTRATUAL IMOTIVADA. NULIDADE. REINTEGRAÇÃO DO EMPREGADO.

Ainda que a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 173, parágrafo primeiro, inciso II, tenha atribuído às empresas estatais o regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias, importa reconhecer que não estão referidas entidades desobrigadas de obedecer aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, dentre outros. Assim, os atos de demissão imposta aos seus empregados somente são válidos se praticados em estrita obediência aos citados princípios, impondo-se, necessariamente, a motivação do ato, sob pena de nulidade, assegurando-se o direito do empregado à reintegração.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de RECURSO ORDINÁRIO, em que são partes EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS-ECT e MANUELITO TEIXEIRA SALES.

O MM. Juiz da 3ª Vara do Trabalho de Fortaleza, nos termos da sentença de fls. 99/100, julgou procedentes os pedidos declinados na petição inicial, condenando a reclamada a reintegrar o reclamante no seu cargo e função, com o pagamento de salários e vantagens vencidos e vincendos até a efetiva reintegração, além de honorários advocatícios no percentual de 15%.

Inconformada, a reclamada apresenta recurso ordinário, às fls. 101/144, alegando que, tratando-se de uma empresa estatal, está submetida ao regime jurídico das empresas privadas, não lhe cabendo a exigência de motivação para resilir os contratos de trabalho de seus empregados.

Sustenta a recorrente que não tem respaldo legal a estabilidade concedida ao reclamante, uma vez que este não foi admitido por concurso público, que era regido pela CLT e optante do FGTS, aduzindo que é cediço à empresa demitir sem justa causa os seus empregados, à vista do poder potestativo que lhe confere o art. 173, § 1º, alínea II, da CF/88 e o art. 11 do Decreto-lei 509/69.

Em fim, rechaça a concessão da tutela antecipada e dos honorários advocatícios.

Em face do exposto no recurso, a reclamada requer seja declarado improcedente o pedido inicial.

Em sede de contra-razões, às fls. 148/155, o recorrido alega que a ausência de motivação do despedimento no âmbito da Administração Pública Indireta, da qual é integrante a ECT, fere os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade, e salienta a inaplicabilidade do art. 173 da CF/88, ao vertente caso.

Visto da Procuradoria Regional do Trabalho, à fl. 159.

É O RELATÓRIO.

ISTO POSTO:

A EMPRESA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS, inconformada com a decisão proferida pelo MM. Juiz Titular da 3ª Vara do Trabalho de Fortaleza, interpôs recurso ordinário, alegando, em suma, com base na regra constante do artigo 173, parágrafo primeiro, inciso II, da Constituição Federal de 1988, que pode, sem motivação do ato, dispensar seus empregados sem justa causa, do mesmo modo que o faz o empregador comum. Conheço do recurso, vez que atendidos os pressupostos de admissibilidade.

Não obstante as razões invocadas no recurso, entendo correta a decisão recorrida e, portanto, reputo improcedentes os argumentos da recorrente.

Nas últimas décadas do século passado e nos primeiros momentos deste novo milênio, temos assistido, sobretudo no que respeita à economia, a mudanças tão radicais no mundo pós-moderno que sequer teve tempo a sociedade de a elas se adaptar.

Nessa enxurrada de mudanças e reformas, veio a lume o chamado “neoliberalismo”, corrente econômica que privilegia o capital em detrimento do trabalho e que, para atender aos reclamos da sua doutrina, pouco se tem preocupado com o elemento humano.

A partir dessas novas idéias, passamos a vivenciar o predomínio da máquina sobre o homem, tendo as empresas investido maciçamente em novas tecnologias, prejudicando sensivelmente o emprego e, o que é mais grave, promovendo o enxugamento de sua estrutura com a redução dos quadros de pessoal, seja com a adoção de planos de incentivos à demissão voluntária, seja, em último caso, com dispensas sem justa causa, levando ao desemprego pessoas que se consideravam estabilizadas por anos e anos de serviços prestados à mesma organização empresarial. Em face de tal concepção econômica, tem-se questionado, no âmbito da Justiça do Trabalho, a possibilidade de as empresas estatais, empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como suas subsidiárias, estarem constitucionalmente autorizadas a dispensar livremente os seus empregados, utilizando-se, para esse fim, do poder potestativo conferido ao empregador comum ou inerente às empresas exclusivamente privadas. Trata-se de debate que merece acurado estudo para que não se incorra no equívoco de proferir decisão de caráter meramente

subjetivo ou fundado em juízo de valor desprovido da necessária fundamentação. Na verdade, o artigo 173, parágrafo primeiro, inciso II, da Constituição Federal de 1988, preceitua que a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, devendo, ainda, a mesma lei, dispor sobre a sua sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias, conforme se colhe do disposto no inciso II do mesmo dispositivo constitucional.

Sendo assim, num olhar apressado, poder-se-ia concluir que ditas entidades, embora vinculadas ao Estado, poderiam livremente dispensar os seus empregados, tendo em vista que este é um ato potestativo do empregador. As regras de hermenêutica, entretanto, desautorizam interpretação apressada e literal de qualquer norma para dar privilégio à análise sistemática, conjuntural e teleológica da lei, devendo, neste sentido, procurar o intérprete descobrir a verdadeira intenção do legislador, considerados, sobretudo, os princípios balizadores do direito.

Na espécie, cumpre destacar que a Carta Magna de 1988, não obstante tenha equiparado as empresas estatais àquelas de natureza estritamente privadas, quanto às obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias, trata de princípios que devem ser observados pelo Estado e por seus agentes, os quais, se estendem, inegavelmente, aos administradores das empresas públicas e das sociedades de economia mista e às respectivas subsidiárias. Dispõe o artigo 37, *caput*, da atual Constituição Federal que “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes

da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade e da eficiência ...”, prevendo o inciso II, do mesmo dispositivo, que a “investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei”. Por outro lado, ao tratar a Carta Política da proibição de acumulação de cargos na administração pública (inciso XVI), estende tal vedação às autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente pelo poder público (inciso XVII).

Diante de tais preceptivos constitucionais, já se pode ver que as entidades estatais, sob análise, distinguem-se ontologicamente das empresas privadas comuns, porquanto sujeitas aos princípios inerentes à Administração Pública que, à evidência, não alcançam estas últimas. Impende concluir-se, no entanto, que a Constituição, assim como as leis em geral, não albergam regras inúteis, razão por que não se pode negar vigência ao disposto no artigo 173, § 1º, inciso II, da Magna Carta de 88, quanto ao direito de as empresas estatais, valendo-se da sua equiparação às empresas privadas, dispensarem os seus empregados, mormente quando não detentores de estabilidade e optantes pelo regime da Lei 8.036/90 (Lei do FGTS).

O que não é admissível, por ofender aos princípios da razoabilidade, da pessoalidade e da necessária motivação dos atos administrativos, dentre outros, é a empresa estatal, ente vinculado à administração pública, dispensar os seus empregados por mero capricho dos seus administradores, sem

que, previamente, tenham sido estabelecidos critérios lógicos e objetivos, de modo a evitar prejuízos irreparáveis ao trabalhador que, após anos de profícuo trabalho dedicado à entidade e inegável participação no seu progresso, vê-se atirado ao desemprego e, o que é pior, sem qualquer possibilidade de obter outra colocação, dadas as extremas dificuldades por que passa o mundo “globalizado”. Em sendo assim, ainda que a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 173, parágrafo primeiro, inciso II, tenha equiparado as empresas estatais ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias, importa reconhecer que não estão referidas entidades desobrigadas de obedecer aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, dentre outros. Nestas condições, portanto, os atos de demissão impostos aos seus empregados somente são válidos se praticados em estrita obediência aos citados princípios, impondo-se, necessariamente, a motivação do ato, sob pena de nulidade, assegurando-se o direito à reintegração, mantendo-se, por tal motivo, as decisões de primeiro grau que sejam proferidas de acordo com esse entendimento.

ANTE O EXPOSTO:

ACORDAM OS JUÍZES DO TRIBUNAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO, por unanimidade, conhecer do recurso e, por maioria, lhe negar provimento. Vencidos os Juízes Revisor e Manoel Arízio Eduardo de Castro que mantinham a sentença original, mas por outros fundamentos.

Fortaleza, 29 de março de 2004.

ANTONIO CARLOS CHAVES ANTERO
Juiz do TRT, no Exercício da Presidência
DULCINA DE HOLANDA PALHANO
Juíza Relatora

ILEANA NEIVA MOUSINHO
Procuradora da PRT/7ª Região

PROCESSO: 01835/2003-004-07-00-5

FASE: RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE: EMLURB - EMPRESA MUNICIPAL DE LIMPEZA E URBANIZAÇÃO

RECORRIDO: RAIMUNDO JACINTO ALEXANDRE

DATA DO JULGAMENTO: 01/06/2004

DATA DA PUBLICAÇÃO: 13/07/2004

JUÍZA RELATORA: DULCINA DE HOLANDA PALHANO

EMENTA

DECRETO MUNICIPAL EDITADO PARA REGULAR RELAÇÕES ENTRE A EMPRESA PÚBLICA E SEUS EMPREGADOS. INCONSTITUCIONALIDADE INEXISTENTE.

O DECRETO MUNICIPAL QUE VEÍCULA NORMAS DE NATUREZA TRABALHISTA E QUE SE DESTINA A REGER SITUAÇÕES JURÍDICAS ENTRE A EMPRESA PÚBLICA E SEUS EMPREGADOS NÃO PODE SER ACOIMADO DE INCONSTITUCIONAL, MORMENTE QUANDO EDITADO ANTES DA VIÊNCIA DA ATUAL CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de RECURSO ORDINÁRIO, em que são partes EMLURB-EMPRESA MUNICIPAL DE LIMPEZA E URBANIZAÇÃO e RAIMUNDO JACINTO ALEXANDRE. Adoto, no presente Acórdão, o relatório de fls. 97/98, da lavra da Ilustre Juíza Maria Irisman Alves Cidade:

“A MMª 4ª Vara do Trabalho de Fortaleza julgou procedente, em parte, a reclamação trabalhista ajuizada por RAIMUNDO JACINTO ALEXANDRE contra EMLURB - EMPRESA MUNICIPAL DE LIMPEZA E URBANIZAÇÃO, reconhecendo o direito do autor de ser promovido para os níveis ANM-06, assim como o direito de perceber a gratificações de tempo de serviço em 5% sobre o salário do nível para os quais deveria ter sido promovido, tudo isso para condenar a cumprir, doravante, o pagamento de salários do reclamante na forma estabelecida no Plano de Cargos e Salários da empresa, no nível ANM-06, mais quinquênio. A pagar as diferenças decorrentes da inobservância da referida regra, com limite prescricional a 25 de agosto de 1998;

a pagar as diferenças sobre férias - com o acréscimo de lei e 13^{os} salários do período. E ainda, recolher as diferenças do FGTS. Recorre ordinariamente a reclamada às fls. 56/72, alegando em suas razões, sobre a prescrição total do direito do autor, haja vista a incidência do Decreto Municipal nº 7.810 de 05/08/1988, bem como a sua inconstitucionalidade e a proibição de vinculação da remuneração de pessoal do serviço público. Contra-razões às fls. 78/84.

A douta Procuradoria Regional do Trabalho, em parecer exarado às fls. 88/93, opina pelo conhecimento do apelo e, no mérito, pelo desprovimento do recurso do reclamante”. É O RELATÓRIO.

ISTO POSTO:

REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

Atendidos os requisitos extrínsecos de admissibilidade - tempestividade, capacidade postulatória e preparo -, passo ao exame do recurso. **PRESCRIÇÃO**

A reclamada alega que o direito pleiteado pelo reclamante encontra-se amparado apenas em decreto e não em lei, razão pela

qual entende inaplicável ao caso o disposto no Enunciado nº 294 do TST.

Rejeito a prescrição alegada pela Empresa Municipal de Limpeza e Urbanização, visto que as verbas pleiteadas pelo reclamante são de natureza sucessiva, operando-se a ofensa ao direito sempre que descumpridas as regras referentes ao plano de cargos e salários. Destaque-se, ainda, que o fato de as normas do PCS da reclamada estarem previstas em Decreto, não afasta a incidência da Súmula 294 do TST, visto que se equipara à lei para os fins do Direito do Trabalho, subsistindo o direito às parcelas do período não prescrito, porquanto têm natureza sucessiva.

INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO MUNICIPAL Nº 7.810/88

O decreto municipal que veicula normas de natureza trabalhista e que se destina a reger situações jurídicas entre a empresa pública e seus empregados não pode ser acoimado de inconstitucional, mormente quando editado antes da vigência da atual Constituição Federal e da Lei Orgânica do Município de Fortaleza, destacando-se, a propósito, que o citado Decreto, em nenhum de seus artigos tratou da criação de cargos, tratando apenas de regras pertinentes ao Plano de Cargos e Salários já existentes na Empresa Municipal de Limpeza e Urbanização vinculada ao Município de Fortaleza. Não há, outrossim, que se falar em inconstitucionalidade material, visto que a proibição constitucional de vinculação de salários ao salário mínimo somente veio a lume com a nova Constituição Federal,

sendo inegável que as regras do Decreto em questão, editado muitos anos antes, se incorporaram aos contratos de trabalho cuja alteração é vedada pela CLT, no seu artigo 468, não se podendo interpretar nem mesmo a Constituição em prejuízo do trabalhador. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS - PISO SALARIAL - PREVISÃO

Quanto ao piso salarial, embora a reclamada negue sua existência, basta o exame do art. 23 do Decreto 7.810/88 para que se conclua sua existência, cabendo à empresa, por simples questão de lógica, dar cumprimento ao que restou pactuado.

Dessa forma, sempre que o empregado implementar o direito à promoção automática a que se refere o artigo 11 do mencionado Decreto, deverá a EMLURB, por questão de direito e de justiça, promovê-lo, pagando-lhe as diferenças salariais decorrentes.

ANTE O EXPOSTO:

ACORDAM OS JUÍZES DO TRIBUNAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO, por unanimidade, conhecer do recurso, rejeitar a prescrição e a inconstitucionalidade do Decreto nº 7.810/88 alegadas pela reclamada. No mérito, por maioria, negar provimento ao recurso. Vencida a Juíza Relatora que julgava improcedente a reclamação. Redigirá o acórdão a Juíza Revisora.

Fortaleza, 01 de junho de 2004.

ANTONIO CARLOS CHAVES ANTERO
Juiz do TRT, no Exercício da Presidência
DULCINA DE HOLANDA PALHANO
Juíza Relatora Designada
ILEANA NEIVA MOUSINHO
Procuradora da PRT/7ª Região

JUIZ RELATOR: JOSÉ ANTÔNIO PARENTE DA SILVA

PROCESSO: 00126/1999-022-07-00-7

FASE: RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE: JOSÉ MARIA MUNIZ DA SILVA E OUTROS

RECORRIDO: COCALQUI - COOPERATIVA DE CALÇADOS QUIXERAMOBIM E OUTRO

DATA DO JULGAMENTO: 31/05/2004

DATA DA PUBLICAÇÃO: 08/07/2004

JUIZ RELATOR: JOSÉ ANTÔNIO PARENTE DA SILVA

EMENTA

RECLAMAÇÃO TRABALHISTA E AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COISA JULGADA INEXISTENTE.

NÃO HÁ FALAR EM COISA JULGADA OBSTACULIZADORA DE AÇÃO TRABALHISTA INDIVIDUAL OU PLÚRIMA, EM FACE DA INEXISTÊNCIA DE TRÍPLICE IDENTIDADE DE PARTES, CAUSA DE PEDIR E PEDIDO, ENTRE ELA E AÇÃO CIVIL PÚBLICA MANEJADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. A CORRETA INTERPRETAÇÃO CONFERIDA AO ART. 16 DA LACP É A DE QUE A IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NÃO PREJUDICA OS TERCEIROS INTERESSADOS QUE NÃO PARTICIPARAM DA RELAÇÃO PROCESSUAL, OBSTANDO TÃO-SOMENTE O MANEJO DE NOVEL AÇÃO, PELO *PARQUET* OFICIANTE, COM O MESMO FITO DA AÇÃO PRETÉRITA. INTELIGÊNCIA DO ART. 21 DA LACP C/C ART. 103 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

RECURSO ORDINÁRIO DA PARTE RECLAMANTE CONHECIDO E PROVIDO A FIM DE DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS À VARA DE ORIGEM PARA COMPLEMENTAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de RECURSO ORDINÁRIO, em que são partes JOSÉ MARIA MUNIZ DA SILVA E OUTROS e COCALQUI - COOPERATIVA DE CALÇADOS QUIXERAMOBIM E OUTRO. Adoto o relatório da lavra da Ex.^{ma} Juíza Maria Irisman Alves Cidade, *verbis*:

“A MM^a Única Vara do Trabalho de Fortaleza julgou improcedente a reclamação trabalhista ajuizada por JOSÉ MARIA MUNIZ DA SILVA, RITA DE CÁSSIA SANTIAGO E ALZIRA MARIA MEDEIROS em face de COCALQUI - COOPERATIVA DE CALÇADOS QUIXERAMOBIM E CALÇADOS ANIGER NORDESTE LTDA., face a inexistência de vínculo empregatício entre as partes.

Regularmente notificadas as reclamadas e reclamantes, respectivamente às fls. 513-v/

516-v e 514-v, 515, somente os reclamantes interpuseram recurso ordinário às fls. 518/544, sustentando o vínculo empregatício com a reclamada.

Contra-razões às fls. 547/549.

A douta Procuradoria Regional do Trabalho, pronuncia-se pela baixa do processo ao Juízo de origem, a fim de que a empresa CALÇADOS ANIGER NORDESTE LTDA., seja devidamente notificada para apresentar contra-razões ao recurso ordinário interposto pelos reclamantes, e cumprida ou não a diligência, pede-se o retorno dos autos para emissão de parecer conclusivo”.

É O RELATÓRIO.

ISTO POSTO:

1 ADMISSIBILIDADE

Preenchidos os pressupostos objetivos e subjetivos necessários à admissibilidade do recurso em tela, nada obsta ao seu conhecimento.

2 MÉRITO

Insurgem-se os recorrentes contra a sentença, proferida pela Única Vara do Trabalho de Quixadá, que julgou improcedente a reclamação trabalhista ajuizada em face da Cooperativa de Calçados Quixeramobim - Cocalqui e da empresa Calçados Aniger Nordeste Ltda., em sentença cuja fundamentação restou vazada nos termos seguintes: “Considerando o trânsito em julgado do Acórdão de fl. 387, em face da Certidão de fl. 408, com o reconhecimento da forma cooperativa de trabalho e afastando-se a ocorrência da relação de emprego pretendida através da ação civil pública objeto do Proc. 007/99 (sentença de fls. 196/205), com a improcedência da mesma, em face de decisão em recurso ordinário, e considerando o art. 16 da Lei nº 7.347/85, não há como se reconhecer a relação de emprego entre as partes nos períodos declinados na inicial, considerando o disposto no art. 442, § único, da CLT” (fls. 512). Aduzem os recorrentes, em síntese, que inexistente a tríplex identidade de partes, causa de pedir e pedido, entre a ação civil pública movida pelo *Parquet* com o objetivo de compelir a cooperativa e a empresa, ora reclamadas, a sustarem a intermediação ilegal de mão-de-obra e registrarem, como empregados, os trabalhadores arregimentados sob a falsa condição de cooperados e a ação trabalhista em tela, em que os reclamantes buscam o reconhecimento da relação empregatícia havida entre as partes para que sejam assegurados os direitos trabalhistas oriundos de um contrato de trabalho. Argumentam, ainda, que a cooperativa em questão é totalmente fraudulenta impondo-se, portanto, o reconhecimento do vínculo empregatício entre as partes.

Razão lhes assiste.

Vale esclarecer, inicialmente, que a ação civil pública nº 007/99, que tramitou pe-

rante a MM. Única Vara do Trabalho de Quixadá, não obstante tenha sido julgada procedente em primeira instância, sentença de fls. 196/207, foi julgada improcedente por deficiência de provas por este egrégio TRT 7ª Região, conforme Acórdão de fls. 488. Tal fato, entretanto, não faz incidir qualquer óbice decorrente do art. 16 da LACP, que dita: “Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, **exceto se o pedido for julgado improcedente por deficiência de provas**, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”. Cumpre frisar, inicialmente, que não há falar em coisa julgada obstaculizadora de ação trabalhista individual ou plúrima, em face da inexistência de tríplex identidade de partes, causa de pedir e pedido, entre ela e ação civil pública manejada pelo Ministério Público do Trabalho, como sói exigir o art. 301, §§ 1º e 2º do CPC subsidiário. **Cotejando as duas ações, verifica-se que não só as partes demandantes são diferentes, mas, de igual forma, os pedidos, sendo que na primeira se vindicava obrigação de fazer, enquanto que na reclamação trabalhista em tela se pleiteia o reconhecimento do vínculo empregatício e o pagamento dos direitos trabalhistas devidos na forma da lei.**

Nessa mesma esteira, colhe-se precedente desta Corte de Justiça Trabalhista, carreado aos autos às fls. 540/542:

“(…) Apenas haverá coisa julgada, de uma ação com relação a outra, quando ambas apresentem a tríplex identidade, quanto às partes, ao pedido e à causa de pedir. Tal, contudo, incorre no caso vertente, uma vez que no **V. Acórdão TRT nº 464/00-1 (In: Proc. TRT nº 6211/99)**, em que foram Recorrentes, além doutra, a ora **Embargante**, a parte recorrida foi, tão-só, o **Ministério**

Público do Trabalho (xerocópia à fl. 255), que ingressara com **Ação Civil Pública**, nenhum indício havendo de que a decisão, ali exarada, abranja, de forma inequívoca, o **Autor** da presente **Ação**, circunstância esta, por si só, capaz de desfigurar a pretendida argüição de coisa julgada. Assim, **rejeito a preliminar de nulidade do V. Acórdão embargado. (...)**” (grifos do original) (Ac. 3319/00-2, Proc. TRT nº 1209/00, Embargos de Declaração, Relator Juiz Francisco Tarcísio Guedes Lima Verde).

Demais disso, a correta interpretação conferida ao art. 16 da LACP é a de que a improcedência da Ação Civil Pública não prejudica os terceiros interessados que não participaram da relação processual, obstando tão-somente o manejo de novel ação, pelo *Parquet* oficiante, com o mesmo fito da ação pretérita, em face do que dispõe o Código de Defesa do Consumidor, aplicável subsidiariamente por força do art. 21 da LACP, em seu art. 103, que versa:

“Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada: I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar de hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 97 a 100. (...)” (grifou-se).

De tal sorte, conclui-se que no caso de improcedência das ações coletivas, “os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II, não prejudicarão grupo, categoria ou classe”. Tal regra vale também para a defesa de interesses individuais homogêneos, salvo no que se refere aos interessados individuais que hajam intervindo no feito (§ 2º).

Assim sendo, a decisão proferida em sede de Ação Civil Pública não prejudicará, em hipótese alguma, os pleitos vindicados em ações trabalhistas individuais, descabendo falar em coisa julgada, uma vez que somente poderá beneficiar os interessados individuais, nunca prejudicá-los. De forma que admitindo-se uma eficácia *erga omnes* ampliada da coisa julgada em Ação Civil Pública improcedente, não há como negar um prejuízo a todos os integrantes da comunidade. Nesse diapasão, Nelson Nery Júnior leciona que “**A coisa julgada oriunda de sentença de improcedência proferida em ACP no sistema da LACP, não prejudicará o direito individual de terceiro alheio à relação jurídica processual, que poderá ajuizar demanda individual pleiteando a satisfação de seu direito.** No entanto, se for julgado procedente o pedido deduzido

em ACP, fará coisa julgada *erga omnes*, inclusive para atingir os titulares de direito individual, que poderão beneficiar-se do resultado da demanda coletiva para buscar a satisfação de seu direito individual (CDC 103 § 3º). Neste caso, a coisa julgada da ACP se opera, quanto a eles, *secundum eventum litis* e, mais ainda, *in utilibus*, isto é, só se for julgado procedente o pedido na ACP. **O objeto da ação coletiva é a condenação genérica do causador do dano, ao passo que o objeto da ação individual é a reparação do prejuízo sofrido pelo particular**”. (grifou-se) (In: Código de Processo Civil Comentado, 4ª ed., São Paulo: RT, 1999, p. 1539-40).

Nesse sentido, adverte Marcelo Dawalibi: “(...) é preciso salientar que a oponibilidade *erga omnes* da coisa julgada formada a partir da sentença de improcedência da Ação Civil Pública viria a contrariar os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, insculpidos no art. 5º, LIV e LV, da CF. É inadmissível que alguém que não tenha sido parte em um processo venha a ter seus interesses individuais afetados pela coisa julgada formada por uma sentença de improcedência à qual não teve sequer a oportunidade de se opor.

Nesse passo, não se pode olvidar que, ainda que eventualmente tenha de repetir sua defesa nas ações individuais, o réu da Ação Civil Pública participará de todos os processos de seu interesse (tanto a Ação Civil Pública quanto as ações individuais), onde poderá exercer sua ampla defesa. Já os indivíduos que vissem seu direito de ação tolhido pela coisa julgada *erga omnes* formada a partir de uma sentença de improcedência de Ação Civil Pública teriam seus interesses individuais aniquilados sem que nem sequer tivessem sido partes de um processo. Seria a própria negação de todas as garantias fundamentais constitucionais”.

(In: Ação Civil Pública, 2ª ed., São Paulo: RT, p. 594).

Assim sendo, a decisão de primeiro grau merece ser reformada, visto que o Acórdão que julgou improcedente a Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho não constitui coisa julgada *erga omnes* para efeito de prejudicar os eventuais beneficiários daquela ação coletiva. Por isso mesmo, não é de se conferir aplicabilidade absoluta ao parágrafo único do art. 442 da CLT, visto que apenas com a análise da prova dos autos em face da situação concreta vivenciada pelos ora reclamantes é que será possível inferir se a dita norma, em cotejo com o princípio da primazia da realidade, terá aplicação no caso vertente. Como semelhante análise não foi realizada pelo Juízo da vara de origem, entendo que a sentença de primeiro grau deve ser reformada, remetendo-se os autos ao órgão jurisdicional de origem a fim de que, afastada a questão atinente à coisa julgada, a lide seja apreciada como entender de direito, evitando-se, assim, supressão de instância.

ANTE O EXPOSTO:

ACORDAM OS JUÍZES DO TRIBUNAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO, por unanimidade, conhecer do recurso e, por maioria, lhe dar parcial provimento, reformando a sentença de primeiro grau para declarar a inexistência de coisa julgada no caso vertente e determinar o retorno dos autos à vara de origem para a complementação da prestação jurisdicional, nos termos da fundamentação desta decisão. Vencida a Juíza Relatora que mantinha a sentença original. Redigirá o acórdão o Juiz Revisor. Fortaleza, 31 de maio de 2004.

ANTONIO MARQUES CAVALCANTE FILHO - Juiz do TRT, no Exercício da Presidência
JOSÉ ANTÔNIO PARENTE DA SILVA
Juiz Relator Designado

FERNANDA MARIA UCHÔA ALBUQUERQUE - Procuradora da PRT/7ª Região

PROCESSO: 00403/2003-028-07-00-7

FASE: RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTES: COOPERCE - COOPERATIVA ENERGÉTICA DO CEARÁ E OUTRO

RECORRIDO: JOSÉ CÍCERO GOMES

DATA DO JULGAMENTO: 05/10/2004

DATA DA PUBLICAÇÃO: 16/11/2004

JUIZ RELATOR: JOSÉ ANTÔNIO PARENTE DA SILVA

EMENTA

NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

NÃO POSSUI RELEVO A ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA RECORRIDA POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL, HAJA VISTA QUE A MATÉRIA SUSCITADA RESTOU SUFICIENTEMENTE APRECIADA PELO JUÍZO ORIGINÁRIO, QUER NA SENTENÇA DA RECLAMAÇÃO, QUER NAS DECISÕES DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS MANEJADOS. CUMPRE LEMBRAR, DE QUALQUER FORMA, QUE AO JULGADOR CABE A APLICAÇÃO DA NORMA AO CASO CONCRETO, EXAMINANDO TODAS AS ALEGAÇÕES PRODUZIDAS PELAS PARTES. ENTRETANTO, ISSO NÃO SIGNIFICA QUE, DURANTE A FORMAÇÃO DE SEU CONVENCIMENTO, AO DESVELAR A FUNDAMENTAÇÃO DE SUA DECISÃO, O JULGADOR NECESSARIAMENTE DEVA PERCORRER TODOS OS DISPOSITIVOS LEGAIS QUE EVENTUALMENTE POSSAM TER REFLEXO SOBRE A RELAÇÃO LITIGIOSA. REJEITA-SE, POIS, A PRELIMINAR.

SENTENÇA *EXTRA PETITA*.

NÃO É *EXTRA PETITA* A DECISÃO QUE RESPONSABILIZA SOLIDARIAMENTE A EMPRESA TOMADORA DE SERVIÇOS QUANDO, EM CONSONÂNCIA COM A CAUSA DE PEDIR VAZADA NA INICIAL, SE CONSTATA O VÍNCULO EMPREGATÍCIO E A RESPONSABILIDADE DIRETA DO TOMADOR DE SERVIÇOS.

VÍNCULO EMPREGATÍCIO. COOPERATIVA FRAUDULENTE.

CORRETA A SENTENÇA QUE DECLAROU A EXISTÊNCIA DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO CONSTATADO NOS AUTOS, FRENTE À INTERMEDIÇÃO ILEGAL, MEDIANTE COOPERATIVA, EM ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA TOMADORA DE SERVIÇOS.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de RECURSOS ORDINÁRIOS, em que são partes COOPECE - COOPERATIVA ENERGÉTICA DO CEARÁ E OUTRO e JOSÉ CÍCERO GOMES.

O Juiz da Vara do Trabalho de Juazeiro do Norte julgou parcialmente procedente a Reclamatória, condenando a COELCE - COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ e, solidariamente, a COOPECE - COOPERATIVA ENERGÉTICA DO CEARÁ, a pagar a JOSÉ CÍCERO GOMES, as parcelas deferidas na sentença de fls. 323/347. As reclamadas (COELCE E COOPECE) manifestaram Embargos Declaratórios,

respectivamente, às fls.350/368 e 369/376, foram julgados improcedentes o da COELCE, conforme r. decisão de fls. 391/393.

A COELCE interpôs Recurso Ordinário, às fls. 396/432, asseverando que o juízo *a quo* a considerou responsável direta pelas obrigações trabalhistas, sem qualquer referência ao disposto no art. 25, § 1º, da Lei 8.987/95, apenas por entender que o recorrido, no exercício de suas funções, exercia atividade-fim da empresa Tomadora dos Serviços. Argúi que houve julgamento *ultra* e *extra petita*, em virtude da ausência de pedido de reconhecimento de vínculo na inicial, mas sim condenação subsidiária,

na eventual inadimplência por parte da devedora principal (COOPECE). Pede a nulidade ou reforma da sentença para que seja julgada improcedente a ação, ou, na hipótese de reconhecimento da relação de emprego entre o recorrido e a COOPECE, seja esta condenada como devedora principal e, de forma subsidiária, a recorrente, conforme o entendimento do Enunciado 331, do TST. Refuta os honorários advocatícios e os benefícios da justiça gratuita. Julgamento dos EMBARGOS DECLARATÓRIOS da COOPECE, às fls.436/437, pela improcedência.

Igualmente a COOPECE recorre ordinariamente (fls.440/456), aduzindo a inexistência de relação de emprego, nos termos do art. 3º, da CLT; a licitude do serviço prestado por aplicação da Lei nº 8.987/95 e da Súmula nº 331 do TST. Impugnou a condenação à devolução dos valores pagos à Dental Seguros, os honorários advocatícios e que as custas processuais devem incidir sobre o valor da condenação, se houver, e não sobre o valor dado à causa pelo recorrido. CONTRA-RAZÕES às fls.463/474.

O Ministério Público do Trabalho, em Parecer exarado pelo Procurador Francisco Gerson Marques de Lima, às fls. 449/453, opina, preliminarmente, pela rejeição da preliminar suscitada. No mérito, pelo provimento parcial dos recursos dos reclamados, para que sejam excluídos do condeno somente os honorários advocatícios concedidos, posto serem incabíveis na Justiça do Trabalho, nos termos do enunc. 219 e 329, TST. É O RELATÓRIO.

ISTO POSTO:

1. RECURSO ORDINÁRIO DA COELCE:

1.1 ADMISSIBILIDADE

Preenchidos os pressupostos objetivos e subjetivos necessários à admissibilidade do recurso em tela, nada obsta ao seu conhecimento.

DELE CONHEÇO.

1.2 DA NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Suscita a COELCE, em seu apelo, a existência de negativa de prestação jurisdicional pelo Juízo de primeiro grau, haja vista que deixou de se manifestar sobre diversas matérias, não obstante agitadas, para tanto, por intermédio de embargos declaratórios. Contudo, razão não lhe assiste.

Compulsando o que consta dos autos, verifica-se que os pleitos vindicados, pela COELCE, nos embargos de declaração de fls. 350/368 foram os seguintes: sua exclusão do pólo passivo da demanda; improcedência da ação; condenação de forma apenas subsidiária; explicitação dos vícios encontrados na celebração do contrato com a COOPECE, à luz do art. 25 da Lei nº 8.987/95; informação dos motivos que levaram o Juízo a desconsiderar os documentos apresentados pela COOPECE; explicitação dos requisitos atendidos nas Leis 5.584/70 e 1.060; bem assim vários questionamentos atinentes a demonstrar a regularidade da cooperativa da qualidade do empregado de cooperado. A ausência de análise dessas matérias, com efeito, poderia ensejar a negativa de prestação jurisdicional. Cumpre lembrar, porém, que ao Julgador cabe a aplicação da norma ao caso concreto, examinando todas as alegações produzidas pelas partes. Entretanto, isso não significa que, durante a formação de seu convencimento, ao desvelar a fundamentação de sua decisão, o Julgador necessariamente deva percorrer todos os dispositivos legais que eventualmente possam ter reflexo sobre a relação litigiosa. Na verdade, o juízo de valor realizado pelo Magistrado irá eleger a mais apropriada norma para que se efetive a subsunção do fato à norma jurídica.

Nessa esteira, a análise dos autos demonstra que no julgado recorrido há extensa análise de ofensa ao sistema cooperativista, argumentando-se ferir diversos princípios cooperativistas, inclusive, artigos da Lei nº 5.764/71, como seus artigos 4º e 7º.

Não há omissão do julgado recorrido, ademais, no tocante aos fundamentos dos honorários advocatícios, sendo matéria impugnável em sede de recurso ordinário, não de embargos. A análise do art. 25 da multicitada Lei nº 8.987/95, a que se apegava a recorrente como panacéia capaz de impingir, *de per si*, a reforma da sentença de primeiro grau, embora não realizada, expressamente, na sentença recorrida, porém, quando da análise dos embargos da COOPECE, às fls. 436/437, procedeu o Juízo recorrido, expressamente, a análise da matéria aludida.

Mesmo que assim não fosse, tal análise tornar-se-ia despidianda diante do fato de que jaz sobejamente fundamentado o *decisum*, no sentido de que houve fraude ao sistema cooperativista e a configuração de vínculo empregatício do obreiro com a empresa tomadora. Dessarte, rejeita-se a preliminar de nulidade.

1.3 DO JULGAMENTO *EXTRA* E *ULTRA PETITA*:

Aduz a COELCE, inicialmente, que a sentença recorrida é *extra* e *ultra petita*, uma vez que condenou as reclamadas, solidariamente, ao pagamento das verbas trabalhistas vindicadas na reclamação, quando, na exordial, nem sequer havia constado pedido de reconhecimento de vínculo empregatício, mas apenas pleito de sua responsabilização subsidiária, determinando, outrossim, o Juízo recorrido, a anotação da CTPS do obreiro pela empresa tomadora. Mais uma vez, razão não lhe assiste.

Verifica-se, na esteira do que pontuou o *Parquet* trabalhista, às fls. 449/453, que a inicial, em diversos momentos, pontua

causa de pedir no tocante à existência de vínculo empregatício entre o obreiro e a COELCE, podendo-se citar, à guisa de exemplo, os excertos seguintes:

“A uma, razão primordial da presente fundamentação versa sobre o real vínculo empregatício existente na relação de emprego entre o reclamante e as empresas reclamadas...” (fl. 03, primeiro parágrafo).

“A função de Eletricista é inerente e, diretamente ligada a atividade-fim da COELCE. Não há o que se discutir. É notória a relação existente entre ambos” (fl. 06, parágrafo 4).

“Em síntese podemos dizer que, podemos considerar como Cooperativas ilegais aquelas que servem apenas para propiciar a relação de trabalho entre o empregado da terceirizada e a Tomadora, quando o trabalho é desenvolvido de forma pessoal, com habitualidade e com subordinação à Tomadora, o que resulta na nulidade da intermediação e no reconhecimento do vínculo empregatício diretamente com a empresa contratante...” (fl. 06, parágrafo 9).

“É assim que se evidencia o vínculo empregatício existente entre o reclamante e as reclamadas, devendo ser a Tomadora também enquadrada como responsável, em final condenação, uma vez que é límpido e transparente o vínculo empregatício, aqui demonstrado”. (fl. 7, parágrafo 5).

“O reclamante não teve a sua CTPS anotada, o que lhe causa prejuízo, uma vez que era empregado da reclamada, nos moldes do art. 3º da CLT. Requer, portanto, sejam as reclamadas condenadas a realizarem as anotações de admissão e baixa...”.

É certo que em determinado momento a petição inicial se refere a responsabilidade subsidiária, mas é fruto, por certo, de mero equívoco, pois a situação fática aferível do arrazoado é a de que, com efeito, a cooperativa é de fachada, existindo a relação

empregatícia com a empresa tomadora. Tanto assim o é que cita, expressamente, o item I, do Enunciado 331, do colendo TST, consubstanciador de que “a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços...”.

Bem andou a sentença de primeiro grau, por isso, ao condenar as reclamadas, solidariamente, ao pagamento dos haveres trabalhistas e rescisórios do empregado, bem assim ao determinar à COELCE a anotação da CTPS do obreiro.

O requerimento de condenação subsidiária da COELCE, contido no item V dos pedidos (fl. 12), é contraditório com a causa de pedir e com os pedidos anteriores, que requestam a condenação sem distinção de responsabilidade. Assim sendo, entender-se pela configuração de julgamento *extra petita* seria contrariar a vontade vazada na reclamação trabalhista, em rigorismo incompatível com o processo do trabalho. Rejeita-se, pois, a preliminar.

1.4 MÉRITO

No mérito, será o apelo apreciado em conjunto com o recurso ordinário da COOPECE, por serem consonantes as matérias versadas.

2 RECURSO ORDINÁRIO DA COOPECE:

2.1 ADMISSIBILIDADE

Atendidos os pressupostos de admissibilidade do recurso ordinário, merece conhecimento o apelo.

2.2 MÉRITO

2.2.1 DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO

No mérito, aduzem as reclamadas a inexistência de relação empregatícia, seja pela legalidade da terceirização de atividade-fim da COELCE, a teor do art. 25 da Lei nº 8.987/95, seja pela legalidade da cooperativa e da terceirização havida entre a COELCE e a COOPECE.

Porém, razão não lhes assiste.

Dita o citado § 1º, do art. 25, da Lei nº 8.987/95, que “Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados”. A autorização que a COELCE enxerga no dispositivo, contudo, não é, em absoluto, uma carta-branca para que possa fazê-lo de qualquer maneira, mormente quando utilizada para justificar o descumprimento da legislação protetiva do trabalhador.

Primeiramente porque, mesmo nas hipóteses em que a terceirização é permitida, há limites que não podem ser ultrapassados sem que recaia sobre ela a pecha da ilegalidade. Assim, por exemplo, mesmo que uma empresa terceirize somente sua atividade-meio, se constatada a pessoalidade e a subordinação, semelhante terceirização se afigura fraudulenta, uma vez que se estará terceirizando postos de trabalho.

No caso, além de se tratar, incontestavelmente, de atividades essenciais da reclamada (ligações de novos clientes, religações, cortes de unidades consumidoras, etc), foi constatada, também, a pessoalidade e a subordinação, não podendo se socorrer da Lei 8.987/95 como um salvo-conduto que lhe permita ignorar os procedimentos corretos a serem seguidos, bem como a jurisprudência dos Tribunais e a legislação tuitiva do obreiro. Nessa esteira, analisando-se o conjunto probatório constante dos autos, constata-se que a alegada relação cooperativista destinava-se à intermediação ilegal de mão-de-obra e que o obreiro prestava serviços à reclamada com pessoalidade, subordinação, onerosidade e não-eventualidade, caracterizando-se como verdadeira relação empregatícia. Nesse sentido, pontuou o obreiro, em seu depoimento pessoal (fl. 320), que foi cha-

mado para trabalhar na COOPECE como eletricista e motorista, realizando trabalho de corte, religações e novas ligações em unidades consumidoras e recebendo por produção; que fez cursos na COOPECE por ser uma exigência da COELCE; que a sede da COOPECE era dentro da própria COELCE; que a COELCE pagava à COOPECE e esta ao reclamante.

O depoimento pessoal da COOPECE, fl. 321, confirma, por sua vez, que o reclamante trabalhou como eletricista na região do Cariri, realizando ligações novas e serviços de urgência; que recebia por produção; que tais ligações têm origem em um contrato existente com a COELCE mediante o qual autoriza a empresa o repasse dos serviços aos cooperados; que o reclamante foi afastado da cooperativa em face de uma denúncia de desvio de cabo e material em serviço não autorizado pela COELCE; que o reclamante trabalhava com material fornecido pela COELCE; que em Juazeiro a COOPECE realiza serviços exclusivamente para a COELCE. A COELCE, por sua vez, pontuou em seu depoimento pessoal, fls. 321/322, que delegava à COOPECE serviços como ligações de novos clientes, religações, cortes de unidades consumidoras, adequações de ligações elétricas para clientes, leituras mensais de consumos de unidades, bem como a entrega da cobrança mensal; que os serviços eram executados com seu próprio material; que as ordens de serviço eram *on line*; que a COELCE fiscaliza os serviços no âmbito técnico e da segurança do trabalho, podendo inclusive intervir imediatamente de acordo com a gravidade da irregularidade detectada; que detectou irregularidade na execução do serviço e cessou o contrato; que cede local para os cooperados executarem serviços dentro de suas próprias instalações; que a troca

irregular de ramais foi o motivo para o encerramento do contrato da COELCE.

De semelhante quadro fático, é possível extrair que o reclamante foi admitido aos quadros da “cooperativa” para realizar serviços essenciais da COELCE, recebendo remuneração mediante produção, trabalhando com material por ela fornecido, com a existência de controle e subordinação dos serviços por parte da COELCE, conforme por ela admitido, disponibilizando espaço em suas dependências para que os “cooperados” realizassem trabalhos administrativos, bem como enviando ordens *on line* a serem executadas pelos “cooperados”. Também a COELCE fiscalizava os serviços prestados, podendo, em caso de irregularidade, intervir imediatamente. Prova disso é que o contrato avençado entre as reclamadas encerrou-se justamente por uma irregularidade detectada pela COELCE.

Havendo, pois, os requisitos da onerosidade, subordinação, habitualidade e pessoalidade, mister o reconhecimento do vínculo empregatício em face da própria COELCE. Não se configura, por outro lado, a presença dos requisitos do verdadeiro cooperativismo, vazados, em nosso ordenamento jurídico, pela Lei Federal nº 5.764/71, que disciplina a política nacional de cooperativismo, estabelecendo, em seus artigos 4º, inciso X, 6º e 7º, o seguinte:

“Art. 4º - As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas à falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características: (...)

X - prestação de assistência aos associados e, quando previsto nos estatutos, aos empregados da cooperativa”;

“Art. 6º - As sociedades cooperativas são consideradas:

I - singulares, as constituídas pelo número mínimo de 20 (vinte) pessoas físicas, sendo excepcionalmente permitida a admissão de pessoas jurídicas que tenham por objeto as mesmas ou correlatas atividades econômicas das pessoas físicas ou, ainda, aquelas sem fins lucrativos;

II - cooperativas centrais ou federações de cooperativas, as constituídas de, no mínimo, 3 (três) singulares, podendo, excepcionalmente, admitir associados individuais;

III - confederações de cooperativas, as constituídas, pelo menos, de 3 (três) federações de cooperativas ou cooperativas centrais, da mesma ou de diferentes modalidades”.

“Art. 7º - As cooperativas singulares se caracterizam PELA PRESTAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS AOS ASSOCIADOS”.

(grifamos)
Os dispositivos acima transcritos revelam pelo menos três elementos tipificadores do cooperativismo:

- a) prestação de serviços aos associados;
- b) constituição, via de regra, por pessoas físicas;
- c) identidade da atividade exercida pelos seus integrantes.

Segundo WALMOR FRANKE, mostra-se “essencial ao próprio conceito de cooperativa que as pessoas, que se associam, exerçam, simultaneamente, em relação a ela, o papel de ‘sócio’ e ‘usuário’ ou ‘cliente’. É o que, em direito cooperativo, se exprime pelo nome de ‘princípio de dupla qualidade’ ...” (In: Direito das Sociedades Cooperativas, Ed. Saraiva, 1973, pág. 14).

A situação a que se remete os autos não se afeiçoa, porém, à genuína concepção de cooperativismo, pois não se registra a prestação de serviços aos associados.

De outra face, evidencia-se que o agrupamento dos obreiros em torno da cooperativa não se efetivou em função da identidade de funções, propiciando instrumento útil ao

exercício da atividade comum, uma vez que o próprio Estatuto da cooperativa revela, em seu art. 2º (fl. 55) que congrega diversos profissionais tais como eletricitistas, leituristas, eletrotécnicos, engenheiros elétricos e agentes administrativos. Consigna, ainda, o referido Estatuto, ainda no art. 2º, que o objeto da COOPECE é a “venda indireta de seus serviços profissionais na área de eletrificação rural e urbana”, denotando o verdadeiro objetivo de intermediação ilegal de mão-de-obra. Conclui-se, assim, que a referida sociedade cooperativa não passa de mera agenciadora de mão-de-obra, desviando-se de suas finalidades sociais e dos superiores princípios que norteiam as legítimas manifestações do cooperativismo.

Todas essas constatações aprimoram, no caso, a tese da existência de vínculo empregatício havida entre as partes, não relevando, como dito alhures, o rótulo formal de cooperado que o reclamante ostentava quando da prestação de serviços ao recorrente, ante ao princípio da primazia da realidade. Como bem leciona Américo Plá Rodriguez “... em matéria de trabalho importa o que ocorre na prática, mais do que aquilo que as partes hajam pactuado de forma mais ou menos solene, ou expressa, ou aquilo que conste em documentos, formulários e instrumentos de controle”. (In: Princípios de Direito do Trabalho, editora Ltr, 1993, pág. 227). Não tem relevo, portanto, o argumento de que a pretensão autoral, de reconhecimento de vínculo, encontra óbice no art. 442, parágrafo único, da CLT, que reza inexistir vínculo empregatício entre a sociedade cooperativa e os associados, sob pena de mitigar a primazia da realidade dos fatos quando demonstrada a existência de trabalho subordinado e não autônomo.

Demais disso, interpretar o referido dispositivo como de aplicação a toda e qualquer

hipótese de sociedade cooperativa, mesmo quando se perpetra a fraude à legislação trabalhista, seria dar guarida à desonestidade por força de lei.

Pronunciando-se sobre a matéria ora debatida, Délio Maranhão assinala:

“Associado de cooperativa. A Lei nº 8.949, de 9.12.94, introduziu no art. 442 da CLT comando impeditivo do vínculo de emprego entre a cooperativa de qualquer ramo de atividade e seu associado. Até aí, mera repetição do art. 90 da Lei nº 5.764/71. Afinal o associado contribui com bens e serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem fins lucrativos. A novidade reside no afastamento do vínculo de emprego do associado com o tomador de serviços da cooperativa. O objetivo oculto dessa proposição parece ser de garantir a terceirização. Mas, para tanto, é indispensável que não acoberte uma simulação, tal como prevê o Enunciado 331 do TST, item III, *in fine*”. (In: instituições de Direito do Trabalho, editora LTr, 15ª edição, 1995, pág. 316).

2.2.2 DAS VERBAS RESCISÓRIAS E TRABALHISTAS DEFERIDAS NA CONDENAÇÃO.

No tocante às verbas rescisórias e trabalhistas deferidas na condenação, não há o que reformar.

O afastamento do obreiro, conforme reconhece a COOPECE em seu apelo, “por ocasião da rescisão do contrato de prestação de serviços de ligação e religação, e conseqüente diminuição de postos de trabalho” (fl. 447), o que reforça, de um lado, o caráter fraudulento da cooperativa, com mera intenção de intermediação de mão-de-obra, e confirma, de outro, que o afastamento do obreiro se deu sem justa causa, fazendo jus às verbas rescisórias assentadas na sentença recorrida.

O adicional de periculosidade, por sua vez, no caso do eletricitista, não carece de prova pericial, haja vista ser atividade reconhecida, por lei, como perigosa, estabelecendo a Lei nº 7.369/85, em seu art. 1º que “O empregado que exerce atividade no setor de energia elétrica, em condições de periculosidade, tem direito a uma remuneração adicional de trinta por cento sobre o salário que perceber”. Semelhante adicional, vale lembrar, é devido mesmo quando a exposição é intermitente, nos moldes do Enunciado nº 361 do colendo TST. De se manter a condenação, ainda, no tocante à devolução dos valores descontados para repasse à empresa DENTAL SEGUROS/DEPENDENTES, visto que semelhante repasse não era promovido pela “cooperativa”. Não prospera o argumento de que o obreiro não comprovou a inexistência dos repasses, visto que lhe seria impossível a prova de fato negativo. O ônus, no caso, de comprovar a transferência dos valores à empresa de assistência odontológica era da COOPECE. Não se desincumbindo de semelhante mister, entretentes, de se manter a sentença também neste particular.

2.2.3 DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA

Os benefícios da assistência judiciária gratuita foram corretamente deferidos, visto que a Lei nº 1.060/50, que dispõe acerca da Assistência Judiciária Gratuita, em seu art. 4º, assegura que “A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família”. (grifo nosso)

Analisando-se os autos, verifica-se que o reclamante atendeu o único requisito exigido pelo ordenamento jurídico para a concessão da justiça gratuita, na medida em que solicitou, na peça vestibular, os benefícios da justiça gratuita.

2.2.4 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS
Há de ser mantida a sentença recorrida, ainda, no tocante aos honorários advocatícios, porquanto não há vedação legal à condenação na verba honorária na Justiça Obreira. A Lei 5.584/70 não trata da matéria. O parágrafo 1º de seu artigo 14 prevê as hipóteses de ocorrência de assistência judiciária no âmbito trabalhista. Em seu artigo 16, há a previsão de que os honorários pagos pelo vencido reverterão em favor do Sindicato assistente, quando este funcionar como tal. Contudo, inexistente expressão legal no sentido de que apenas haverá condenação quando houver assistência sindical. Interpretar dessa forma significaria ampliar a letra da lei, quando a própria lei não o fez.

Demais disso, devida a verba honorária, ainda, em face dos princípios da sucumbência - previsto no art. 20 do CPC e da indispensabilidade da figura do advogado na subministração da Justiça, conforme cânon insculpido no art. 133, da *Lex Fundamentalis*.

2.2.5 DO VALOR DAS CUSTAS

Argüi a COOPECE, por fim, a reforma do julgado recorrido no tocante ao valor das custas, que, alega, devem ser fixadas com base no valor da condenação e não no valor conferido à causa na exordial.

Não lhe assiste razão, contudo, pois não sendo líquida a condenação, deve o Juiz arbitrar o valor para fins de custas, a teor do art. 789, IV, § 2º, da CLT, sendo lícita a fixação com base no valor atribuído à causa pelo obreiro, mormente quando não impugnado pelas reclamadas em sede de contestação e razões finais.

ANTE O EXPOSTO:

ACORDAM OS JUÍZES DO TRIBUNAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO, por unanimidade, conhecer dos recursos e, por maioria, lhes negar provimento. Vencidos os Juizes Revisor e Antonio Carlos Chaves Antero que julgavam improcedente a reclamação. Ausentes, temporariamente, os Juizes José Ronald Cavalcante Soares e Dulcina de Holanda Palhano. Convocados para completar o *quorum* os Juizes Sílvio de Albuquerque Mota e João Carlos de Oliveira Uchôa. Fortaleza, 05 de outubro de 2004.

ANTONIO MARQUES CAVALCANTE FILHO - Juiz Presidente do TRT

JOSÉ ANTÔNIO PARENTE DA SILVA
Juiz Relator

FRANCISCA HELENADUARTE CAMELO
Procuradora da PRT/7ª Região

PROCESSO: 01160/2004-008-07-00-0

FASE: RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE: JOÃO PEREIRA DA SILVA

RECORRIDO: MUNICÍPIO DE FORTALEZA

DATA DO JULGAMENTO: 11/10/2004

DATA DA PUBLICAÇÃO: 25/01/2005

JUIZ RELATOR: JOSÉ ANTÔNIO PARENTE DA SILVA

EMENTA

FUNDO DE GARANTIA. PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA.

Aplica-se a prescrição trintenária do direito de ação para reclamar contra o não recolhimento de contribuição para o FGTS, face à sólida jurisprudência do STF nesse sentido, reconhecendo a natureza social do FGTS, bem como a teor da Súmula 210, do STJ e enunciado nº 95, do

TST. Ademais, NÃO SE PODE ADMITIR QUE O TRABALHADOR, COMO TITULAR DO DIREITO, TENHA PRAZO PRESCRICIONAL MENOR DO QUE O ÓRGÃO, MERO GESTOR DO FUNDO (CAIXA ECONÔMICA FEDERAL).

RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de RECURSO ORDINÁRIO, em que são partes JOÃO PEREIRA DA SILVA e MUNICÍPIO DE FORTALEZA.

A MM. 8ª VARA DO TRABALHO DE FORTALEZA decidiu acolher a prejudicial de mérito, declarando prescrito o direito de ação do autor, para, de consequência, extinguir o feito com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, IV, da Lei Civil de Ritos. Concedidos ao reclamante os benefícios da gratuidade processual. Irresignado com a r. sentença de primeiro grau, o reclamante interpôs Recurso Ordinário, às fls. 28/30, alegando, em suma, que a passagem do regime celetista para o estatutário não acarreta a extinção contratual, permanecendo devidas as verbas decorrentes do período laborado sob o regime celetista. Ademais, alega o prazo prescricional trintenário, para fins de cobrança do FGTS, nos termos do art. 23, § 5º, da Lei 8.036/90. Ao final, requer o provimento do apelo, a fim de que seja reformada a sentença originária, para condenar o reclamado no pagamento do FGTS não recolhido ao longo da relação empregatícia. Preenchidos os pressupostos de admissibilidade: recurso ordinário interposto com observância do prazo legal, ciência da sentença em 12/07/2004 (fl. 26) e petição protocolada em 16/07/2004 (fl. 28); Advogado subscritor do apelo devidamente habilitado, conforme procuração de fl. 31. Instado a manifestar-se (fl.34), o reclamado apresentou contra-razões às fls. 36/44.

A douta PRT, por sua Procuradora, Dr.ª Hilda Leopoldina Pinheiro Barreto, às fls. 48/51, opinou pelo conhecimento e improvidamento do recurso apresentado, para reconhecer a

prescrição do direito de ação do reclamante. Vencida a prejudicial, que seja reformada a decisão para assegurar ao trabalhador a implementação dos depósitos fundiários. É O RELATÓRIO.

ISTO POSTO:

1 ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade do apelo, dele conheço.

2 MÉRITO

Insurge-se o reclamante/recorrente contra a sentença de primeiro grau que acolheu a prejudicial de mérito, declarando prescrito o direito de ação do autor e, em consequência, extinguiu o feito com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC. Aduz o Recorrente que o seu direito de ação não se encontra prescrito, invocando o prazo prescricional trintenário para a cobrança do FGTS. Ademais, alega que o reclamado não efetuou os depósitos desde 28/12/1987 até 20/09/90, quando do advento do RJU. Alega, ainda, que a passagem do regime celetista para o estatutário não acarretou a extinção do contrato entre as partes.

Por outro lado, o reclamado contra-argumenta, sustentando a tese da prescrição biennial para a cobrança do FGTS e, ainda, que já foram efetuados os depósitos do FGTS do reclamante, consoante provas nos autos. Aduz, ainda, a Municipalidade que a matéria encontra-se sumulada pelo C. TST, mediante o Enunciado nº 362, *in verbis*: “*É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho*”. Entende-se, contudo, de modo diverso do entendimento pacificado pelo TST.

Na realidade, o Enunciado 362, do TST, tenta compor os entendimentos talhados acerca da natureza jurídica do FGTS, admitindo, de um lado, seu cunho social, e por isso, veiculando o prazo trintenário para acionar o responsável pelo não-recolhimento, e de outro lado, reconhecendo sua natureza de verba trabalhista, estabelecendo, por consequência, o limite de dois anos após a ruptura do contrato para o ajuizamento da ação. Porém, não se encontra justificativa para a aplicação parcial do disposto no inciso XXIX, do art. 7º da CF/88.

Com efeito, quando a Lei 8.036/90 prevê em seu artigo 23, § 5º, que “o processo de fiscalização, de autuação e de imposição de multas rege-se pelo disposto no Título VII da CLT, respeitado o privilégio do FGTS à prescrição trintenária”, emprestou à verba fundiária proteção mais abrangente do que àquela conferida à verba trabalhista *strito sensu*. Ressalte-se que não se pretende negar, nesse momento, que o FGTS possui, em essência, peculiaridades de natureza trabalhista. Mesmo porque, em análise superficial, o depósito mensal da parcela fundiária consiste em obrigação que emerge da relação empregatícia. Contudo, não se pode esquecer que o FGTS foi criado para substituir a estabilidade decenal e a indenização devida pela rescisão do contrato de trabalho.

Por ser assim, dentre as inúmeras facetas que a doutrina identifica no FGTS, há um ponto de convergência que é incontestável, qual seja, a natureza social que lhe informa nesse tocante. Entrementes, a legislação celetista se pautava pelo regime estabilitário/indenizatório, o qual foi paulatinamente substituído pelo regime fundiário. Não há como negar, portanto, que seu objetivo dirige-se, de modo especial, ao trabalhador que vê extinto seu contrato de trabalho.

Nesse contexto, indisfarçável mostra-se a natureza social que marca o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, natureza esta que, mesmo após a Constituição Federal de 1988, tem balizado os entendimentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal.

Calha trazer a lume, entendimentos jurisprudenciais do STF nesse sentido, *in verbis*:

“FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO (FGTS). Ação de cobrança (execução). Prescrição da pretensão. Contribuição estritamente social, sem caráter tributário. Inaplicabilidade à espécie do art. 174 do CTN, que fixa em 5 anos o prazo para cobrança de crédito tributário. RE conhecido e provido para se afastar a declaração de prescrição” (STF, RE 114.434-1/SP, SYDNEY SANCHES). “Esta Corte, ao julgar, por seu Plenário, o RE 100.249, firmou o entendimento, em face da EC 1/69, de que as contribuições para o Fundo de Garantia por (sic!) Tempo de Serviço não se caracterizam como créditos tributários ou contribuições equiparáveis a tributos, razão por que não se lhes aplica a prescrição quinquenal prevista no CTN. RE conhecido e provido” (STF, RE 116.761-1, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 02.04.1993, p. 5.622).

“A natureza da contribuição devida ao FGTS foi definida pelo STF no RE 100.249 - RTJ 136/681. Nesse Julgamento foi ressaltado seu fim estritamente social de proteção ao trabalhador, aplicando-se-lhe, quanto à prescrição, o prazo trintenário resultante do art. 144 da LOPS” (STF, RE 117.986-4/SP, Min. Ilmar Galvão, Ac. 1ª Turma).

No mesmo diapasão, pacificou o STJ através da Súmula 210, *in verbis*: **“A ação de cobrança das contribuições para o FGTS prescreve em 30 anos”**, bem como o próprio TST, através do Enunciado 95.

Assim, estabelecer o prazo bienal após a extinção do contrato de trabalho para a reclamação de verba fundiária, significa negar a própria finalidade do FGTS, que consiste, exatamente, em propiciar ao trabalhador desempregado uma garantia financeira mínima. Há de se ponderar, então, que deve-se emprestar, quanto ao prazo prescricional da ação para reclamar FGTS não depositado, mesmo após a extinção do contrato de trabalho, interpretação finalística, guiada pelo princípio da norma mais favorável ao trabalhador, reconhecendo-se o prazo de trinta anos para o ajuizamento da ação de cobrança das parcelas fundiárias não depositadas pelo ex-empregador.

Mesmo porque, não se pode admitir que o trabalhador como titular do direito, a quem a lei buscar abrigar socialmente, tenha prazo prescricional menor do que o órgão gestor do Fundo.

JOSÉ ROBERTO DANTAS OLIVA ressalta, com propriedade, que: “Assim, não parece razoável entender-se que, passados dois anos da extinção do contrato de trabalho (ou 5 do não-recolhimento, caso se entendesse que o crédito teria natureza tributária), estaria prescrito o direito do trabalhador postular o FGTS. Isto equivaleria a subtrair deste, legítimo titular do direito material, oportunidade que é assegurada à CEF, simples Agente Operador do Fundo (pois esta não ficaria adstrita à prescrição de

natureza trabalhista, em razão do entendimento pacificado no STJ)”. (*In*: Prescrição do FGTS é Única: Trintenária, Revista Síntese Trabalhista nº 146, Ago/2001, p. 09)

Aplica-se, por outro lado, no tocante à extinção do contrato do trabalho pelo advento do regime jurídico de cunho administrativo, o entendimento pacificado no TST por intermédio da Orientação Jurisprudencial nº 128 - SDI-I, *in litteris*: “A transferência do regime jurídico de celetista para estatutário implica extinção do contrato de trabalho, fluindo o prazo da prescrição bienal a partir da mudança de regime”.

Assim, como a extinção do contrato deu-se em 20.09.1990, não se reconhece prescrito o direito de ação do autor.

ANTE O EXPOSTO:

ACORDAM OS JUÍZES DO TRIBUNAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO, por unanimidade, conhecer do recurso ordinário do reclamante, para, no mérito, dar-lhe parcial provimento, no sentido de afastar a prescrição do direito de ação e determinar o retorno dos autos à Vara de Origem, a fim de que seja apreciado o mérito da demanda. Fortaleza, 11 de outubro de 2004.

ANTONIO MARQUES CAVALCANTE FILHO - Juiz Presidente do TRT

JOSÉ ANTÔNIO PARENTE DA SILVA
Juiz Relator

HILDA LEOPOLDINA P. BARRETO
Procuradora da PRT/7ª Região

JUIZ RELATOR: JUDICAEL SUDÁRIO DE PINHO

PROCESSO: 01624/2002-004-07-00-1

FASE: RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE: UNIÃO FEDERAL

RECORRIDO: SINDICATO DOS TRAB. SERV. PUBL. FEDERAL NO ESTADO DO CE

DATA DO JULGAMENTO: 10/12/2003

DATA DA PUBLICAÇÃO: 02/02/2004

JUIZ RELATOR: JUDICAEL SUDÁRIO DE PINHO

EMENTA

PROCESSO DO TRABALHO. AÇÃO REVISIONAL.

NÃO CABE, NA AÇÃO REVISIONAL DE QUE TRATA O ART. 471, DO VIGENTE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO, REEXAME DAS QUESTÕES DE FATO E DE DIREITO JÁ DECIDIDAS, A NÃO SER QUE SOBREVENHA MODIFICAÇÃO NAS MESMAS. A MERA MUDANÇA DE POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA, QUE PASSOU A INTERPRETAR DIFERENTEMENTE TAIS SITUAÇÕES PRETÉRITAS, SEM QUE TENHA HAVIDO QUALQUER ALTERAÇÃO DOS FATOS OU DO DIREITO, NÃO TEM O CONDÃO DE LEVAR À REVISÃO DA COISA JULGADA, AINDA QUE ENUNCIADOS E SÚMULAS TENHAM SIDO REVISADOS E EDITADOS.

RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO, MAS IMPROVIDO.

AÇÃO CAUTELAR INCIDENTAL.

DE SEREM JULGADOS IMPROCEDENTES OS PEDIDOS FORMULADOS EM AÇÃO CAUTELAR INCIDENTAL QUANDO PATENTEADA A INEXISTÊNCIA DE *fumus boni juris* EM FAVOR DO AUTOR.

AÇÃO CAUTELAR INCIDENTAL JULGADA IMPROCEDENTE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de RECURSO ORDINÁRIO, em que são partes UNIÃO FEDERAL e SINDICATO DOS TRAB. SERV. PUBL. FEDERAL NO ESTADO DO CE.

A MM. 4ª Vara do Trabalho de Fortaleza julgou improcedente a Ação Revisional, proposta pela União Federal, contra o Sindicato dos Trabalhadores do Serviço Público Federal no Estado do Ceará (fls. 85/87).

Irresignada com a r. Sentença, dela a União interpôs Recurso Ordinário, às fls. 92/102, transcrevendo, em favor de sua tese, Doutrina e Jurisprudência de nossos Tribunais, inclusive do C. TST, alegando, em suma, que os empregos, em dezembro de 1990, quando da transposição de regime, foram

transformados em cargos públicos, cessando, pois, a relação jurídica contratual, transformada em institucional, logo não se pode admitir a elasticidade do alcance de implantação do percentual após o advento do Regime Jurídico Único. Postula, enfim, com o provimento do presente apelo, seja julgada a total procedência da Ação Revisional, para o fim de que se faça cessar a incorporação do percentual de 84,32%, do Plano Collor, nos vencimentos dos substituídos. Às fls. 108/119, o Recorrido manifestou suas contra-razões, aduzindo, em síntese, que a decisão de mérito, no caso em epígrafe, já transitou em julgado, bem como alega que não houve modificação do estado de fato ou de direito que justificassem revi-

são da referida decisão, devendo, portanto, prevalecer a segurança advinda da coisa julgada. Afirma, ainda, que o pedido da Recorrente é totalmente desprovido de amparo legal e afronta literalmente o disposto no art. 5º, XXXV, da CF/88. Pugna, enfim, seja mantida a r. Sentença de primeiro grau, com a condenação da recorrente no pagamento das despesas processuais, assim como dos honorários de sucumbência. Em r. Parecer da lavra do Dr. José Antônio Parente da Silva, às fls. 123/124, o Ministério Público do Trabalho opinou pelo conhecimento e improvemento do Recurso.

É O RELATÓRIO.

ISTO POSTO:

1 ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos de admissibilidade do Recurso Ordinário, interposto pela UNIÃO FEDERAL. DELE CONHEÇO, pois.

2 MÉRITO

Insurge-se a recorrente contra a sentença de primeiro grau, prolatada pela MM. 4ª Vara do Trabalho de Fortaleza, alegando, em síntese, o seguinte: os empregos dos substituídos, em dezembro de 1990, quando da transposição de regime, foram transformados em cargos públicos, cessando, pois, a relação jurídica contratual, transformada em institucional, não sendo possível admitir a elasticidade do alcance de implantação do percentual após o advento do regime jurídico único. Postula, em final, o provimento de seu recurso ordinário para que sejam julgados procedentes os pedidos formulados na Ação Revisional, para o fim de que se faça cessar a incorporação do percentual de 84,32%, referente ao Plano Collor, nos vencimentos dos substituídos. Em contra-razões, o Sindicato dos Trabalhadores do Serviço Público no Estado do Ceará, às fls. 108/119, afirma que a decisão de mérito, no processo que deu origem à

Ação Revisional, já transitou em julgado; afirma igualmente que não houve modificação do estado de fato ou de direito que justificasse a revisão da referida sentença, devendo, portanto, prevalecer a segurança advinda da coisa julgada; diz que o pedido da recorrente é totalmente desprovido de amparo legal e afronta literalmente o disposto no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988. Pede, em final, a manutenção da sentença de primeiro grau, com a condenação da recorrente no pagamento das despesas processuais, assim como nos honorários de sucumbência.

Tenho para mim que mantida deve ser a sentença de primeiro grau, que tão bem resolveu a questão posta nos autos. Seja demonstrado. A ação revisional intentada pela União Federal objetiva, como se observa do que dos autos consta, a revisão de uma sentença judicial, cuja cópia foi anexada à inicial, proferida em processo de conhecimento, modificação pela qual se pretende a exclusão do direito à incorporação de determinados índices de reajustes salariais, concedidos aos substituídos pelo Sindicato requerido. Tal decisão, mantida pelo egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, já transitou em julgado, como é incontroverso entre as partes. Cumpre verificar, dessa forma, se, em face da ocorrência do trânsito em julgado da sentença, que decidiu o processo cognitivo, seria ainda juridicamente possível discutir-se a modificação da mesma, por intermédio de ação distinta. Para tanto, importa verificar, em primeiro lugar, o que é “coisa julgada”. A coisa julgada tem definição legal, no ordenamento jurídico brasileiro, inclu-sive no art. 6º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, que assim estatui: “§ 3º. Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”. (Redação dada ao artigo pela Lei nº 3.238, de 01.08.1957).

A lei é clara, sendo conveniente, no entanto, cuidar-se de alguns aspectos doutrinários, para melhor entendimento da matéria, buscando-se, para tanto, a melhor doutrina, aqui representada por José Frederico Marques, *In: Manual de Direito Processual Civil*, Edição Saraiva, 1982, que, tratando da coisa julgada afirma: “A coisa julgada é a qualidade dos efeitos do julgamento final de um litígio; isto é, a imutabilidade que adquire a prestação jurisdicional do Estado, quando entregue definitivamente”.

No mesmo sentido é o posicionamento de Humberto Theodoro Júnior, em artigo publicado na Revista Digesto de Processo, da Editora Forense, em seu volume 2, página 111: “Apresenta-se a *res iudicata*, assim, como uma qualidade da sentença, assumida em determinado momento processual. Não é efeito da sentença, mas a qualidade dela, representada pela imutabilidade do julgado e de seus efeitos”. É a coisa julgada um atributo de que se reveste a decisão judicial e, por decorrência lógica, os seus efeitos, em um determinado momento do processo, momento após o qual, não mais podem os mesmos sofrer modificações. Tal qualidade é reconhecida pela própria lei, que, expressamente, atribui à *res iudicata* força e autoridade de lei, no sentido de regular, em definitivo, a situação litigiosa entre as partes. É o que dispõe o Código de Processo Civil, em seu art. 468: A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

Doutrinariamente, a força de lei da coisa julgada é uníssona. Em seu artigo, Humberto Theodoro Júnior, citando Moacyr Amaral Santos, assevera que, enquanto sujeita a recurso a sentença é apenas “uma situação jurídica” e faz constar que: “somente pelo esgotamento dos prazos de recursos, excluída a possibilidade de nova formulação, é que a sentença, de simples ato do magistrado,

passará a ser reconhecida pela ordem jurídica como a emanção da vontade da lei.” José Frederico Marques, na sua obra já mencionada, assevera: “Encerrada a relação processual e tornado inatacável e irrevogável o julgamento, os efeitos que dele resultam também se fazem imutáveis, para que o imperativo jurídico contido no *iudicium* emanado de tribunal ou juiz, tenha força de lei entre as partes”.

Tal é a imutabilidade da coisa julgada que nem mesmo a lei posterior poderá atingi-la, segundo preceito contido na Lei de Introdução ao Código Civil - já acima transcrito -, sendo a matéria guindada, inclusive à categoria de norma constitucional, conforme se vê do art. 5º, inciso XXXVI, da CF/88: a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

A justificativa da doutrina para o reconhecimento da imutabilidade dos efeitos da sentença com o trânsito em julgado da mesma é, basicamente, uma só, a segurança dos negócios jurídicos.

Para Frederico Marques, a imutabilidade “é exigência da ordem pública e do bem comum, a fim de que a tutela jurisdicional entregue se torne estável, segura e de absoluta indeclinabilidade”. Para LIEBMAN, citado por Humberto Theodoro Júnior, as qualidades que cercam os efeitos da sentença, configurando a coisa julgada, revelam a inegável necessidade social, reconhecida pelo Estado, de evitar a perpetuação dos litígios, em prol da segurança que os negócios jurídicos reclamam da ordem jurídica. Releva destacar outrossim, que a coisa julgada, segundo Theodoro Júnior, constitui um fenômeno que tem dois graus, a coisa julgada formal e a coisa julgada material, sendo que a coisa julgada material é expressamente definida pelo Código de Processo Civil assim: Denomina-se coisa julgada

material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário. (art. 467). A coisa julgada formal é a que decorre da imutabilidade dos efeitos da sentença, dentro do processo, ou a “preclusão máxima”, como já disse CHIOVENDA, citado por Frederico Marques, impedindo novo pronunciamento sobre a situação litigiosa, naquele processo. É base para a coisa julgada material, que importa na imutabilidade dos efeitos da sentença, por qualquer juízo ou tribunal, ainda que em outros processos. Na hipótese destes autos, como já visto, a sentença atacada e seus efeitos já se revestiram da qualidade de coisa julgada e, portanto, apresenta-se como imutável.

A coisa julgada, no entanto, não é absoluta, porquanto pode ainda ser atacada por ação rescisória, mas, decorrido o prazo decadencial de interposição da ação rescisória, ou julgada esta improcedente, ocorre o que Frederico Marques e Humberto Theodoro Júnior chamam de “coisa soberanamente julgada”. Na hipótese dos autos, a decisão já constitui “coisa soberanamente julgada” e é tal decisão e seus efeitos que a União Federal pretende modificar, através de Ação Revisional. A Ação Revisional é, efetivamente, prevista no Código de Processo Civil, que, em seu art. 471, preceitua: Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II - nos demais casos prescritos em lei.

A decisão passível de sofrer tais modificações, como o próprio texto legal indica, é aquela que aprecia litígios que envolvam situações instáveis, decorrentes das relações jurídicas continuativas, ou de trato sucessivo, que, por isso mesmo, podem

sofrer alterações, no estado de fato e de direito, estando reguladas pela cláusula *rebus sic stantibus: Contractus qui habent tractu sucessivum et de-pendentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*.

Insuperável, nesse particular, a lição de Humberto Theodoro Júnior, que, com maestria, esclarece a questão, na obra já anteriormente citada: “A sentença, baseando-se numa situação atual, tem sua eficácia projetada sobre o futuro. Como os fatos que motivaram o comando duradouro da sentença se podem alterar ou mesmo desaparecer, é claro que a eficácia do julgado não deverá perdurável e intangível. Desaparecida a situação jurídica abrangida pela sentença, a própria sentença tem que desaparecer também. Não se trata, como se vê, de alterar a sentença anterior, mas de obter uma nova sentença, para uma situação também nova. A modificação do decisório será objeto de outra ação - a ação revisional - cuja sentença, se for de procedência, terá natureza constitutiva, pois alterará a relação jurídica entre as partes”.

É o exemplo clássico da ação de alimentos, que, considerando vários fatores existentes, *hic et nunc*, na fixação dos alimentos, fatores esses que, com o decorrer do trato, podem vir a ser - e geralmente são - alterados, exigindo novo pronunciamento judicial, para fixação dos alimentos adequados à nova situação. Também é exemplo a revisão de aluguel, além de outras.

No Processo do Trabalho, a revisão do julgado é expressamente admitida no que pertine às normas coletivas, como se observa do conteúdo do art. 875, da CLT, que assim dispõe: Decorrido mais de um ano de sua vigência, caberá revisão das decisões que fixarem condições de trabalho, quando se tiverem modificado as circunstâncias que as ditaram, de modo que tais condições se hajam tornado injustas ou inaplicáveis.

As normas coletivas têm, no entanto, caráter singular e incorporam, às relações de uma determinada categoria, regras de caráter genérico e abstrato, com vigência pré-determinada, embora seja inegável a eficácia da coisa julgada, no período de vigência definido. Quanto aos dissídios individuais, não há nenhuma previsão no diploma consolidado, mas tal, por si só, não impede o ajuizamento de Ação Revisional, porquanto o Código de Processo Civil, não raro, é usado como fonte subsidiária do processo do trabalho. Em algumas situações, o contrato individual de trabalho, que, por sua própria natureza, é um contrato de trato sucessivo, comporta, em tese, a possibilidade de revisão. É o caso, por exemplo, de decisão que determina que o empregador pague ao empregado, exercente de uma determinada função, adicionais de insalubridade ou periculosidade, inclusive vincendos, decisão que poderá ser revista, ante a eliminação dos riscos à saúde ou integridade física. A jurisprudência também a admite: “AÇÃO REVISIONAL - CONDENAÇÃO EM ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - COMPETÊNCIA DO JUÍZO PROLATOR DO JULGADO REVISIONANDO - Não obstante a ausência de regulamentação da matéria no âmbito do Direito Processual Trabalhista, emergem neste ramo, com mais veemência, os princípios da economia e da celeridade processual. Conseqüentemente, nas lides trabalhistas há mais justificativa para a adoção do entendimento doutrinário prevalente no Direito Processual Comum, no que se refere às relações jurídicas continuativas, que se posiciona pela competência do Juízo prolator do *decisum* revisionando para processar e julgar a ação revisional”. (TRT 10ª Região - CC 393/98 - Tribunal Pleno - Rel. Juiz Marcos Roberto Pereira - DJU 20.11.1998 - p. 6).

Assim, no meu sentir, nada obsta a interposição de Ação Revisional de sentença proferida em processo trabalhista, em que, havendo relação de trato sucessivo ainda em vigor, haja modificações no estado de fato e/ou de direito que a justifiquem. Qualquer que seja o processo, trabalhista ou cível, a sentença revisional tem sempre natureza constitutiva, segundo a doutrina dominante. E é por ser sentença constitutiva que sua eficácia é *ex nunc*, não havendo que se falar em efeito retroativo, como pretende a autora, nem de prescrição, como postulam os réus. Assim é a jurisprudência: “ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - RELAÇÃO JURÍDICA CONTINUATIVA - AÇÃO REVISIONAL - EFEITOS - A ação de modificação, ou revisional, tem sempre lugar naqueles casos em que já existe uma condenação perfeitamente válida a prestações periódicas, futuras e circunstanciais, vale dizer, sujeita a determinadas variáveis existentes à época do comando sentencial condenatório e que não mais perduram à época do ajuizamento da Ação Revisional. Não mais existente a condição que deu lugar à condenação, deve ela ser revista ante os termos da cláusula implícita *rebus sic stantibus*. A sentença que julga procedente a ação revisional da condenação em adicional de periculosidade é de natureza constitutiva, vez que modifica a relação jurídica vigente entre as partes. Sendo constitutiva, a sentença opera seus efeitos de forma não retroativa, ou seja, *ex nunc*, vez que sua eficácia é criando, extinguindo, ou modificando uma relação jurídica (Iris de Almeida). Assim, como ‘nenhum efeito retroativo tem o segundo julgado (leia-se sentença revisional); a eficácia é *ex nunc*, de modo que a construção com a noção de retroatividade destoaria de toda a metodologia da interpretação das leis e de todas as regras de investigação científica construtiva.

(...) A eficácia da ação de modificação somente começa *ex nunc*, isto é, desde que se propõe. (...) A parte que sofreu a eficácia além do previsto como justo não pode pedir indenização, saldo a partir da propositura da ação de modificação, cuja sentença tem efeito desde esse momento' (Pontes de Miranda). Recurso conhecido e desprovido'. (TRT 10ª Região - RO 0037/99 - 2ª Turma - Rel. Juiz Ricardo Alencar Machado - DJU 16.04.1999). A sentença que a União pretende rever, em sua parte dispositiva, a condenou, entre outras coisas, a fazer incidir o reajuste de 84,32% referente ao IPC de março de 1990 com as conseqüentes repercussões nos reajustes dos meses posteriores, cumulativamente, inclusive 13^{os} salários, férias e FGTS (fl. 37). Os reajustes em referência foram concedidos, ante o reconhecimento de que o mesmo já constituía direito adquirido dos substituídos pelo Sindicato reclamado. Há, assim, clara evidência de que foi concedido índice de reajuste salarial, com base em reconhecimento de direito adquirido, o qual incorpora-se aos salários, revestindo-se da mesma natureza e, portando, passando a constituir o próprio salário em si. É inegável que o contrato de trabalho é pacto de trato sucessivo, que pode, em tese, sofrer algumas alterações no estado de fato e de direitos, como no caso já mencionado anteriormente de eliminação dos riscos à saúde e integridade física, ou, ainda, reversão do exercente de cargo de confiança ao cargo original, supressão de jornada extraordinária e muitas outras. Acontece, entretanto, que o contrato de trabalho é um pacto *sui generis*, com regramento próprio que, editado para compensar as desigualdades entre o capital e o trabalho, impede certas alterações que possam prejudicar o empregado, por intermédio da norma geral estatuída no art. 468, consolidado, assim: Nos contratos individuais de

trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

A principal proteção é ao salário em si, erigida, inclusive, à dignidade de norma constitucional, impedindo o art. 7º, inciso VI, da Constituição Federal de 1988, qualquer redução salarial, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo.

Assim, ainda que ocorram modificações no estado de fato ou de direito, não há como se rever sentença com finalidade de reduzir os salários. Ressalte-se, por oportuno, não caber, na Ação Revisional, reexame das questões de fato e de direito já decididas, a não ser que sobrevenha modificação nas mesmas. A mera mudança de posicionamento da jurisprudência, que passou a interpretar diferentemente tais situações pretéritas, sem que tenha havido qualquer alteração dos fatos ou do direito, não tem o condão de levar à revisão da coisa julgada, ainda que Enunciados e Súmulas tenham sido revisados e editados. Admitir a possibilidade de revisão em razão de mudança de posicionamento da jurisprudência, implicaria na aceitação de que, com o retorno dos Tribunais ao entendimento anterior, nova Ação Revisional poderia ser interposta, tornaria inútil a coisa julgada, e transformaria a tutela jurisdicional entregue em algo instável, inseguro e de absoluta declinabilidade, tornando os litígios perpétuos, em atentado completo à segurança da ordem jurídica. Sem consistência jurídica, pois, a pretensão de excluir reajuste salarial em virtude de mera mudança de posicionamento da jurisprudência dos Tribunais. Destaco, ainda, embora não cogite de rever a sentença com base em tal assertiva, porque também representaria reexame da

matéria em face de nova interpretação dada ao caso, que o Juiz do Trabalho signatário sempre considerou os reajustes, como os da presente espécie, como antecipações, a serem compensadas na data-base, estando, geralmente aí, o limite das diferenças, quando se comprova que, na data-base, foi concedido reajuste que envolve toda a variação do IPC, do período imediatamente anterior à data-base. O destaque é feito, no entanto, para ressaltar a contradição da recorrente, a União Federal, que sempre vem defendendo a inexistência de data-base para os servidores, já havendo, até, decisões do Supremo Tribunal Federal no sentido de que as leis que a estabelecem não são auto-aplicáveis, “no sentido de que obriguem o Chefe do Poder Executivo Federal a expedir proposta legislativa de revisão de vencimentos, face ao princípio constitucional que lhe reserva a privatividade da iniciativa (CF, art. 61, § 1º, II, “a”). Depende a iniciativa da vontade política do Presidente da República e das conveniências subjetivas de sua avaliação. 6. Inexistindo dispositivo constitucional que determine que a data-base se transforme em instrumento normativo auto-aplicável, obrigando o Presidente da República a fazer o reajuste nos moldes previstos na lei, é de se indeferir a ordem. (STF - MS 22.451 - DF - TP - Relator Ministro Mauricio Corrêa - DJU 15.08.1997)”. Pretende, agora, a União que este juízo, em Ação Revisional, reconheça a data-base como limite das diferenças, sem sequer alegar que concedeu o reajuste. Inaceitável a posição da recorrente. Também a situação de divergência de salários entre os servidores decorre dos próprios efeitos da coisa julgada, que faz lei entre as partes e não pode prejudicar, tampouco beneficiar a terceiros, nos exatos termos do art. 472, do Código de Processo Civil.

Por fim, no que se refere à competência da Justiça do Trabalho, é indubitoso que a mudança de regime jurídico não foi considerada na sentença, posto que somente ocorreu após a prolação do julgado. É certo, no entanto, que o ato que negou o reajuste salarial, causando lesão aos ora reclamados, ocorreu em período no qual vigorava o regime “celetista”, antes, portanto, da instituição do regime jurídico estatutário, e sempre restou indubitosa a competência da Justiça do Trabalho, seja para julgar o feito, seja para executar a decisão nele proferida, conforme, aliás, dispõe o art. 114, da Constituição Federal de 1988. Houve, com a edição da lei que instituiu o Regime Jurídico Único Federal, conversão do regime “celetista” em estatutário, importando em transformação da natureza jurídica da relação que unia as partes. Pode, pois, este juízo, sem qualquer temor, considerar que houve modificação no estado de fato e de direito, com a mudança da natureza jurídica da relação de emprego em estatutária, de tal significância que, a partir da instituição do Regime Jurídico Único Federal, não há mais percepção de salários, e sim de vencimentos, com todos os reflexos e considerações típicas do estatuto próprio. Entendo, porém, não caber, em Ação Revisional, limitar a sentença que se pretende rever, em face da alteração posterior da competência do juízo, tendo em vista que as modificações de que trata o art. 471, inciso I, do CPC, dizem respeito à relação substantiva entre os litigantes, e não a modificações de natureza processual, como é o caso da competência. Quanto à relação entre as partes, mesmo que se reconheça ter havido mudança no estado de fato e de direito, pela alteração da natureza jurídica da relação, não se pode, simplesmente, deferir-se a revisão para exclusão do reajuste concedido.

Com efeito, a lesão, como já mencionado, ocorreu em março de 1990 e a sentença é expressa em condenar a reclamada a fazer incidir o reajuste de 84,32%, referente ao IPC de março de 1990. Desse modo, o reajuste salarial foi reconhecido como devido desde a época em que os substituídos pelo Sindicato recorrido eram “celetistas”, passando a integrar os seus contratos de trabalho, com natureza salarial, desde então, como já afirmado anteriormente. É importante ressaltar que, como o reajuste já integrava os salários dos reclamantes, a mudança de regime os apanhou com o direito assegurado a tais reajustes, que passariam, automaticamente, a integrar os vencimentos. É imprescindível ressaltar que os vencimentos dos servidores públicos são também irredutíveis, conforme expressamente previsto no artigo 37, XV, da Constituição Federal, assim: o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos artigos 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, inciso I (redação dada ao inciso pela Emenda Constitucional nº 19/98).

Assim, mesmo que tenha havido modificações substanciais na natureza jurídica da relação que une os litigantes, tal mudança não autoriza a exclusão de um benefício salarial, concedido e incorporado ao salário, embora que ainda não efetivado por pura demora da reclamada em cumprir a sentença. A revisão nos moldes pretendidos implicaria em retroatividade da ação de revisão, para exclusão de benefícios já definitivamente concedidos, ou limitação dos mesmos a um período anterior à data da sentença constitutiva, o que é impossível em matéria salarial e vencimental.

Impõe-se, pois, o indeferimento da modificação da sentença, para a exclusão dos

reajustes, bem como para limitação do mesmo à data de instituição do Regime Jurídico Único Federal.

Incabível a condenação da União Federal em custas processuais, a teor do disposto no art. 790-A, inciso I, consolidado, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 10.537, de 27 de agosto de 2002.

Honorários advocatícios à base de 15% sobre o valor da condenação, apoiados nas interpretações mais evoluídas sobre o tema. A presença do advogado nas lides trabalhistas deve ser incentivada, sendo mesmo sua presença indispensável, como determina o art. 133, da Constituição Federal de 1988. O princípio da sucumbência (CPC, art. 20) deve ser trazido, em sua inteireza, para o processo trabalhista, até como meio de proteção dos interesses do empregado hipossuficiente. A posição adotada pelo signatário, quanto ao deferimento de honorários advocatícios, é perfeitamente corroborada pelo entendimento do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, nos arestos cujas ementas vão a seguir transcritas: “Honorários Advocatícios. Cabimento. A jurisprudência deste Tribunal, com arrimo no art. 20, do CPC, e 133, da Constituição Federal, já sedimentou entendimento no sentido de que os honorários advocatícios, arbitrados em 15%, são sempre devidos pela parte sucumbente, nos casos em que funcione advogado”. (Proc. TRT nº 826/96 - Ac. TRT nº 1.651/96 - Relator Juiz Tarcísio Melo Amora - DJ/CE de 17/06/1996 - Unânime) / “Honorários Advocatícios. Os honorários advocatícios são cabíveis no processo trabalhista, uma vez que o advogado é meio essencial à ampla defesa, sendo sempre devidos pela parte sucumbente, em todos os casos em que funcione advogado”. (Proc. TRT nº 1.366/96 - Ac. TRT nº 160/96 - Relator Juiz Tarcísio Melo Amora - DJ/CE de 29/04/1996 - Unânime)”.

Nenhum reparo há de ser feito na r. sentença recorrida.

À míngua de existência de *fumus boni juris*, conforme demonstrado anteriormente, julgo IMPROCEDENTES os pedidos formulados na Ação Cautelar Inominada ajuizada pela União Federal contra o Sindicato dos Servidores do Serviço Público Federal no Estado do Ceará. CONHEÇO do RECURSO ORDINÁRIO interposto, mas lhe NEGO PROVIMENTO, para manter, em sua inteireza, a r. sentença recorrida. Em conseqüência, julgo IMPROCEDENTES os pedidos formulados na Ação Cautelar Inominada ajuizada pela União Federal contra o Sindicato dos Servidores do Serviço Público Federal no Estado do Ceará.

ANTE O EXPOSTO:

ACORDAM OS JUÍZES DO TRIBUNAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO, por unanimidade, conhecer do recurso mas lhe negar provimento, para manter, em sua inteireza, a r. sentença recorrida. Em conseqüência, julgar improcedentes os pedidos formulados na Ação Cautelar Inominada ajuizada pela União Federal contra o Sindicato dos Servidores do Serviço Público Federal no Estado do Ceará. Fortaleza, 10 de dezembro de 2003.

ANTONIO CARLOS CHAVES ANTERO
Juiz do TRT, no Exercício da Presidência
JUDICIAEL SUDÁRIO DE PINHO

Juiz Relator

FERNANDA MARIA UCHÔA ALBUQUERQUE - Procuradora da PRT/7ª Região

PROCESSO: 00362/2003-026-07-00-6

FASE: RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE: MUNICÍPIO DE ACOPIARA

RECORRIDO: JANUÁRIO PEREIRA NETO

DATA DO JULGAMENTO: 07/01/2004

DATA DA PUBLICAÇÃO: 04/02/2004

JUIZ RELATOR: JUDICIAEL SUDÁRIO DE PINHO

EMENTA

MUNICÍPIO. FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO. FGTS. TERMO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA E COMPROMISSO DE PAGAMENTO, COM VINCULAÇÃO DE RECEITA. DIREITO DO TRABALHADOR AO PAGAMENTO INTEGRAL E IMEDIATO DO FGTS QUANDO DA EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO.

EXTINTO O CONTRATO DE TRABALHO, O TRABALHADOR QUE NÃO DEU CAUSA AO ROMPIMENTO DA RELAÇÃO DE EMPREGO TEM DIREITO AO SAQUE DO FGTS. EM CASO DE NÃO RECOLHIMENTO DAS PARCELAS FUNDIÁRIAS OU DE RECOLHIMENTO PARCELADO, O OBREIRO FAZ JUS AO PAGAMENTO DO VALOR INTEGRAL, POIS O ACORDO DE PARCELAMENTO FIRMADO PELO EMPREGADOR E O AGENTE OPERADOR DO FGTS NÃO ATINGE A ESFERA JURÍDICA DE PROTEÇÃO DO TRABALHADOR.

RECURSO ORDINÁRIO conhecido e improvido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de RECURSO ORDINÁRIO, em que são partes MUNICÍPIO DE ACOPIARA e JANUÁRIO PEREIRA NETO.

A MM. Vara do Trabalho de Iguatu julgou procedente a Reclamação Trabalhista, condenando o Município de Acopiara no recolhimento dos créditos devidos a título

de FGTS, em conta individualizada do Autor, no tocante ao período postulado na exordial; assim como na liberação dos valores depositados a título de FGTS, inclusive os que já se encontram recolhidos; afora custas processuais (fls. 61/65).

Irresignado com a r. Sentença de primeiro grau, dela o Reclamado manifestou Recurso Ordinário (fls. 70/73), aduzindo, em suma, que o Agente Operador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, qual seja, a Caixa Econômica Federal, deveria integrar o pólo passivo da lide, face à “imprescindibilidade de sua participação na presente demanda”. Pugna, pois, com o provimento do recurso interposto, seja declarada “a nulidade da sentença com a reforma da decisão, deixando, desde já, prequestionada a matéria constitucional (Súmula 356, do STF), com o objetivo de interpor Recurso Extraordinário” (*sic*). Às fls. 80/83, o Acionante manifestou suas contra-razões, aduzindo, em suma, que a presente ação foi ajuizada com o intuito de cobrar do recorrente os valores não depositados a título de FGTS, consoante faz prova o extrato fornecido pela CEF, Agência de Iguatu, colacionado aos autos. Transcrevendo, em favor de sua tese, Jurisprudência de nossas Cortes, pleiteia, com o improvimento do recurso interposto, seja confirmada a r. Sentença, em todos os seus termos. Em r. Parecer da lavra da Dr.^a Ileana Neiva Mousinho, o Ministério Público do Trabalho, às fls. 87/90, opinou pelo conhecimento e improvimento do Recurso.

É O RELATÓRIO.

ISTO POSTO:

1 ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos de admissibilidade do Recurso Ordinário, interposto pelo Município Reclamado. DELE CONHEÇO, pois.

2 MÉRITO

Insurge-se o Município recorrente contra a r. sentença de primeiro grau, prolatada pela

MM. Única Vara do Trabalho de Iguatu, aduzindo, em síntese, o seguinte: a Caixa Econômica Federal, agente operador do FGTS, deveria integrar o pólo passivo da lide, face à “imprescindibilidade de sua participação na presente demanda”. Postula, em final, o provimento do seu recurso ordinário, a fim de que seja declarada a nulidade da sentença de primeiro grau, deixando, desde já, prequestionada a matéria constitucional (STF, Súmula nº 356), com o objetivo de interposição futura de recurso extraordinário. Em contra-razões, disse o recorrido, em síntese, o seguinte: a presente reclamatória trabalhista foi ajuizada com o intuito de cobrar do Município recorrente os valores não depositados a título de FGTS, consoante faz prova o extrato fornecido pela Caixa Econômica Federal, Agência de Iguatu. Pede, em final, o improvimento do recurso ordinário interposto e a conseqüente manutenção da sentença de primeiro grau. No parecer de fls. 87/90, o Ministério Público do Trabalho opinou pelo conhecimento e improvimento do recurso ordinário interposto. Razão não assiste ao recorrente.

Limita-se o Município recorrente, em sua inconformação recursal, a impugnar a decisão do Juízo de primeiro grau de não efetuar a denúncia à lide da Caixa Econômica Federal, do que decorreria a nulidade da sentença. Alcançado este ponto, é de se questionar se a denúncia da lide é admissível no processo do trabalho.

Os casos de denúncia da lide estão previstos expressamente no art. 70, do vigente Código de Processo Civil Brasileiro, assim: “Art. 70. A denúncia da lide é obrigatória: I - ao alienante, na ação em que terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta;

II - ao proprietário ou ao possuidor indireto quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutário, do credor pignoratício, do locatário, o réu, citado em nome próprio, exerça a posse direta da coisa demandada;

III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda”.

De se observar, inicialmente, que as situações-tipo previstas nos incisos I e II, do art. 70, do vigente Código de Processo Civil Brasileiro, jamais poderiam fundar o exercício da denúncia da lide no processo do trabalho, pois a Justiça do Trabalho não tem competência para apreciar as matérias aí referidas. Coqueijo Costa e Amauri Mascaro Nascimento admitem a denúncia da lide no processo do trabalho, citando como exemplo a sucessão de empregadores. Assim, do ponto de vista desses dois autores, se o trabalhador ajuizasse a ação perante o sucessor e este, por força de disposição contratual, estivesse desobrigado de responder pelas obrigações trabalhistas afetas ao sucedido, poderia denunciar a lide a este. O fundamento seria o inciso III, do art. 70, do vigente Código de Processo Civil Brasileiro. Tenho para mim, no entanto, que os autores acima citados não têm razão ao sustentarem a possibilidade de haver essa denúncia no caso do inciso III, do art. 70, do CPC, conforme o qual o réu deve denunciar a lide “àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda”. A denúncia da lide é ação regressiva incidental, exercida de forma antecipada e condicional (*in eventum litis*) à sucumbência do denunciante na ação. É dizer: a denúncia é ação regressiva do denunciante em face do denunciado. Há lide entre ambos, portanto. Só há litisconsórcio deles diante dos pedidos formulados pelo autor.

No exemplo dado pelos dois autores, se o sucessor denunciasse a lide ao sucedido, estaria exercendo, de modo antecipado e condicional, uma ação de regresso perante este. Parece claro que a Justiça do Trabalho não tem competência para solucionar conflitos de interesses entre empregadores (denunciante e denunciado). Nem mesmo é possível aceitar que haveria competência porque o pronunciamento jurisdicional seria meramente incidental, estando, por isso, amparado pelo art. 469, inciso III, do CPC. Entendo que não se trata de simples “questão prejudicial”, que não se submete ao efeito da coisa julgada material. Muito ao contrário, essa lide incidental entre o denunciante e o denunciado constitui o objeto essencial da denúncia, motivo por que o que ficar decidido a respeito dessa lide estará alcançado pela coisa julgada. Não é possível olvidar que o art. 76, do CPC, estatui que a sentença, se julgar procedente a ação (ajuizada pelo autor diante do denunciante), declarará, conforme o caso, “o direito do evicto, ou a responsabilidade por perdas e danos, valendo como título executivo”. A sentença terá, pois, para o denunciante, eficácia de título executivo perante o denunciado.

Assim, se, numa reclamação trabalhista ajuizada pelo obreiro, o réu-sucessor alegar que, por lei ou pelo contrato, quem está obrigado a responder pela satisfação dos direitos que vierem a ser reconhecidos ao trabalhador é o sucedido, essa alegação só terá efeito moral, nesse processo. É dizer: o juiz não deverá aceitar eventual denúncia da lide, que o réu-sucessor pretenda formular ao sucedido. Caberá ao réu, isto sim, pagar o que lhe for imposto pela sentença, e, nisso se sub-rogando, ingressar, posteriormente, na Justiça Comum, para receber do sucedido, em ação regressiva, o que pagou de modo indevido.

A Justiça do Trabalho, insisto, não tem competência para solucionar conflitos de interesses estabelecidos entre empregadores. Tais lides competem à Justiça Comum. O máximo que se pode consentir é que, na Justiça do Trabalho, o sucedido intervenha como assistente do sucessor.

No caso dos autos, não seria da competência da Justiça do Trabalho resolver qualquer conflito de interesses entre o Município recorrente e a Caixa Econômica Federal quanto ao débito do FGTS ou mesmo ao seu eventual parcelamento, daí por que incabível a denunciação da lide postulada pela municipalidade.

Pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, merece ser mantida a r. sentença recorrida.

ANTE O EXPOSTO:

ACORDAM OS JUÍZES DO TRIBUNAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO, por unanimidade, conhecer do recurso mas lhe negar provimento, para manter, em sua inteireza, a r. sentença recorrida.

Fortaleza, 07 de janeiro de 2004.

ANTONIO CARLOS CHAVES ANTERO
Juiz do TRT, no Exercício da Presidência
JUDICAEI SUDÁRIO DE PINHO

Juiz Relator

FERNANDA MARIA UCHÔA ALBUQUERQUE - Procuradora da PRT/7ª Região

PROCESSO: 00752/2003-001-07-00-0

FASE: RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE: ECT - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS

RECORRIDO: ESTEFÂNIA MARIA JUVÊNCIO HERCULANO

DATA DO JULGAMENTO: 24/11/2003

DATA DA PUBLICAÇÃO: 13/01/2004

JUIZ RELATOR: JUDICAEI SUDÁRIO DE PINHO

EMENTA

EMPREGADO PÚBLICO CONCURSADO. CONTRATAÇÃO PELA CLT. DESPEDIDA SEM MOTIVAÇÃO. REINTEGRAÇÃO.

A DISPENSA DE EMPREGADO PÚBLICO REQUÍDO PELA CLT NÃO SE PODE DAR DA MESMA FORMA QUE A DISPENSA DO EMPREGADO PRIVADO. É QUE TODOS OS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TERÃO DE SER SEMPRE MOTIVADOS. NÃO PODEM SER SEM CAUSA. PELO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE QUE PRESIDE A ATIVIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, A ESTA NÃO CABE PRATICAR ATOS, AINDA QUE NO EXERCÍCIO DE PODER DISCRICIONÁRIO, QUE IMPLIQUEM EXPRESSÕES DE ARBITRÍO DE SUA ATIVIDADE. A DISPENSA DO EMPREGADO ADMITIDO POR CONCURSO PÚBLICO, COMO TODO ATO ADMINISTRATIVO, TEM DE SER MOTIVADA, AINDA QUE SE CUIDE DE RELAÇÃO REQUÍDA PELA CLT, IMPLICANDO SUA FALTA, SEM DÚVIDA, INVALIDADE DO ATO, ATÉ MESMO POR SE CONFIGURAR, NA HIPÓTESE, ABUSO DE PODER.

RECURSO ORDINÁRIO conhecido, mas improvido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de RECURSO ORDINÁRIO, em que são partes ECT - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TE-

LÉGRAFOS e ESTEFÂNIA MARIA JUVÊNCIO HERCULANO.

A MM. 1ª Vara do Trabalho de Fortaleza julgou a Reclamatória proposta por Este-

fânia Maria Juvêncio Herculano, contra a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, para condenar a Reclamada a reintegrar a Reclamante “com os respectivos pagamentos dos salários vencidos desde a dispensa até a efetiva reintegração, com seus reflexos e honorários advocatícios, bem como conceder os efeitos da tutela antecipada no que pertine a imediata reintegração”, fixando, ainda, uma multa de R\$ 240,00 (duzentos e quarenta reais) ao dia, caso a Ré não cumpra a obrigação de fazer; afora custas (fls. 85/91).

Irresignada com a r. decisão de primeiro grau, dela a Reclamada interpôs Recurso Ordinário, às fls. 94/140, aduzindo, em síntese, que as empresas estatais submetem-se, por força do art. 173, § 1º, II, da CF/88, ao regime jurídico único próprio das empresas privadas, no que concerne às obrigações trabalhistas, não se lhes aplicando, pois, a exigência de motivação para rescindir o contrato de trabalho de seus empregados, portanto não há que se falar em motivação, inquérito judicial e/ou administrativo, para apurar falta grave. Postula, enfim, com a reforma da r. Sentença, a total improcedência da Reclamação. Às fls. 143/151, a Reclamante manifestou contra-razões, alegando, em suma, que, sendo servidora pública, jamais poderia ter sido dispensada imotivadamente, violando assim o disposto na Lei Federal nº 9.784/99, pugnano, outrossim, com o improvimento do Recurso interposto, seja mantida a r. sentença recorrida, em toda sua inteireza. Em Visto exarado pela Dr.ª Fernanda Maria Uchôa de Albuquerque, à fl. 155, ressalta a D. Representante do Ministério Público do Trabalho que, por não ser obrigatória, no caso, a sua intervenção ministerial, reserva-se o direito de fazê-la, quando e se necessária, inclusive pedindo vista dos autos, ou manifestando-se oralmente ao ensejo do julgamento do Recurso.

É O RELATÓRIO.

ISTO POSTO:

1 ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos de admissibilidade do Recurso Ordinário, interposto pela Reclamada. DELE CONHEÇO, pois.

[...]

Outro, aliás, não é o entendimento do nosso CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. A propósito do conceito de princípio, assim diz ele:

“Princípio - já averbamos alhures - é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irreversível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura neles esforçada”.

O princípio constitui, pois, em virtude de sua grande generalidade, regra básica e preeminente, vinculadora da interpretação e aplicabilidade de outras normas jurídicas, inclusive constitucionais. Diz VALMIR PONTES FILHO sobre o assunto:

“Funcionam, digamos assim, como os alicerces e as vigas mestras do grande edifício que é o ordenamento jurídico. Por tal motivo, exatamente, é muito mais grave ferir um princípio do que uma mera norma constitucional. Qualquer que seja o dispositivo da Carta Magna, qualquer que seja a norma jurídica, de natureza constitucional ou infraconstitucional, haverá, assim, de ser interpretada de acordo com tais princípios, verdadeiros vetores para soluções interpretativas, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello”.

Para WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, a questão se coloca assim:

“Regras e princípios distinguem-se: a) quanto à sua estrutura lógica e deontológica, pela circunstância de as primeiras vincularem a fatos hipotéticos (*tabbestande*) específicos, um determinado funtor ou operador normativo (‘proibido’, ‘obrigatório’, ‘permitido’), enquanto aqueles outros - os princípios - não se reportam a qualquer fato particular, e transmitem uma prescrição programática genérica, para ser realizada na medida do jurídica e faticamente possível. Dessa diferença estrutural básica decorrem inúmeras outras, como: b) quanto à técnica de aplicação, já que os princípios normalmente colidem entre si, diante de casos concretos, o que leva ao chamado ‘sopesamento’ (*Abwagung*), para aplicar o mais adequado, ao passo que regras, uma vez aceita a subsunção a elas de certos fatos, inevitavelmente decorrem as conseqüências jurídicas nelas previstas, a não ser que elas não sejam válidas, por conflitarem com outras de um grau superior, quando então, ao contrário do que se dá com princípios, que apesar de contraditórios não deixam de integrar a ordem jurídica, a regra de grau inferior é derogada.

É certo que pode haver um dissenso com relação à subsunção dos fatos à hipótese legal, existindo mecanismos institucionais que garantem (e impõem) a chegada de um consenso, de forma racional, por explicitarem um procedimento a ser adotado, no qual se abre a oportunidade para a demonstração dos fatos e apresentação dos argumentos e interpretações divergentes”. Os princípios são, pois, o resultado de um consenso em torno da adoção de certos valores, cujo conflito só poderá vir a ser democraticamente resolvido com a garantia do dissenso, do debate sobre eles, na instância competente do Poder Público.

É exatamente em razão da importância de que se reveste o conceito de princípios que, nos últimos tempos, tem-se salientado bastante a distinção entre normas jurídicas que são formuladas como regras e aquelas que assumem a forma de um princípio. As primeiras possuem a estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas de direito, com a descrição (ou ‘tipificação’) de um fato, ao que se acrescenta a sua qualificação prescritiva, amparada em uma sanção (ou na ausência dela, no caso da qualificação como ‘fato permitido’). Já os princípios, igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral estabelecidos na Constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a sua ocorrência, extraindo a conseqüência normativamente prevista. Eles devem ser entendidos como indicadores de opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com tantas outras opções dessas, outros princípios igualmente adotados, que em determinado caso concreto podem-se conflitar uns com os outros, quando já não são mesmo *in abstracto* conflitantes entre si.

As considerações até aqui apresentadas tiveram o objetivo de demonstrar que o art. 37, da Constituição Federal de 1988, veicula princípios constitucionais atinentes à administração pública direta e indireta, enquanto a norma constante do art. 173, § 1º, inciso II, da mesma Constituição Federal de 1988, é apenas uma regra jurídica, que, na sua interpretação, deve sofrer o influxo dos princípios constitucionais da administração pública, uma vez que se trata de norma que diz respeito às empresas públicas e às sociedades de economia mista, entidades integrantes, por definição, da administração pública indireta. No confronto entre uma e outra, deve prevalecer a primeira, de vez que a última é, repete-se, não mais do que uma regra jurídica, sem qualquer força vinculativa quando em choque com a principiologia constitucional brasileira.

E assim é porque um dos princípios fundamentais da interpretação constitucional é o princípio da unidade da Constituição, segundo o qual as normas constitucionais devem ser interpretadas em conjunto, para evitar possíveis contradições com outras normas da própria Constituição. Certamente os princípios valorizados pelo Constituinte funcionam como vetores para as soluções interpretativas das normas constitucionais. Não se desconhece que todas as normas inseridas no texto constitucional apresentam o mesmo nível hierárquico, é dizer, uma vez inseridas na Constituição, as normas têm o mesmo valor, independentemente de seu conteúdo, ou seja, de ser norma constitucional formal ou material. Mas o fato de reconhecer, afirmar e aceitar que todas as normas do texto constitucional apresentam o mesmo nível hierárquico não significa dizer que a Constituição é um conglomerado caótico e desestruturado de normas que guardam entre si o mesmo grau de importância.

Como já se disse antes, no Direito em geral e dentro da Constituição existem duas modalidades distintas de normas: as normas-princípios e as normas-regras. Dessa forma, é imprescindível que o intérprete procure as recíprocas implicações de princípios e regras até chegar à vontade unitária da Constituição, evitando-se contradições, antinomias e antagonismos aparentemente existentes entre suas normas. “O princípio da unidade da Constituição obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar.” Seguindo este princípio, o intérprete estará orientado a considerar cada norma não como um elemento isolado ou disperso, mas como integrante de um todo harmônico e orgânico, um sistema unitário de regras e princípios. Por outro lado, “a interpretação de uma norma constitucional levará em conta todo o sistema, tal como positivado, dando-se ênfase, porém, para os princípios que foram valorizados pelo Constituinte”. Isso porque os princípios são verdadeiras bases do sistema jurídico constitucional, conforme já se afirmou anteriormente. Em outras palavras, são disposições fundamentais que se difundem sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critérios para a descoberta de seu verdadeiro significado. Também não se pode esquecer que, na resolução de problemas jurídico-constitucionais, deve-se dar prioridade às interpretações ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e possibilitem o reforço da unidade política. Partindo de conflitos entre normas constitucionais, a interpretação deve conduzir a soluções pluralisticamente integradoras, para seguir a lição de mestre do Professor PAULO BONAVIDES. Uma Constituição deve

ser interpretada de modo a tornar efetivos os seus princípios políticos fundamentais, pois tais princípios configuram-se nas escolhas primeiras, fundamentais, feitas pelo constituinte, e, como tais, precisam ser respeitados, sob pena de a Constituição perder o seu valor jurídico.

Como arremate de todas essas idéias aqui expostas, busca-se novamente os ensinamentos de KONRAD HESSE, para quem a atividade de concretizar a Constituição “... impõe ao intérprete a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito ou em concorrência, de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros”.

Fundamenta-se o autor na idéia de que não há diferença hierárquica ou de valor entre os bens constitucionais. Por isso, a interpretação não pode ter como resultado o sacrifício de um bem constitucional em detrimento de outros. Deve-se, nessa tarefa, estabelecer os limites e condicionamentos recíprocos de modo a se conseguir uma harmonização ou concordância prática entre os bens constitucionais.

São por estas e fundamentais razões que entendo não ser possível, no caso destes autos, afirmar-se que deve ser aplicado, isoladamente, o art. 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, para autorizar a rescisão imotivada do contrato de trabalho da reclamante, em completo desconhecimento do art. 37, da mesma Carta Política, instituidor de toda a principiologia a ser seguida pela administração pública brasileira, inclusive a empresa pública reclamada, integrante por definição legal da administração pública indireta.

Tenho por evidente a impossibilidade de as empresas estatais, em razão das suas naturezas jurídicas mesmas, promoverem demissões imotivadas. Ora, a doutrina as-sentou, de maneira quase uníssona, que in-

tegram a administração pública indireta as empresas públicas e as sociedades de economia mista que prestem serviços públicos ou atividade econômica, esta de natureza privada, segundo a inteligência dos arts. 37, 173 e 175 da Constituição Federal vigente. Daí é fácil concluir que o acesso ao serviço público, seja para regulação pelo regime jurídico único, seja através do regime previsto pela Consolidação das Leis do Trabalho, somente é possível e constitucional por via do necessário e imprescindível concurso público. É de ser notado que a única distinção, no meu sentir, foi a exclusão dos servidores da administração indireta do regime único previsto no originário art. 39, da Carta Magna. A respeito da matéria, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se nesse sentido, conforme estampa a decisão publicada em 23/04/1993, no Diário de Justiça da União, p. 6.921. Sendo a recorrente uma empresa estatal, que somente pode admitir trabalhadores ou servidores, pouco importa aqui a terminologia, mediante concurso público, no meu entender, também perdeu, pelas mesmas razões que a Constituição a obrigou a esta forma de admissão, o poder potestativo de demissão desfundamentada. Se assim não for, a toda evidência, os desmandos que a Constituição Federal pretendeu estancar persistiriam com a demissão desmotivada pautada por critérios de simpatia ou políticos, além, à evidência, de outros.

Na administração pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa pode fazer assim. Para o administrador público significa deve fazer assim. Não basta, pois, a simples vontade. A obser-

vância da estrita legalidade e da motivação do ato se impõe, conforme ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: “Deve-se considerar, também, como postulado pelo princípio da legalidade o princípio da motivação, isto é, o que impõe à Administração Pública o dever de expor as razões de direito e de fato pelas quais tomou a providência adotada. Cumpre-lhe fundamentar o ato que haja praticado, justificando as razões que lhe serviram de apoio para expedi-lo. Isto porque, sobretudo dispõe de certa liberdade (discricionariedade administrativa) para praticar o ato tal ou qual, não haveria como saber-se se o comportamento que tomou atendeu ou não ao princípio da legalidade, se foi diferente com a finalidade normativa, se obedeceu à razoabilidade e à proporcionalidade, a menos que enuncie as razões em que embasou para agir como agiu. São elas que permitirão avaliar a consonância ou dissonância com tais princípios. Donde, a ausência de motivação faz o ato inválido, sempre que sua enunciação, prévia ou contemporânea à emissão do ato, seja requisito indispensável para proceder-se a tal averiguação. É que, em inúmeras hipóteses, de nada adiantaria que a Administração aduzisse depois de produzido ou impugnado o ato, porquanto não se poderia ter certeza de que as razões tardiamente alegadas existiam efetivamente ou haviam sido tomadas em conta quando de sua emanção”. A motivação do ato administrativo é que valida e até legaliza a conduta do administrador. Sem ela, torna-se impossível ao Poder Judiciário promover o controle do ato administrativo pelo exame de sua legalidade, entendendo-se como legalidade não só a conformação do ato com a lei, mas também com a moral administrativa e com o interesse coletivo. Não fosse assim, impe-

ria também a violentação ao princípio da impessoalidade, passando a presidir o ato a vontade unilateral do administrador, como bem revela o caso destes autos.

REINTEGRAÇÃO DA RECORRIDA NO EMPREGO EM VIRTUDE DO EXERCÍCIO ABUSIVO, PELA EMPRESA PÚBLICA RECORRENTE, DO DIREITO DE DESPEDIR.

É bem conhecida na doutrina e na jurisprudência trabalhistas a existência de dois modelos protecionistas distintos: o da estabilidade própria (proteção em sentido estrito) e o da estabilidade imprópria (proteção em sentido amplo). Neste último, se encontram os instrumentos que dificultam, mas não impedem, a ruptura unilateral e por ato patronal do contrato de trabalho, congregando as conhecidas medidas inibitórias, tendentes a obstaculizar a dissolução contratual por iniciativa do empregador, quando a dispensa é sem justa causa (normas destinadas a persuadir a entidade patronal, através de freios econômicos, a abandonar as suas intenções terminativas e a prosseguir com o vínculo empregatício, sem, contudo, vedar a concretização do rompimento). Trata-se, pois, de proteção meramente relativa, sendo incapaz, por si só, de impedir a concretização da despedida arbitrária quando o empregador insiste na sua pretensão resilitória, mesmo em face dos freios financeiros previstos em lei.

De aparecimento recente, no universo jurídico-trabalhista, conhece-se hoje outra categoria de medida limitativa do direito de despedir, destinada não a impedir a concretização da dispensa arbitrária, mas sim a vedar a prática da chamada dispensa abusiva. As chamadas medidas proibitivas da dispensa abusiva coexistem já na legislação trabalhista brasileira com as diversas modalidades de estabilidade jurídica no emprego.

Em que consiste a dispensa abusiva? Trata-se de uma espécie particular de despedida arbitrária, praticada com violação a interesses que transcendem a relação jurídica individual empregado/empregador, pois se fundamenta em motivo não previsto em lei como capaz de legitimar a rescisão contratual por vontade unilateral da entidade patronal, apresentando, ainda, como causa, um motivo transgressor de interesses sociais e/ou públicos que, apesar de circunscreverem o liame de emprego entre empregado e empregador, atingem uma órbita jurídica bem mais ampla.

As medidas proibitivas de despedida abusiva estabelecem as causas que geram a ineficácia do ato resilitório, sem garantia uma proteção genérica ao empregado que se encontrar em determinada situação. As medidas proibitivas de despedida abusiva limitam o direito de despedir de forma distinta daquela tradicionalmente consagrada por intermédio das figuras de estabilidade jurídica no emprego. Diante das medidas proibitivas em tela, o empregador pode exercer o seu direito de despedir desde que o ato resilitório não tenha por base uma causa geradora tipificada explícita ou implicitamente pelo legislador como de natureza “abusiva”, é dizer, violadora de postulados que, repete-se, transcendem a relação individual de emprego entre as partes, atingindo interesses maiores. Ocorrendo, entretanto, o exercício do direito de despedir com fundamento em causa abusiva, em tais moldes, o ato estará eivado de vício de nulidade, gerando o direito do obreiro de retornar ao seu posto de trabalho. O art. 37, da Constituição Federal de 1988, consubstancia uma medida proibitiva implícita de dispensa abusiva. Não se confunde, diz-se outra vez, com alguma forma de estabilidade jurídica no emprego. Representa, sem dúvida, um instituto que

faz lembrar o sistema da estabilidade própria, como medida limitativa do direito de despedir, pois, efetivamente, restringe tal direito do empregador público, limitando (e não apenas inibindo) o seu exercício em determinadas circunstâncias e gerando, para o empregado, o direito ao restabelecimento do vínculo irregularmente rompido. Não corresponde, entretanto, à noção de estabilidade em sentido estrito, como direito do empregado público de permanecer no emprego mesmo contra a vontade da entidade patronal enquanto não restar caracterizada uma situação prevista na legislação como justificadora da rescisão contratual.

Na sistemática da medida em comento, cuja incidência é peculiar ao campo da administração pública, a Constituição Federal de 1988 apenas prevê os princípios que devem ser observados quando da concretização da dispensa, sem relacionar as causas capazes de autorizar a dispensa. O campo de atuação do empregador em face de tal medida proibitiva se revela bem mais amplo quando comparado às limitações impostas pela estabilidade jurídica no emprego. Resumindo, as medidas limitativas do direito de despedir podem ser subdivididas em duas categorias: primeiro, as modalidades de estabilidade jurídica no emprego, que asseguram ao empregado o direito de permanecer no emprego mesmo contra a vontade do seu empregador, enquanto não preenchidos determinados requisitos legais, dentre os quais necessariamente se inclui a caracterização de causa tipificada em lei como justificadora da rescisão contratual; e, segundo, a categoria das medidas proibitivas de dispensa abusiva, que estabelecem na lei (ou na Constituição Federal, como é no caso do empregado público), implícita ou explicitamente, motivos capazes de anular a dispensa e ensejar a reintegração do empregado, quando a

despedida for praticada de forma contrária à sua finalidade, de modo anti-social, em violação a princípios que transcendem a relação individual de emprego, ferindo o interesse público e/ou da própria sociedade. Na legislação brasileira em vigor, correspondem a dispositivos que consagram, em seu bojo, medidas proibitivas de dispensa abusiva, o art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, o art. 4º, inciso I, da Lei nº 9.029/95 e a própria Lei nº 9.784, de 29/01/1999, reguladora do processo administrativo no âmbito da administração pública federal. Diferentemente do que afirma a recorrente, o art. 1º desta última lei determina expressamente a sua aplicação a toda a administração pública direta e indireta, conforme texto já anteriormente transcrito. A dispensa de empregado público, em violação aos princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade e da publicidade, como aqui verificado, corresponde a dispensa abusiva, autorizando a anulação do ato resilitório e a conseqüente reintegração do empregado em virtude do abuso do direito de despedir praticado pelo empregador. Hoje, o direito de despedir, desfrutado pelo empregador, apesar de potestativo, não é absoluto. Louve-se, neste ponto, a preocupação do constituinte em proteger os interesses maiores dos trabalhadores, preocupação que o fez introduzir, no universo jurídico brasileiro, medida de tão amplo alcance, cujas repercussões imediatas se revelam mais evidentes no campo do Direito do Trabalho. Tal instrumento, indiscutivelmente, representa uma evolução no âmbito da proteção à relação de emprego no Brasil. Nessas condições, mantida deve ser a r. sentença recorrida, que declarou nulo o ato de dispensa da recorrida e determinou sua reintegração imediata no emprego, com seus consectários legais.

Quanto ao deferimento de honorários advocatícios, tenho para mim que razão não assiste à recorrente. Deve ser mantida a sentença recorrida, que deferiu honorários advocatícios à base de 15% sobre o valor da condenação, com apoio nas interpretações mais evoluídas sobre o tema. A presença do advogado nas lides trabalhistas deve ser incentivada, sendo mesmo sua presença indispensável, como determina o art. 133, da Constituição Federal de 1988. O princípio da sucumbência (CPC, art. 20) deve ser trazido, em sua inteireza, para o processo trabalhista, até como meio de proteção dos interesses do empregado hipossuficiente. A posição adotada pelo signatário, quanto ao deferimento de honorários advocatícios, encontra ressonância no entendimento do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, conforme demonstram os arestos cujas ementas vão a seguir transcritas:

“Honorários Advocatícios. Cabimento. A jurisprudência deste Tribunal, com arrimo no art. 20, do CPC, e 133, da Constituição Federal, já sedimentou entendimento no sentido de que os honorários advocatícios, arbitrados em 15% (quinze por cento), são sempre devidos pela parte sucumbente, nos casos em que funcione advogado”. (Proc. TRT nº 826/96 - Ac. TRT nº 1.651/96 - Relator Juiz Tarcísio Melo Amora - DJ/CE de 17/06/1996 - Unânime)”.

“Honorários Advocatícios. Os honorários advocatícios são cabíveis no processo trabalhista, uma vez que o advogado é meio essencial à ampla defesa, sendo sempre devidos pela parte sucumbente, em todos os casos em que funcione advogado”. (Proc. TRT nº 1.366/96 - Ac. TRT nº 160/96 - Relator Juiz Tarcísio Melo Amora - DJ/CE de 29/04/1996 - Unânime)”.

Nenhum reparo merece a r. sentença recorrida. CONHEÇO do RECURSO ORDINÁRIO interposto, mas lhe NEGO PROVIMENTO, para manter, em todos os seus termos, a r. sentença de primeiro grau.

ANTE O EXPOSTO:

ACORDAM OS JUÍZES DO TRIBUNAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO, por unanimidade, conhecer do recurso e, por maioria, lhe negar provimento. Vencidas as Juízas Laís Maria Rossas Freire e Maria

Irisman Alves Cidade que julgavam improcedente a reclamação. O Juiz Revisor mantinha a sentença original, mas por outros fundamentos.

Fortaleza, 24 de novembro de 2003.

ANTONIO CARLOS CHAVES ANTERO

Juiz do TRT, no Exercício da Presidência

JUDICIAEL SUDÁRIO DE PINHO

Juiz Relator

CLÁUDIO ALCÂNTARA MEIRELES

Procurador da PRT/7ª Região

EMENTÁRIO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO

AÇÃO DE CUMPRIMENTO. ACORDO COLETIVO. VIABILIDADE.

ILEGITIMIDADE PASSIVA. ALEGAÇÃO PRELIMINAR. PEDIDO PREJUDICADO.

CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. NULIDADE. RELAÇÃO DE EMPREGO. RECONHECIMENTO.

IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - Não há dúvidas, na doutrina e jurisprudência, acerca da viabilidade da ação de cumprimento de cláusula prevista em Acordo ou Convenção Coletiva, notadamente, frente ao Enunciado 286 do c. TST. ILEGITIMIDADE PASSIVA - As alegações da recorrente nesse tópico se confundem com o exame da existência de vínculo entre as partes, discussão esta imprópria em sede de preliminar. CONTRATO TEMPORÁRIO DE TRABALHO - A Lei nº 6.019/74, que disciplina o trabalho temporário, exige contratos escritos entre as empresas fornecedora e tomadora de serviços (artigo 9º) e entre o empregado e a empresa de trabalho temporário (artigo 11), em que se estabeleçam os motivos justificadores da necessidade da contratação. Verifica-se que o recorrente não trouxe ao conjunto probatório a comprovação da necessidade da contratação temporária das reclamantes, ônus este que lhe incumbia. Correta a sentença. RECURSO ORDINÁRIO conhecido, porém, improvido (*Proc.: 534/2001-011-07-00-0 - Julg.: 11.10.04 - Publ.: DOJT/7ªRG: 21.01.05 - Rel.: Juiz José Antônio Parente da Silva*).

AÇÃO RESCISÓRIA. ACORDO. COLUSÃO ENTRE PARTES. DESCONSTITUIÇÃO.

SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO. COLUSÃO ENTRE AS PARTES.

CONFIGURAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 485, INCISO III, DO CPC - Verificando-se que a reclamação trabalhista tinha por objeto desonerar bem imóvel dado em garantia de execução trabalhista, apesar de gravado por garantia hipotecária, resta evidente a colusão entre as partes visando fraudar a lei e prejudicar terceiros, o que permite o corte rescisório nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 94 da SBDI-2, extinguindo-se a reclamação simulada (*Proc.: 3688/2002-000-07-00-1 - Julg.: 04.10.04 - Publ.: DOJT/7ªRG: 12.11.04 - Rel.: Juíza Dulcina de Holanda Palhano*).

AÇÃO RESCISÓRIA. DESCABIMENTO. PLANO COLLOR. INTERPRETAÇÃO CONTROVERTIDA.

AÇÃO RESCISÓRIA FUNDADA NO ART. 485, INCISO V DO CPC. PLANO COLLOR. SÚMULAS 83 E 298 DO E. TST. INCIDÊNCIA - Inconteste que a matéria trazida na rescisória, referente ao “confisco” salarial praticado pelo denominado Plano Collor era, à época da decisão rescindenda, controvertida nos Tribunais, não ensejando, portanto, ação rescisória. Mesmo com a inserção da expressão “infraconstitucional” ao enunciado da súmula 83 do TST, prevalece, no caso sob exame, a redação da época do ajuizamento da rescisória (12/03/1998), que nenhuma ressalva fazia quanto ao cabimento da rescisória quando o texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais tratar-se de norma constitucional, que, ademais, não é a hipótese dos autos. Outrossim, orienta o enunciado da Súmula 298 do E. TST que “a conclusão acerca da ocorrência de violação

literal de lei pressupõe pronunciamento explícito, na sentença rescindenda, sobre a matéria veiculada”. Ação Rescisória incabível à espécie (*Proc.: 1683/1998-000-07-00-7 - Julg.: 09.08.04 - Publ.: DOJT/7ºRG: 06.09.04 - Rel.: Juiz Manoel Arízio Eduardo de Castro*).

AÇÃO RESCISÓRIA. PISO SALARIAL. DIREITO ADQUIRIDO. INTERPRETAÇÃO CONTROVERTIDA. VIOLAÇÃO DA LEI. NÃO OCORRÊNCIA.

AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI. INOCORRÊNCIA - Justifica-se o *iudicium rescindens* em casos de violação a dispositivo legal, somente quando a lei supostamente ofendida o foi em sua literalidade. Quando a Decisão rescindenda, dentre as interpretações cabíveis, como *in casu*, elege uma delas, incoorre aquela infração (*Proc.: 3433/2002-000-07-00-9 - Julg.: 03.05.04 - Publ.: DOJT/7ºRG: 11.06.04 - Rel.: Juiz Antonio Marques Cavalcante Filho*).

ACORDO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPREGADOR. RESPONSABILIDADE.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ACORDO JUDICIAL HOMOLOGADO. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO. EMPREGADOR - A responsabilidade pelo pagamento das contribuições previdenciárias, nos casos de acordos judiciais, cabe, exclusivamente, ao empregador e não ao empregado. Portanto, nega-se provimento ao recurso, tendo em vista que o INSS dirigiu o apelo contra a reclamante e não contra a empresa (*Proc.: 181/2002-003-07-00-5 - Julg.: 19.01.04 - Publ.: DOJT/7ºRG: 06.02.04 - Rel.: Juíza Dulcina de Holanda Palhano*).

ACORDO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA.

INSS. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ACORDO - A conciliação é a pedra basilar da ritualística trabalhista, contudo, não pode ser utilizada pelas partes como meio de lesionar direito de terceiros. O art. 22, I, da Lei nº 8.212/91 assegura, quando não reconhecido o vínculo de emprego, contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, de 20% sobre o total pago ou creditado, a qualquer título, aos segurados empregados, empresários, trabalhadores avulsos e autônomos que lhe prestem serviço. Deve ser desconsiderada a negativa de prestação de serviços pela reclamante firmada no acordo, posto ter como único objetivo impedir a incidência da contribuição previdenciária devida. Recurso ordinário conhecido e provido (*Proc.: 2509/2001-007-07-00-2 - Julg.: 06.09.04 - Publ.: DOJT/7ºRG: 08.10.04 - Rel.: Juiz Manoel Arízio Eduardo de Castro*).

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. RELAÇÃO DE EMPREGO. INEXISTÊNCIA.

VÍNCULO EMPREGATÍCIO - Não se forma com a tomadora, quando se trata de contratação de serviços, mormente, visando transmutar contrato de trabalho para cargo estatutário na administração pública, sem o prévio concurso (*Proc.: 2724/2001-005-07-00-0 - Julg.: 13.07.04 - Publ.: DOJT/7ºRG: 12.08.04 - Rel.: Juíza Maria Irisman Alves Cidade*).

AGRAVO REGIMENTAL. IMPROVIMENTO. PENHORA. DINHEIRO. SUBSTITUIÇÃO. CARTA DE FIANÇA. INDEFERIMENTO.

AGRAVO REGIMENTAL. DESPACHO INDEFERITÓRIO DE MEDIDA LIMI-

NAR. RATIFICAÇÃO - Não se vislumbrando, na Decisão do Juízo *a quo* que indeferiu a substituição de penhora em dinheiro por carta de fiança bancária, indício de violação a direito líquido e certo da Impetrante, imerece reforma o Despacho agravado, que denegara a sustação liminar daquele pronunciamento jurisdicional (*Proc.: 880/2004-000-07-00-8 - Julg.: 12.04.04 - Publ.: DOJT/7ªRG: 20.05.04 - Rel.: Juiz Antonio Marques Cavalcante Filho*).

AGRAVO REGIMENTAL. IMPROVIMENTO. PENHORA. DINHEIRO. SUBSTITUIÇÃO. CARTA DE FIANÇA. PREVISÃO LEGAL INEXISTÊNCIA.

AGRAVO REGIMENTAL. DESPACHO DENEGATÓRIO DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA *ON LINE*. SUBSTITUIÇÃO POR CARTA DE FIANÇA. FALTA DE PREVISÃO LEGAL - O Juiz pode, em qualquer fase do processo, deferir ao executado o pedido de substituição de bens penhorados por dinheiro ou por carta de fiança, mas não lhe é permitido, por falta de autorização legal, deferir a substituição de penhora já efetuada sobre dinheiro por carta de fiança bancária ou por qualquer outro tipo de garantia, tendo em vista a ordem preferencial prevista no artigo 655 do CPC. Agravo Regimental conhecido, mas improvido (*Proc.: 2952/2004-000-07-00-1 - Julg.: 16.08.04 - Publ.: DOJT/7ªRG: 10.09.04 - Rel.: Juíza Dulcina de Holanda Palhano*).

AGRAVO REGIMENTAL. LIMINAR. INAUDITA ALTERA PARS. DEFERIMENTO. RATIFICAÇÃO.

AGRAVO REGIMENTAL. DESPACHO DEFERITÓRIO DE LIMINAR *INAUDITA ALTERA PARS*. RATIFICAÇÃO - Sendo juridicamente implausível a argumentação

alicerçadora da Ação Rescisória principal, impõe-se a manutenção do Despacho agravado, que indeferira a medida liminar postulada em sede de Ação Cautelar Preparatória, restando, assim, improvido o Agravo Regimental (*Proc.: 1176/2004-000-07-00-2 - Julg.: 10.05.04 - Publ.: DOJT/7ªRG: 22.06.04 - Rel.: Juiz Antonio Marques Cavalcante Filho*).

AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO. NATUREZA SALARIAL. APOSENTADORIA. SUPRESSÃO. IMPOSSIBILIDADE.

CEF. AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO - Tratando-se de um benefício instituído pela empresa e pago, habitualmente, reveste-se de cunho salarial para os efeitos legais (artigo 458 da CLT) (*Proc.: 1447/2003-009-07-00-6 - Julg.: 09.11.04 - Publ.: DOJT/7ªRG: 16.12.04 - Rel.: Juíza Maria Irisman Alves Cidade*).

CARÊNCIA DA AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

CARÊNCIA DE AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - Constatado que os fatos narrados pelo Reclamante, tomados em abstrato, não consubstanciam qualquer lesão a direito do trabalhador, de se concluir pela extinção do feito pela impossibilidade jurídica do pedido. (Fundamento: CPC, art. 267, inciso VI) (*Proc.: 591/2004-010-07-00-6 - Julg.: 24.08.04 - Publ.: DOJT/7ªRG: 23.09.04 - Rel.: Juiz Antonio Carlos Chaves Antero*).

CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. RELAÇÃO DE EMPREGO. UFCE. INEXISTÊNCIA.

NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO - Um dos deveres do Juiz,

como dirigente do processo, consiste em dispensar as provas inúteis e/ou meramente protelatórias, como *in casu*, tal não constituindo nulidade processual, já que não houve cerceamento de defesa.

UFC. RELAÇÃO DE EMPREGO. NÃO CONFIGURAÇÃO - “A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República)” (Enunciado nº 331, item II, do Tribunal Superior do Trabalho). Corretíssima, indubiosamente, a posição adotada pelo Enunciado nº 331, eis que a investidura em cargo ou emprego público na Universidade reclamada, autarquia federal, depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, conforme expressa determinação da Constituição Federal de 1988, art. 37, inciso II. Inexiste, assim, o vínculo empregatício entre os reclamantes e a Universidade Federal do Ceará.

RECURSO ORDINÁRIO conhecido e improvido (*Proc.*: 2010/2002-004-07-00-7 - *Julg.*: 19.01.04 - *Publ.*: DOJT/7^ªRG: 03.03.04 - *Rel.*: Juiz Judicael Sudário de Pinho).

CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. RESCISÃO ANTECIPADA. FORÇA MAIOR. NÃO OCORRÊNCIA. TRABALHO AOS DOMINGOS. PROVA INEQUÍVOCA. NECESSIDADE.

SUSPENSÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. FORÇA MAIOR. INOCORRÊNCIA - A suspensão de contrato administrativo mantido pelo empregador não caracteriza força maior para o fim de rescindir contratos trabalhistas, enquadrando-se o fato nos riscos da atividade econômica. **TRABALHO AOS DOMINGOS. NECESSIDADE DE PROVA ROBUSTA** - O

trabalho aos domingos, enquanto extraordinário, deve ser reconhecido mediante prova robusta e convincente (*Proc.*: 165/2004-012-07-00-5 - *Julg.*: 17.11.04 - *Publ.*: DOJT/7^ªRG: 03.02.05 - *Rel.*: Juiz Antonio Carlos Chaves Antero).

CONVÊNIO. BACEN. CONTA CORRENTE. BUSCA. PROCESSO ELETRÔNICO.

AGRAVO DE PETIÇÃO - Uma vez que o recente acordo firmado entre esta Justiça e o Banco Central do Brasil, visando facilitar as execuções trabalhistas, deve ser utilizado com prioridade sobre as demais formas de constrição, bem como que não exige o mesmo a apresentação, pelo exequente, do número da conta corrente ou da agência bancária do executado, impende seja reformado o despacho que condicionou a utilização do mencionado convênio ao fornecimento daquelas informações (*Proc.*: 2277/2001-008-07-00-9 - *Julg.*: 03.08.04 - *Publ.*: DOJT/7^ªRG: 30.08.04 - *Rel.*: Juíza Laís Maria Rossas Freire).

COOPERATIVA. FRAUDE À LEI. RELAÇÃO DE EMPREGO. RECONHECIMENTO.

COOPERATIVA DE TRABALHO. BURLA À LEGISLAÇÃO TRABALHISTA. CLT, ART. 9º. APLICAÇÃO - As cooperativas de trabalho ou de serviços nascem da vontade de seus membros, todos autônomos e que assim continuam. As tarefas são distribuídas com igualdade de oportunidades, reparam-se os ganhos proporcionalmente aos esforços de cada um. Pode até haver a direção de alguns deles, mas não existe patrão, nem quem se lhe assemelhe. A clientela é diversificada. A fixação de um operário em um dos clientes, pela continuidade ou subordinação, e a perda da diversidade da clientela descaracterizam a cooperativa.

Outrossim, são constituídas entre operários de uma determinada profissão, de uma mesma classe, com a finalidade primordial de melhorar os salários e as condições de trabalho pessoal de seus associados e, dispensando a intervenção de um patrão ou empresário, se propõe a contratar e executar obras ou tarefas, coletivamente, por todos ou por grupos de alguns. Qualquer desvirtuação desses requisitos se caracteriza como fraude por ofensa aos princípios fundamentais do Direito do Trabalho. O que, em verdade, configura o vínculo de emprego, tal como definido no art. 3º, consolidado, é o modo ou a forma como o trabalho é executado, seja ele intelectual, técnico e/ou manual. Censurável e ilegal é a prática da suposta cooperativa que, configurando-se como mera intermediadora de mão-de-obra, fraudava a aplicação dos princípios contidos na legislação social.

RECURSOS ORDINÁRIOS conhecidos, improvido o da COELCE e parcialmente provido o do reclamante (*Proc.: 1038/2000-009-07-00-7 - Julg.: 19.01.04 - Publ.: DOJT/7ªRG: 06.02.04 - Rel.: Juiz Judicael Sudário de Pinho*).

COOPERATIVA. FRAUDE À LEI. RELAÇÃO DE EMPREGO. RECONHECIMENTO.

COOPERATIVA. DESCARACTERIZAÇÃO - Provado que a cooperativa (COOPECE) foi constituída com a única finalidade de burlar a legislação trabalhista, vez que os supostos cooperados, no caso dos autos, percebiam salário e prestavam serviços com pessoalidade e de maneira subordinada à tomadora, em atividade fim desta, há de se reconhecer a existência de intermediação irregular de mão-de-obra (*Proc.: 355/2003-028-07-00-7 - Julg.: 17.11.04 - Publ.: DOJT/7ªRG: 07.01.05 - Rel.: Juíza Laís Maria Rossas Freire*).

DIRIGENTE SINDICAL. ESTABILIDADE. INEXISTÊNCIA. CLT. ART. 522. INOBSERVÂNCIA.

DIRIGENTE SINDICAL - INOBSERVÂNCIA DO ART. 522 DA CLT - INEXISTÊNCIA DE ESTABILIDADE Se os empregados, eleitos para cargo de direção da entidade sindical, não estão dentro do número máximo de dirigentes estatuído no art. 522 da CLT, correta a decisão a *qua* que entendeu não serem eles detentores de estabilidade no emprego (*Proc.: 830/2002-008-07-00-0 - Julg.: 06.04.04 - Publ.: DOJT/7ªRG: 11.05.04 - Rel.: Juíza Laís Maria Rossas Freire*).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. PRECATÓRIO. TRAMITAÇÃO. RESTABELECIMENTO. AÇÃO REVISIONAL IMPROCEDÊNCIA.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS - Ação Revisional Improcedente resulta no restabelecimento da tramitação do Precatório, cuja suspensão fora determinada pela sentença reformada. Ponto omisso no Acórdão. Embargos providos (*Proc.: 429/2001-006-07-00-6 - Julg.: 07.06.04 - Publ.: DOJT/7ªRG: 14.07.04 - Rel.: Juíza Maria Irisman Alves Cidade*).

ESTABILIDADE. REGULAMENTO DA EMPRESA. INEXISTÊNCIA.

SISTEMA DE PRÁTICAS TELEBRÁS. ESTABILIDADE INEXISTENTE - O Sistema de Práticas Telebrás não confere nenhuma estabilidade ao reclamante, visto que o mesmo no item 4.01, alínea "b", prevê a possibilidade de demissão de empregado, por iniciativa da empresa, sem justa causa. Demais disto, tal documento não tem o condão de assegurar qualquer estabili-

dade, vez que as normas ali contidas são de natureza eminentemente programática, visando tão somente estabelecer política de intenções da empresa, quanto às formas de despedimento de seus empregados, e, como tal, ao contrário das regras normativas, não possuem caráter obrigacional, como lhes quer impor o demandante.

Recurso conhecido, mas não provido (*Proc.: 2364/2003-006-07-00-5 - Julg.: 06.09.04 - Publ.: DOJT/7ªRG: 08.10.04 - Rel.: Juiz Manoel Arízio Eduardo de Castro*).

ESTABILIDADE. REGULAMENTO DA EMPRESA. REINTEGRAÇÃO.

GARANTIA DE EMPREGO. REGULAMENTO DA EMPRESA - Se a demissão do reclamante se deu ao arrepio do regulamento da empresa, que estabelece ser indispensável uma prévia sindicância mesmo nas dispensas sem justa causa, correta a decisão que reputou nulo o ato demissório e deferiu a reintegração pleiteada (*Proc.: 2096/2003-004-07-00-9 - Julg.: 29.11.04 - Publ.: DOJT/7ªRG: 31.01.05 - Rel.: Juíza Laís Maria Rossas Freire*).

ESTÁGIO. FRAUDE. RELAÇÃO DE EMPREGO. COMPROVAÇÃO.

ESTÁGIO FRAUDULENTO. RELAÇÃO DE EMPREGO. COMPROVAÇÃO - Esmiuçados os autos, revolvida a prova, restou inegavelmente falso o “estágio” alegado pela empresa e refugado pela demandante. Não consta assinatura do representante da instituição de ensino nem a participação de quem quer no sentido de supervisionar ou orientar o desenvolvimento do mencionado “estágio”.

Os recibos de fls. 33 e 34 mencionam claramente a palavra salário e quem estagia

não percebe salário, pois salário é palavra tipicamente relacionada com o trabalho regido pela CLT.

Recurso conhecido, mas improvido (*Proc.: 196/2004-007-07-00-0 - Julg.: 03.08.04 - Publ.: DOJT/7ªRG: 19.10.04 - Rel.: Juiz José Ronald Cavalcante Soares*).

EXECUÇÃO. OFÍCIO. EXPEDIÇÃO. DEFE- RIMENTO.

AGRAVO DE PETIÇÃO. PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À RECEITA FEDERAL PARA INFORMAÇÃO DE CPF - Tendo em vista que o processo de conhecimento correu à revelia do executado, que este até então não se manifestou nos presentes autos, nem mesmo na execução, e não mais se encontra no endereço constante da inicial, acata-se o pedido em epígrafe, com fulcro nos arts. 735 e 765 da CLT, a fim de viabilizar a execução, todavia, apenas em relação ao Sr. Wilson Lopes Júnior, pois somente este fez parte do título executivo judicial.

Agravo de petição conhecido e parcialmente provido (*Proc.: 1838/2000-004-07-00-6 - Julg.: 25.10.04 - Publ.: DOJT/7ªRG: 24.11.04 - Rel.: Juiz Manoel Arízio Eduardo de Castro*).

EXECUÇÃO. RECEITA FEDERAL. BENS. IN- FORMAÇÃO. QUEBRA DE SIGILO FISCAL.

EXECUÇÃO TRABALHISTA. REQUISICÃO DE INFORMAÇÕES À RECEITA FEDERAL. BENS DA EXECUTADA E DOS SEUS SÓCIOS - Somente em hipóteses excepcionais, quando infrutíferos os esforços diretos envidados pelo exequente, admite-se a requisição pelo Juiz de informações a órgãos da Administração Pública sobre a existência e localização de bens do devedor, máxime

quando consistente em quebra do sigilo fiscal, bem constitucionalmente protegido. AGRAVO DE PETIÇÃO conhecido e improvido (*Proc.: 1310/1995-004-07-00-9 - Julg.: 09.02.04 - Publ.: DOJT/7ªRG: 23.03.04 - Rel.: Juiz Judicael Sudário de Pinho*).

FGTS. MULTA. COMPLEMENTAÇÃO. EXPURGO INFLACIONÁRIO. PRESCRIÇÃO.

DIFERENÇA DA MULTA DE 40% DO FGTS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. PRESCRIÇÃO - A partir da vigência da Lei Complementar nº 110 de 29.06.2001 - que reconheceu o direito à correção monetária do FGTS resultante dos planos Verão e Collor - teve início a prescrição bienal para se reclamar diferença da multa de 40% sobre o saldo do FGTS, decorrente do complemento dos depósitos fundiários, determinado pela supramencionada lei. Recurso conhecido e improvido (*Proc.: 1739/2003-007-07-00-6 - Julg.: 20.09.04 - Publ.: DOJT/7ªRG: 09.11.04 - Rel.: Juiz Manoel Arízio Eduardo de Castro*).

FGTS. MULTA. COMPLEMENTAÇÃO. EXPURGO INFLACIONÁRIO. PRESCRIÇÃO BIENAL.

DIFERENÇA DA MULTA DE 40% DO FGTS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. PRESCRIÇÃO - Com a vigência da Lei Complementar 110/2001, garantindo a correção monetária do FGTS resultante dos Planos econômicos “Verão e Collor”, iniciou-se a contagem do prazo prescricional bienal para se efetivar o pleito da diferença da multa relativa ao Fundo de Garantia, que diz respeito à complementação dos depósitos de FGTS, constante da Lei supramencionada (*Proc.: 1376/2003-011-07-00-8 - Julg.: 09.09.04 - Publ.: DOJT/7ªRG: 30.09.04 - Rel.: Juiz Antonio Carlos Chaves Antero*).

FGTS. PRESCRIÇÃO.

PROFESSOR. JORNADA ESPECIAL DE TRABALHO. SALÁRIO. PROPORCIONALIDADE. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. DESCABIMENTO.

FGTS. PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA - “É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho”. (ENUNCIADO DA SÚMULA Nº 362, DO C. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO).

PROFESSORA. SALÁRIO PROPORCIONAL ÀS HORAS TRABALHADAS. ENUNCIADO 363 DO TST - A contraprestação pecuniária deve ser proporcional ao número de horas trabalhadas, entendimento cristalizado no TST através do Enunciado 363. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NÃO CABIMENTO - Ausentes os requisitos estabelecidos nos Enunciados nºs 219 e 329 do TST, descabe a condenação em honorários advocatícios na Justiça do Trabalho (*Proc.: 139/2004-021-07-00-8 - Julg.: 10.11.04 - Publ.: DOJT/7ªRG: 13.12.04 - Rel.: Juiz Antonio Carlos Chaves Antero*).

HORA EXTRA. PROVA TESTEMUNHAL. JUSTIÇA GRATUITA. DEFERIMENTO.

HORAS EXTRAORDINÁRIAS - Existindo, nos autos, prova testemunhal segura de que a obreira trabalhava em sobrejornada, correta a decisão judicial que deferiu o pagamento de horas extras diárias excedentes. JUSTIÇA GRATUITA - A garantia do art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988, não revogou a de assistência judiciária gratuita regulada pela Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950, aos necessitados, certo que, para obtenção desta, basta a declaração de que a situação

econômica do interessado não permite vir a juízo sem prejuízo de sua manutenção ou de sua família. Essa norma infraconstitucional põe-se, ademais, dentro do espírito da Constituição, que deseja seja facilitado o acesso de todos ao Poder Judiciário. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO - São devidos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, na conformidade do art. 133, da Constituição Federal de 1988, do art. 22, da Lei nº 8.906/94 e do art. 20, do vigente Código de Processo Civil Brasileiro. Uma vez postulados na inicial e havendo julgamento em favor do obreiro, devem ser deferidos no percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

RECURSOS ORDINÁRIOS conhecidos, improvido o da reclamante e parcialmente provido o do reclamado (*Proc.: 1484/2001-007-07-00-0 - Julg.: 22.03.04 - Publ.: DOJT/7ªRG: 05.05.04 - Rel.: Juiz Juícael Sudário de Pinho*).

JUSTA CAUSA. CRIME CONTRA A HONRA. LESÃO CORPORAL. VERBA RESCISÓRIA. INDEFERIMENTO.

MÃE SOCIAL. LEI 7.644/87. ADICIONAL NOTURNO. HORA EXTRA. INEXISTÊNCIA DO DIREITO.

JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA. INDEFERIMENTO DAS VERBAS RESCISÓRIAS - Restando provada nos autos a existência de justa causa para a rescisão do contrato de trabalho, consubstanciada em “ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições”, mantém-se a sentença de primeiro grau, que indeferiu as parcelas rescisórias vindicadas. PAI SOCIAL. LEI 7.644/87. HORAS EXTRAS E ADICIONAL NOTURNO INDEVIDOS - A atividade de “Pai Social” é regulamentada pela Lei nº 7.644/87, que

contém, nos seus artigos 5º e 19, os direitos e institutos da CLT aplicáveis àquele empregado, dentre os quais não estão as horas extras, nem o adicional noturno. Exercendo, portanto, o reclamante a função de “Pai Social”, não faz jus a tais parcelas. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E IMPROVIDO (*Proc.: 501/2004-008-07-00-0 - Julg.: 18.10.04 - Publ.: DOJT/7ªRG: 28.01.05 - Rel.: Juiz José Antônio Parente da Silva*).

PENHORA. BENS PÚBLICOS. VALIDADE.

AGRAVO DE PETIÇÃO. IMPENHORABILIDADE DOS BENS PÚBLICOS. INVALIDADE DA PENHORA. INOCORRÊNCIA - A executada, invariavelmente, resiste às execuções defendendo a mesma tese da impenhorabilidade dos bens públicos e de que os valores indevidamente penhorados, na realidade, pertencem ao Município de Fortaleza. A aceitação de tal entendimento seria o mesmo que condenar os exequentes ao limbo processual e tornar ineficaz o título judicial.

Agravo conhecido, mas improvido (*Proc.: 1499/1998-011-07-00-0 - Julg.: 26.07.04 - Publ.: DOJT/7ªRG: 20.08.04 - Rel.: Juiz José Ronald Cavalcante Soares*).

PETROLEIRO. TURNO DE REVEZAMENTO. ACORDO COLETIVO. EFEITO. PRORROGAÇÃO. HORA EXTRA. DESCABIMENTO.

PETROLEIRO. TRABALHO EM TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. PRORROGAÇÃO DE EFEITO DE NORMA COLETIVA DE TRABALHO QUANDO SE TRATA DE CLÁUSULA DE NATUREZA JURÍDICA OU DECLARATÓRIA - Por constituir mera interpretação da aplicação do inciso XIV, do art. 7º, da Constituição Federal de 1988, sobre direitos preexistentes

instituídos pela Lei nº 5.811, de 10.10.72, de se admitir que cláusula de natureza jurídica não perde sua eficácia com mera decorrência do prazo da norma coletiva, salvo revogação ou alteração por norma coletiva posterior o que não é o caso dos autos, donde não caber o pedido de horas extras (*Proc.: 1921/1999-002-07-00-8 - Julg.: 20.09.04 - Publ.: DOJT/7ªRG: 09.11.04 - Rel.: Juiz Antonio Carlos Chaves Antero*).

PROFESSOR. ENQUADRAMENTO. NÍVEL SUPERIOR. CONCURSO PÚBLICO. NECESSIDADE.

PROFESSOR MUNICIPAL. ENQUADRAMENTO DE NÍVEL. NECESSIDADE DE NOVO CONCURSO PÚBLICO - O enquadramento do reclamante no cargo de professor nível I (2º grau) para o de professor nível IV (superior), fere frontalmente o art. 37, inciso II, da Constituição Federal, pois trata-se de ingresso no serviço público em cargo diverso daquele para o qual o reclamante prestou concurso público (*Proc.: 710/2003-028-07-00-8 - Julg.: 25.05.04 - Publ.: DOJT/7ªRG: 28.06.04 - Rel.: Juíza Dulcina de Holanda Palhano*).

PROFESSOR. JORNADA ESPECIAL DE TRABALHO. SALÁRIO MÍNIMO. INTEGRALIDADE. GRATIFICAÇÃO DE REGÊNCIA DE CLASSE. QÜINQUÊNIO. LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO. APLICAÇÃO.

PROFESSOR. JORNADA REDUZIDA. SALÁRIO MÍNIMO. INTEGRALIDADE - A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 7º, inciso IV, garante ao trabalhador, como menor contraprestação, o salário mínimo, ainda que a jornada de trabalho seja inferior a oito horas diárias, inclusive ao professor, pois se o legislador tencionasse excluir referido profissional o teria feito expressamente.

GRATIFICAÇÃO POR REGÊNCIA DE CLASSE E QÜINQUÊNIO PREVIS- TOS NA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL. APLICAÇÃO ÀS SITUAÇÕES FÁTICO- JURÍDICAS - As normas contidas no art. 184, da Lei Orgânica do Município reclamado podem ter seu alcance reduzido pela lei instituidora do plano de carreira do magistério, porém a falta desta não obsta a aplicação daqueles dispositivos, que passam a reger plenamente as situações fático-jurídicas. Afinal, os professores não podem ser prejudicados pela inércia do ente público municipal, que não editou a lei regulamentadora. Assim, mantém-se a sentença de primeiro grau, que concedeu ao reclamante a gratificação de 40% por efetiva regência de classe e o adicional de 5% por cinco anos de serviços, previstos no diploma legal indigitado.

RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E IMPROVIDO (*Proc.: 020/2004-026-07-00-7 - Julg.: 07.12.04 - Publ.: DOJT/7ªRG: 03.02.05 - Rel.: Juiz José Antonio Parente da Silva*).

REAJUSTE SALARIAL. DECRETO MUNICIPAL. INCONSTITUCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA. DECRETO MUNICIPAL. REAJUSTE SALARIAL. PRESCRIÇÃO PARCIAL.

REAJUSTE SALARIAL DECORRENTE DO DECRETO MUNICIPAL Nº 7.810/88. APLICABILIDADE - A recorrente, nas razões de seu apelo, percorre a inconstitucionalidade do decreto municipal que arrimou o direito pretendido. É o causador de uma pretensa nulidade desejando alegá-la em seu prol. Ademais, o decreto persiste no mundo jurídico, donde afastar-se essa suposta inconstitucionalidade. Rejeita-se a alegação. PRESCRIÇÃO. DIREITO NASCENTE DE DECRETO. PARCIALIDADE - A prescrição de direito nascente de decreto há

de respeitar a fração temporal excludente, pois tal qual o direito oriundo de lei, aquele que decorre de decreto também se beneficia da prescrição temporal.

Recurso conhecido mas improvido (*Proc.: 1553/2001-005-07-00-2 - Julg.: 29.11.04 - Publ.: DOJT/7ªRG: 31.01.05 - Rel.: Juiz José Ronald Cavalcante Soares*).

REMESSA. EX OFFICIO. HIPÓTESE. EMPREGO PÚBLICO. CONSTITUIÇÃO ANTERIOR. CONCURSO PÚBLICO. INEXIGIBILIDADE. PAGAMENTO EM DOBRO. ENTIDADE. DIREITO PÚBLICO. INAPLICABILIDADE. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. JUSTIÇA DO TRABALHO. LEGALIDADE.

REMESSA EX OFFICIO - Existente no processo do trabalho nas hipóteses previstas no Decreto-Lei nº 779/69, destina-se a remessa *ex officio* a evitar que o interesse público, *lato sensu*, seja lesionado por sentença nula ou írrita.

RELAÇÃO DE EMPREGO PÚBLICO CONSTITUÍDA ANTES DA EDIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. REGRA DO CONCURSO PÚBLICO. IRRETROATIVIDADE - A relação de emprego público reconhecida como existente, sem concurso público, antes do advento da Constituição Federal de 1988, época em que não se exigia concurso público para o ingresso em emprego público, não ofende o disposto no art. 37, inciso II, da Carta Política vigente. DOBRO SALARIAL. ENTE PÚBLICO. NÃO APLICABILIDADE DO ART. 467, CAPUT, DA CLT. O disposto no *caput* do art. 467, da CLT, “não se aplica à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às suas autarquias e fundações públicas” (Parágrafo único do art. 467, da CLT, acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24-8-2001).

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO - São devidos honorários advocatícios na Justiça do

Trabalho, na conformidade do art. 133, da Constituição Federal de 1988, do art. 22, da Lei nº 8.906/94 e do art. 20, do vigente Código de Processo Civil Brasileiro. Uma vez postulados na inicial e havendo julgamento em favor do obreiro, devem ser deferidos no percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

REMESSA EX OFFICIO conhecida e parcialmente provida (*Proc.: 1346/2002-028-07-00-2 - Julg.: 01.12.03 - Publ.: DOJT/7ªRG: 18.02.04 - Rel.: Juiz Judicael Sudário de Pinho*).

REENQUADRAMENTO. SERVIÇO PÚBLICO. PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL.

PEDIDO DE REENQUADRAMENTO NA ÓRBITA DO SERVIÇO PÚBLICO. ÓBICE CONSTITUCIONAL - Sendo o concurso público obrigatório para o ingresso em todos os cargos públicos (CF art. 37, II), vedado o reenquadramento por desvio de função, pois está vedada outra forma de provimento, ainda que indireta. Cabível, no caso, apenas, a diferença de remuneração entre a do cargo ocupado e aquele no qual o servidor desempenha a sua função. Não sendo provado o desvio de funções, correta a decisão que indeferiu o pedido. Recurso conhecido, mas improvido (*Proc.: 721/2003-028-07-00-8 - Julg.: 01.06.04 - Publ.: DOJT/7ªRG: 05.07.04 - Rel.: Juiz José Ronald Cavalcante Soares*).

RELAÇÃO DE EMPREGO. INÍCIO. PROVA TESTEMUNHAL. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. NULIDADE.

REMUNERAÇÃO. FIXAÇÃO DO VALOR. HORA EXTRA. MANUTENÇÃO. PROIBIÇÃO REFORMATIO IN PEJUS.

AVISO PRÉVIO. EXCLUSÃO. SEGURO DESEMPREGO. INDENIZAÇÃO. JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. DEFERIMENTO.

INÍCIO DA RELAÇÃO LABORAL - PROVA TESTEMUNHAL. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE - De se manter a sentença que fixou o início da relação laboral com base em firme prova testemunhal, sendo nulo o contrato de experiência, que demarca data diversa, à luz do princípio da primazia da realidade, consubstanciado no art. 9º da CLT. REMUNERAÇÃO DO AUTOR. FIXAÇÃO CORRETA - De acordo com o conjunto probatório dos autos, jaz correta a sentença de primeiro grau ao fixar a remuneração do autor como sendo valor da diária de R\$ 6,86, somado à média das comissões, no valor de R\$ 350,00, acrescendo-se, ainda, a média das horas extras habituais. HORAS EXTRAS. PRINCÍPIO *NON REFORMATIO IN PEJUS*. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO POR FUNDAMENTO DIVERSO DO DA SENTENÇA - O Juízo recorrido considerou que o reclamante trabalhava às quintas, sábados e domingos, todas as semanas, com jornada aos sábados e domingos de 7h às 21h e, às quintas, além da jornada normal, das 16h às 05h do dia seguinte, condenando a empresa ao pagamento das horas extras que extrapolavam a jornada semanal de 44 horas, em um total de 18 horas extras **mensais**. Contudo, o que se extrai dos autos é que, às quintas-feiras, o labor do reclamante não se iniciava às 7h, mas às 16h, inexistindo falar em sobrejornada superior às 44 horas semanais, mas apenas às 8 horas diárias, aos sábados, domingos e quintas-feiras, em um total semanal de 16 horas e 30 minutos. No entanto, considerando que o recurso ordinário em exame é da parte reclamada, não podendo existir majoração na condenação, sob pena de ferimento ao princípio do *non reformatio in pejus*, é de se manter a condenação em 18 horas extras **mensais**. AVISO PRÉVIO TRABALHADO. EXCLUSÃO DA CONDENAÇÃO - Existindo prova documental, nos autos, de que o aviso prévio foi

trabalhado e não indenizado, fato não contraposto pela prova testemunhal dos autos, de se excluir semelhante verba dos títulos da condenação. Recurso Ordinário da reclamada conhecido e parcialmente provido, apenas para excluir da condenação o aviso prévio.

INDENIZAÇÃO SEGURO-DESEMPREGO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. É da Justiça do Trabalho a competência para decidir acerca da indenização substitutiva do seguro-desemprego. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFERIMENTO - Não havendo proibição legal para condenação de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho e inexistindo tratamento específico na lei processual trabalhista, impõe-se o seu deferimento com fulcro nos artigos 20, do CPC, e 133, da Constituição Federal/88.

Recurso ordinário do reclamante conhecido e provido para acrescer à condenação a indenização de seguro-desemprego e os honorários advocatícios (*Proc.: 1425/2003-010-07-00-6 - Julg.: 14.12.04 - Publ.: DOJT/7ºRG: 11.02.05 - Rel.: Juiz José Antônio Parente da Silva*).

RELAÇÃO DE EMPREGO. OPERADOR DE CARGA E DESCARGA. RECONHECIMENTO. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. INCLUSÃO.

VÍNCULO EMPREGATÍCIO - É empregado aquele que satisfaz os requisitos do artigo 3º da CLT (*Proc.: 1523/2003-004-07-00-1 - Julg.: 14.06.04 - Publ.: DOJT/7ºRG: 09.08.04 - Rel.: Juíza Maria Irisman Alves Cidade*).

REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. FRAUDE A LEI. RELAÇÃO DE EMPREGO. RECONHECIMENTO.

RELAÇÃO DE EMPREGO - Provado que a firma de representação comercial foi constituída sob a orientação da reclamada apenas com o propósito de burlar a legis-

lação trabalhista, visto que o reclamante sequer era inscrito no CORECE - Conselho Regional de Representantes Comerciais Autônomos e trabalhava de forma subordinada para a reclamada, impõe-se seja reformada a sentença, para o fim de reconhecer a relação de emprego entre as partes (*Proc.: 1692/2003-001-07-00-2 - Julg.: 30.08.04 - Publ.: DOJT/7ªRG: 24.09.04 - Rel.: Juíza Laís Maria Rossas Freire*).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CE. CONFIGURAÇÃO. ENUNCIADO TST 331-IV.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONFIGURAÇÃO. ENUNCIADO 331 DO TST - A teor do entendimento cristalizado pelo item IV do Enunciado 331 do C. TST, alterado que foi em 11.09.2000, “O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial”.

Em que pese as alegações do recorrente, no tocante a sua exclusão da condenação, o caráter protecionista do Direito do Trabalho, a sua principiologia e teleologia inibem a transformação dos empregados reclamantes em ocupantes de um verdadeiro limbo processual, no qual vêm buscar lã e saem tosquiados. Culpa *in eligendo*, indiscutivelmente, recaindo a responsabilidade subsidiária sobre o recorrente que, na forma da lei, tem direito regressivo contra a original empregadora. Remessa não conhecida. Recurso Ordinário conhecido e improvido (*Proc.: 624/2002-005-07-00-0 - Julg.: 29.11.04 - Publ.: DOJT/7ªRG: 31.01.05 - Rel.: Juiz José Ronald Cavalcante Soares*).

RITO SUMARÍSSIMO. SENTENÇA. CONFIRMAÇÃO. SALÁRIO HORA. PISO SALARIAL. PROPORCIONALIDADE.

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. SENTENÇA. RITO SUMARÍSSIMO. CORRETA ANÁLISE DAS PROVAS. CONFIRMAÇÃO PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. ARTIGO 895, INCISO IV, DA CLT (REDAÇÃO DADA PELA LEI 9.957/2000) - Tratando-se de processo sujeito ao procedimento sumaríssimo e tendo o juiz decidido de acordo com a prova dos autos, cabível a confirmação da sentença por seus próprios fundamentos.

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMADO. SALÁRIO PAGO POR HORA TRABALHADA. PISO SALARIAL DA CATEGORIA. PROPORCIONALIDADE. LEGALIDADE - O salário a ser pago aos empregados contratados sob o regime de tempo parcial será proporcional à sua jornada de trabalho e de acordo com o salário/hora do piso da categoria profissional (*Proc.: 559/2003-003-07-00-1 - Julg.: 02.06.04 - Publ.: DOJT/7ªRG: 02.07.04 - Rel.: Juíza Dulcina de Holanda Palhano*).

SENTENÇA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. INDEFERIMENTO. GRUPO ECONÔMICO. SOLIDARIEDADE. PRESCRIÇÃO. FGTS. MULTA. COMPLEMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA. QUITAÇÃO. INEXISTÊNCIA. TERMO DE RESCISÃO. RESSALVA. IMPOSSIBILIDADE. FGTS. MULTA. COMPLEMENTAÇÃO. EXPURGO INFLACIONÁRIO. EMPREGADOR. RESPONSABILIDADE. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. DEFERIMENTO.

NULIDADE DA SENTENÇA. INEXISTÊNCIA - Mostra-se completa a decisão. Assim, não havendo omissão na decisão,

nem caso de julgamento *citra petita*, estando completa a fundamentação da decisão, nenhuma nulidade há de ser decretada. ILEGITIMIDADE - Na relação empregatícia, a obrigação de pagar a indenização de 40% sobre o saldo do FGTS é do empregador, em virtude de dispensa imotivada do empregado (CF/88, ADCT, art. 10, inciso I). Assim, o fato de ter o empregador, à época da dispensa, pago a multa com base nas informações da Caixa Econômica - o que fez de boa-fé -, não desconfigura a natureza da obrigação, nem altera seu titular.

ILEGITIMIDADE. SOLIDARIEDADE. GRUPO ECONÔMICO - A independência e autonomia das empresas não exclui a possibilidade de formação de grupo econômico, como afirma o AMAURIMASCARO NASCIMENTO, para a configuração do grupo econômico “basta uma relação de coordenação entre as diversas empresas sem que exista uma em posição predominante”.

PRESCRIÇÃO - A publicação da LC 110/2001 não representa ou materializa a lesão do direito à percepção da diferença da multa de 40%, sendo impossível entender que daí conte o prazo inicial da prescrição. O direito à diferença da multa fundiária nasce com o lançamento dos créditos complementares, pois, a partir do crédito remanescente na conta vinculada do trabalhador surge, efetivamente, para o empregador a obrigação de pagar o percentual de 40% do FGTS, face à rescisão contratual imotivada, promovida por sua iniciativa. No caso em exame, não existiu inércia do titular da ação para reclamar os complementos da multa de 40% do FGTS, nem tampouco decorrido o prazo para o exercício do direito de ação.

QUITACÃO - Não há como se falar em quitação, pois a homologação da rescisão contratual se deu em maio/96, data anterior ao reconhecimento do direito à correção do FGTS pelos expurgos dos planos econômicos, advindo com a Lei Complementar

110/2001. Sendo o direito reclamado um reflexo do direito reconhecido pela LC 110/2001, não havia como a reclamante apor, no termo de rescisão contratual, ressalva acerca de direito que à época sequer tinha conhecimento.

DA OBRIGAÇÃO DE PAGAR A DIFERENÇA DA MULTA FUNDIÁRIA - A reparação pecuniária cabe ao empregador, por ser titular originário da obrigação de satisfazer a multa no importe de 40% sobre o saldo fundiário, face à dispensa imotivada do empregado.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFERIMENTO.

RECURSO ORDINÁRIO conhecido, porém, improvido (*Proc.: 1349/2003-006-07-00-0 - Julg.: 04.10.04 - Publ.: DOJT/7^oRG: 28.01.05 - Rel.: Juiz José Antônio Parente da Silva*).

URP. SUPRESSÃO. DIREITO ADQUIRIDO. VIOLAÇÃO.

URP - Constitui violação ao direito do empregado a supressão do índice do IPC no trimestre seguinte ao fato gerador de que trata o DL 2335-87 (*Proc.: 1674/1992-002-07-00-3 - Julg.: 07.06.04 - Publ.: DOJT/7^oRG: 12.07.04 - Rel.: Juíza Maria Irisman Alves Cidade*).

**Decisões de 1ª
Instância**

11ª VARA DO TRABALHO DE FORTALEZA-CE

ATA DE AUDIÊNCIA DO PROCESSO DE Nº 00884/2004-011-07-00-0

Aos 02 dias do mês de agosto do ano 2004, nesta cidade de Fortaleza, às 07h36min, estando aberta a audiência da 11ª Vara do Trabalho desta cidade, na sala de audiências, na Av. Duque de Caxias, 1150, Anexo I, Térreo, com a presença do Sr. Juiz do Trabalho Titular, DR. EMMANUEL TEÓFILO FURTADO, foram, por ordem do Sr. Juiz, apregoados os litigantes: MARIA CRISTINA CASTELO BRANCO COSTA, reclamante e FERNANDO CHINAGLIA DISTRIBUIDORA S.A., reclamado. Ausentes as partes. A seguir, o Sr. Juiz proferiu a seguinte decisão: **RELATÓRIO**. MARIA CRISTINA CASTELO BRANCO COSTA, fartamente qualificada na preludeal, interps reclamação trabalhista contra FERNANDO CHINAGLIA DISTRIBUIDORA S.A., igualmente individualizada, alegando, em suma, que trabalhou para a ré no período declinado na peça de começo, com jornada e salário igualmente indicados, noticiando sobrejornada e o contraimento de LER, por conta de suas atividades de caixa e de operadora de caixa. Suplicou por horas extras e seus reflexos nas verbas rescisórias, bem assim pela condenação da reclamada em danos morais. Içou documentos (f. 10-20). Regularmente notificada na forma da Lei, compareceu a ré à audiência e **após a rejeição da 1ª proposta de pacto**, apresentou contestação escrita, pugnando pela prescrição quinquenal, refutando o cabimento de horas extras, quer pela inoocorrência, quer pela homologação, sem ressalvas, da rescisão contratual no sindicato competente, insurgindo-se, outrossim, contra o pleito de danos morais, sob a alegativa de inexistência de nexo entre o labor da autora e a referida doença. Negando o cabimento de honorários, pugnou, ao final da peça contestatória, pela improcedência da ação. Jungiu vários documentos, que dormitam nos fólhos 041-117, sobre os quais manifestou-se a parte adversa, às f. 125. Procedida a oitiva de três testemunhas autorais (f. 118-121) e uma da reclamada (f. 131-133). As partes informaram não mais possuir provas a produzir. Encerrou-se a instrução. Razões finais remissivas. **Infértil a última proposta de paz**. Até aqui é o relatório, pelo que passo, a seguir, à motivação desta sentença. **FUNDAMENTO**. PEDIDO DE GRATUIDADE PROCESSUAL. Defiro. Inegável que trabalhadora da faixa salarial da reclamante é uma pobre na forma da Lei, não podendo arcar com as custas de um processo judicial, sem prejuízo de seu sustento e o de sua família. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. Acato. Encontram-se infectados pelo vírus da herpética prescrição direitos anteriores a 16.04.1999, tendo em vista que a presente ação foi interposta em 16.04.04. PLEITO DA RECLAMANTE PARA QUE OS DEPOIMENTOS DE SUAS TESTEMUNHAS, COLHIDOS NA 1ª SESSÃO, PERMANECESSEM EM SECRETARIA, ATÉ QUE FOSSEM COLHIDOS OS DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS DA RECLAMADA NA SESSÃO SEGUINTE (f. 124). Repilo. A lealdade processual e a litigância de boa-fé hão de ser acreditadas e presumidas. Ademais, as testemunhas

prestam depoimento mediante compromisso, sob as penas da Lei, inexistindo previsão legal de autos de bastidores que guardem o que não pode ou não deve ser de logo depositado no palco dos autos verdadeiros. *CIRCA MERITA. HORAS EXTRAS.* Defiro, conforme a seguir entabulo. A prova testemunhal da reclamante – três colaboradoras da Justiça, tocando no mesmo diapasão (f. 118-121) - foi cabal em confirmar a jornada declinada na prelude, a saber, 10 horas corridas. Ademais, há uma razoabilidade em se admitir que de fato a demandante cumpria tal jornada, já que era ela a única caixa e que atendia, em média, a 300 clientes da reclamada, quantidade mais de uma vez noticiada nos depoimentos colhidos. Também guarda sintonia com tal prolongada jornada ora admitida o fato de a reclamante poder realizar o atendimento a clientes que optavam por comparecer ao caixa da autora no turno da tarde, o que a fazia labutar tarde adentro, afora o fato de abrir a loja pela manhã bem cedo para despachar os jornaleiros. E não se diga que a homologação sindical alegada pela defendente produza presunção *juris et de jure*. A britanicidade dos pontos anotados (f. 46-101), anos a fio, sem qualquer alteração na hora de entrada e de saída, é por demais sintomático. Ademais, não se pode solapar o princípio da primazia da realidade, que pugna pela opção judicial pelo que parecer ao magistrado exprimir a realidade dos fatos, e não seu dobrar os joelhos frente à frieza de documentos que desnudam uma aparência de realidade, e não a realidade em si. Como não havia labor aos sábados, arbitro que a demandante faz jus a 06 horas extras semanais, já que trabalhava 50 horas semanais, quando o máximo constitucional é de 44 horas. Contudo, como restou provado que a demandante não desfrutava do repouso intrajornada, como estabelece o parágrafo 4º, do art. 71, da CLT, acréscimo mais meia hora por dia, o que totaliza 2 horas e meia por semana, as quais, somadas às 06 horas acima deferidas, totalizam 8 horas e meia por semana, durante todo o contrato de trabalho. Via de consequência, não de ser observados os reflexos sobre as verbas rescisórias indicadas na proemial. Há de se observar, outrossim, a prescrição quinquenal acima decretada. Apuração por cálculos. Adoto como remuneração da reclamante, para efeito de cálculos, com escora no TRCT (f. 015), a importância de R\$ 324,00. Caso necessário, poderá a liquidação se efetivar, em parte, por artigos. *INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.* Defiro, em parte. Não foi subindo os degraus da Penha, singrando os sete mares, descendo as geladas montanhas de Aspen, correndo em volta do Coliseu, rodopiando o *Gugeheim*, escalando os níveis da torre parisiense, precipitando-se do *Gran Cannion* ou margeando, em *vol d'oiseau*, a Cordilheira dos Andes, que a reclamante contraiu LER. Foi efetivamente trabalhando, e trabalhando duro para a reclamada. Quer, totalmente sem razão, a defendente, desvincular a doença adquirida pela promovente do labor que realizava para ela, a suplicada. Perpassa da teoria objetiva para a teoria subjetiva da culpa, num esforço de balde de levar o juízo ao convencimento de que nenhuma responsabilidade teve pelo mal que assolou, física e emocionalmente a ainda jovem trabalhadora, ora em muito desprovida de sua capacidade motora e vilipendiada em sua dignidade de pessoa humana pela dor moral sofrida por haver recebido dos anos de dedicação prestados ao empregador o mais pífio dos antivalores, a ingratidão... Logo se vê que foi do contínuo e desgastante trabalho de anotar diariamente, primeiro numa máquina de calcular e depois

no computador, toda a movimentação de 300 clientes da demandada, que a promovente contraiu LER, isso somado ao fato de a reclamada nunca ter promovido cursos de esclarecimentos para a prevenção da doença, ou mesmo haver instalado equipamentos, materiais e utensílios que pudessem coibir o contraimento de doenças profissionais. É de esclarecer que a reclamante era a única caixa, não tendo outra colega com quem dividisse o trabalho, o qual era tão frenético, que para ir ao banheiro era necessário que prontamente alguém ficasse em seu lugar, como asseverado pela própria testemunha da reclamada. Os atestados colacionados aos autos dão notícia de que efetivamente ocorreu o contraimento da LER pela demandante, a qual teve inclusive que passar pelo risco de cirurgia, para minimizar mal que não tem cura, pois, muita vez, como é de sabença, impede que se desenvolva a mais singela atividade corriqueira, como segurar um talher, fazer a higiene pessoal, ter uma criança ao colo, dirigir ou apoiar-se para evitar uma queda. Tenho como certa a afirmativa da reclamante de que o documento de f. 106 congrega não um exame periódico, mas a própria constatação patronal da doença da reclamante, no momento do desate contratual, e que por razões presumíveis não pôde constar em tal laudo a expressão correta, mas sim a inverídica afirmação de “periódico”. É que a data do mesmo se aproxima da data de ruptura do liame empregatício, como se pode ver do debruço na prova acostada aos autos. Conhecedor que sou de que, na seara do dano moral, o julgador há de fixar o *quantum* pecuniário com o qual se tentará minimizar a dor sofrida pelo lesado, baseando-se na envergadura do dano, na capacidade de quem lesa, de quem é o lesado e de sua necessidade, de tal forma que o valor sirva de desestímulo ao que lesa, a fim de não vir a praticar novas posturas de igual natureza, ao mesmo tempo que não venha a gerar *falire* ao que escoria, hei por bem fixar em 100 salários mínimos a reparação por dano moral que o reclamado há de prestar à reclamante, o que hoje importa na quantia de R\$ 26.000,00 (vinte e seis mil reais). Os honorários advocatícios são devidos, vez que feriria a dignidade da pessoa humana do causídico labutar no processo e não receber sua paga, a qual dignifica seu trabalho, havendo a lei ordinária que se curvar ao comando maior da Carta Política, no que tange à imprescindibilidade do paráclito e à sua dignidade. Fixo a verba honorária em 15%, em consonância com a Lei 5.584/70. **DISPOSITIVO.** Posto isto, deferindo os benéficos da Justiça Gratuita à reclamante, acatando a prescrição quinquenal alegada pela reclamada, para decretar estarem prescritos direitos anteriores a 16.04.99, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE a reclamação trabalhista proposta por MARIA CRISTINA CASTELO BRANCO COSTA contra FERNANDO CHINAGLIA DISTRIBUIDORA S.A., para condenar a reclamada, a pagar à reclamante, no prazo legal, as seguintes parcelas: 8,5 (oito e meia) horas extras por semana, durante todo o contrato de trabalho, observada a prescrição quinquenal, como se apurar, por cálculos; reflexos das horas extras ora deferidas sobre as verbas rescisórias insertas no item II da parte do pedido da exordial (f. 08), como se apurar por cálculos; indenização por dano moral, à base de 100 salários mínimos, importando em R\$ 26.000,00; honorários advocatícios à base de 15% , como se apurar por cálculos. Adoto como remuneração da reclamante, para efeito de cálculos, com escora no TRCT (f. 15), a importância de R\$ 324,00. Caso necessário, poderá a liquidação se

efetivar, em parte, por artigos. Juros e correção incidem. Imposto de renda e contribuições previdenciárias a serem recolhidos na forma da Lei. Custas, pela reclamada, de R\$ 600,00, calculadas sobre R\$ 30.000,00, valor arbitrado. Intimem-se as partes. E, para constar, eu,, **CHEFE DE AUDIÊNCIA**, digitei a presente ata, que segue assinada pelos Srs. Juiz do Trabalho Titular e Diretora de Secretaria.

EMMANUEL TEÓFILO FURTADO

Juiz do Trabalho Titular da 11ª Vara

MARIA DE FÁTIMA DE OLIVEIRA SALLES

Diretora da Secretaria

VARA DO TRABALHO DE CRATO-CE

ATA DE AUDIÊNCIA

NO PROCESSO DE RECLAMAÇÃO Nº 00446/2003-027-07-00-6

Aos trinta dias do mês de março do ano de dois mil e quatro, foi realizada audiência na Única Vara do Trabalho com sede na cidade do Crato/CE, e jurisdição ainda em Altaneira, Antonina do Norte, Araripe, Assaré, Campos Sales, Farias Brito, Jardim, Nova Olinda, Santana do Cariri, Potengi e Salitre, situada à Rua Dom Francisco de Assis Pires, s/n, às 13h10min com a presença do Sr. Juiz do Trabalho Titular, Dr. CLÓVIS VALENÇA ALVES FILHO, que por sua ordem foram apregoados os litigantes: FRANCISCO ROSEFRAN LINS E SILVA E EMATERCE- EMPRESA DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA E EXTENSÃO RURAL, respectivamente, reclamante e reclamado.

Ausentes as partes.

Em seguida, o Juiz Titular proferiu a seguinte decisão:

FRANCISCO ROSEFRAN LINS E SILVA ajuizou reclamação em face de EMATERCE- EMPRESA DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA E EXTENSÃO RURAL, pleiteando: complementação salarial, seus reflexos e demais parcelas elencadas na inicial.

Regularmente notificada, compareceram as partes a audiência no dia e hora designados para a sua realização.

Rejeitada a primeira proposta de conciliação.

Alçada fixada de acordo com a inicial.

Dispensados os depoimentos pessoais.

Fim das provas. Encerrada a instrução.

Proferidas as razões finais.

Rejeitada segunda proposta conciliatória.

É O RELATÓRIO.

FUNDAMENTAÇÃO DA CARÊNCIA DE AÇÃO

Não vislumbro como acolher a preliminar em questão. Os argumentos lançados aos autos, pela parte reclamada, não são suficientemente capazes de convencer este juízo das razões de sua existência.

Como bem traduz a expressão utilizada pelo Ex.^{mo} Sr. Juiz, membro do Egrégio Tribunal do Trabalho da Sétima Região, Dr. Ronald Cavalcante, no acórdão proferido no processo nº 01625/2003-008-07-00-2, onde figurou como recorrente João Giucélio Ferreira Guimarães e recorrido Petróleo Brasileiro S.A – PETROBRÁS, publicado no Diário Oficial da Justiça do Trabalho que circulou no Município de Crato-CE, em 11 de junho de 2004:

“O direito é o porto onde os naufragos da sociedade buscam abrigo para se livrar dos vagalhões da prepotência e da iniquidade”.

Desta forma não acolho a preliminar em comento.

DO MÉRITO DA EQUIPARAÇÃO SALARIAL

A parte reclamante vem em busca da tutela jurisdicional desta Justiça Especializada na tentativa de ver agasalhada sua pretensão quanto à equiparação salarial pretendida.

Em sua exordial, alega que foi contratado pela parte reclamada em 15 de maio de 1982, para exercer a função de técnico em desenvolvimento agropecuário, percebendo atualmente, a remuneração de R\$ 1.981,58 (mil novecentos e oitenta e um reais e cinquenta e oito centavos).

Esclarece a parte reclamante que em virtude de decisão judicial, proveniente de uma reclamação proposta por parte dos empregados da reclamada, estes obtiveram aumento salarial.

Adianta mais que diante desses fatos, passou a existir na empresa duas tabelas de vencimentos para o mesmo cargo e mesma jornada.

Diz ainda que ele, equiparando, recebe o salário no valor de R\$ 1.981,58 (mil novecentos e oitenta e um reais e cinquenta e oito centavos), enquanto que o Sr. Eaildo Macedo Luna, percebe o importe de R\$ 4.385,16, (quatro mil e trezentos e oitenta e cinco reais e dezesseis centavos).

Cita, como fulcro a seu pleito, os termos do artigo 461 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Em continuação aos seus argumentos, relata a parte reclamante que estando presentes os pressupostos do dispositivo Consolidado, citado nas linhas pretéritas, é irrelevante o fato de que o desnível salarial tenha ocorrido em virtude de uma decisão judicial que trouxe benefício para o paradigma.

A parte reclamada, por seu turno, lança aos autos o argumento de que entre o paradigma e equiparando existe **uma diferença de tempo de serviço superior a 02 (dois) anos, uma vez que o reclamante foi admitido em 15 de maio de 1982 e o paradigma em 08 de novembro de 1972.**

Diz ainda que as partes litigantes fizeram um acordo. Entretanto, não juntou prova da homologação da conciliação mencionada. Traz apenas a petição protocolada na Junta de Conciliação e Julgamento, nomenclatura da época.

No tocante à assertiva quanto a diferença do tempo de serviço aduzida pela parte reclamada, é desprovida de qualquer amparo. Esquece a parte reclamada que já se tornou ponto pacífico na órbita desta Justiça Especializada que a diferença de 02 (dois) anos aventada no § 1º, do artigo 461 Consolidado, é pertinente à **função** e não ao tempo em que equiparando e paradigma tenham de emprego naquela empresa.

Não provado o interstício de tempo superior a dois anos no exercício da **mesma função**, entre equiparando e paradigma e confessado o fato constitutivo (função idên-

tica) compete à parte reclamada a prova de que a produtividade e perfeição técnica são diferentes entre o paradigma e o paragonado.

Os autos noticiam que o empregador admite que equiparando e paradigma exerceram a mesma função. Dão ciência ainda, que nenhuma impugnação quanto à perfeição técnica e à produtividade foi argüida pela parte reclamada. Sendo assim, é ônus da parte reclamada provar a existência de fato impeditivo à pretensão perseguida.

Em se tratando de equiparação salarial entre dois empregados que exercem a mesma função, cabe ao empregador comprovar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação pretendida, à luz dos termos do Enunciado 68 do Excelso Tribunal Superior do Trabalho, demonstrando o não preenchimento dos requisitos de identidade absoluta exigida pelo artigo 461 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Diante de todas as razões supracitadas e lastreado no princípio da isonomia, reconheço a equiparação salarial reivindicada, na exata forma constante da petição inicial.

DA COMPLEMENTAÇÃO SALARIAL E SEUS REFLEXOS NAS FÉRIAS, GRATIFICAÇÕES NATALINAS, DESCANSOS REMUNERADOS E DEPÓSITOS FUNDIÁRIOS NO PERÍODO DE NOVEMBRO DE 1998 A NOVEMBRO DE 2003

Os pedidos em análise estão diretamente relacionados ao pleito da equiparação salarial. Sendo assim, uma vez cabível o principal, não há como por à margem o acessório. Por ilação, procedem as reivindicações em apreço, à luz do que foi reivindicado na peça vestibular.

DAS ANOTAÇÕES NA CTPS

Deferido o pedido principal, ou seja, a equiparação salarial, toda e qualquer anotação, no documento de identificação profissional da parte reclamante deve ser realizada, de acordo com o importe salarial ora reconhecido em favor da parte reclamante.

DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

O artigo 133 da Carta Magna em vigor não expurgou da órbita desta Justiça Especializada o *jus postulandi* das partes, nem alterou os pressupostos legais para a concessão dos honorários advocatícios nesta Justiça Trabalhista. Saliente-se mais, que nenhuma inovação legal é colocada no tocante à participação do advogado no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista. Semelhante disposição já se observava no artigo 68 da antiga lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, não tendo jamais se extraído dele serem devidos honorários advocatícios à parte vencedora na Justiça do Trabalho, pelo contrário, sempre a doutrina e a jurisprudência entenderam haver necessidade de disposição expressa a respeito, conforme se depreende do disposto no artigo 20 do CPC vigente e no artigo 65 do anterior. No tocante a Justiça do Trabalho, existem disposições específicas, razão não havendo para aplicação subsidiária do artigo 20 do CPC. É imprescindível o preenchimento das exigências contidas no artigo 14 da lei 5.584/70, bem interpretada pelos Enunciados das Súmulas nºs 219 e 329 do Colendo TST, para que sejam devidos os honorários em epígrafe.

As súmulas e os acórdão infratranscritos espelham a posição adotada pelo C.TST e pelo E.TRT da 7ª Região, respectivamente:

“Enunciado nº 219 Honorários advocatícios. Hipótese de cabimento - Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios, nunca superiores a 15%, não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal, ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (Res. 14/1985 DJ 19-09-1985) Referência: Leis nºs 1060/50, art. 11 e 5584/70, arts. 14 e 16.

Enunciado nº 329 Honorários advocatícios. Art. 133 da Constituição da República de 1988 - Mesmo após a promulgação da Constituição da República de 1988, permanece válido o entendimento consubstanciado no Enunciado 219 do Tribunal Superior do Trabalho. (Res. 21/1993 DJ 21-12-1993) Referência: CF-88, art. 133 - CLT, art. 791 - Lei nº 5.584/70 - Enunciado 219 do TST.

D.O. Nº 106 __ 16/06/99

ACÓRDÃO Nº 003648/99 – 1º REMESSA ‘EX-OFFICIO’ Nº 01838/99 – RECLAMANTE: ALBERÔNIO VIEIRA ROCHA – RECLAMADO: MUNICÍPIO DE CAMPOS SALES – JUÍZA RELATORA: LAÍS MARIA ROSSAS FREIRE – ADVOGADOS: PROCURADORIA DO MUNICÍPIO – JOSÉ WANDERLEY RODRIGUES – JUNTA DE ORIGEM: JCJ DE CRATO.

EMENTA: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – INDEVIDOS QUANDO NÃO SATISFEITAS AS EXIGÊNCIAS DA LEI 5.584/70. Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, impondo-se, para sua concessão, o preenchimento, pelo empregado, dos requisitos da Lei 5.584/70 (assistência sindical e percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do seu sustento ou de sua família).

ACORDAM OS JUÍZES DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO, por unanimidade, conhecer do recurso oficial e, por maioria, pelo voto de desempate da Presidência, dar-lhe parcial provimento para excluir da condenação as férias, a liberação das guias do seguro desemprego e os honorários advocatícios. Vencidos o Juiz Revisor que excluía da condenação a multa rescisória e a liberação das guias do seguro desemprego e os Juizes José Ronald Cavalcante Soares e Francisco Tarcísio Guedes Lima Verde Júnior que mantinham a sentença original.

D.O. Nº 092 __ 24/05/02

ACÓRDÃO Nº 01229/2002 – RECURSO ORDINÁRIO Nº 00590 2002 - RECORRENTE: SÃO VICENTE EMP. DE PETRÓLEO LTDA. – RECORRIDO: VALDEMIR RIBEIRO DA SILVA - RELATOR: ANTONIO CARLOS CHAVES

ANTERO – ADVOGADOS: FRANCISCO WELLINGTON L. GUIMARÃES – GILBERTO ALVES FEIJÃO - 024ª VARA DO TRABALHO DE SOBRAL (0049). EMENTA: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – INDEVIDOS. Indevidos os honorários advocatícios, inexistência dos pressupostos contidos nos Enunciados das Súmulas n.ºs 219 e 329 do Colendo TST.

ACORDAM OS JUÍZES DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO, por unanimidade, conhecer do recurso e, por maioria, dar-lhe parcial provimento para excluir da condenação os honorários advocatícios, no mais, a r. sentença de primeiro grau, deve ser mantida, por seus próprios e jurídicos fundamentos. Vencidos os Juizes Maria Irisman Alves Cidade e Jefferson Quesado Júnior que mantinham a sentença original”.

Por ilação, incabíveis os honorários em análise, uma vez que a parte reclamante procura a tutela jurisdicional desta Justiça Especializada assistida por causídico particular.

CONCLUSÃO

Pelas razões acima expostas, **DECIDO**, na qualidade de **JUIZ TITULAR DA 27ª VARA DO TRABALHO - CRATO**, e jurisdição ainda em Altaneira, Antonina do Norte, Araripe, Assaré, Campos Sales, Farias Brito, Jardim, Nova Olinda, Santana do Cariri, Potengi e Salitre, decido julgar **PROCEDENTES EM PARTE** os pedidos constantes na presente reclamatória, para condenar a parte reclamada, **EMATERCE - EMPRESA DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA E EXTENSÃO RURAL**, a pagar à parte reclamante, **FRANCISCO ROSEFRAN LINS E SILVA**, à luz dos termos da inicial, dentro do prazo de 48 (quarenta e oito) horas, após o trânsito em julgado:

1. Equiparação salarial, nos exatos termos pleiteados na petição inicial;
2. Complementação salarial e seus reflexos: nas férias, gratificações natalinas, descansos remunerados e depósitos fundiários, no período de novembro de 1998 a novembro de 2003.

Deve, ainda, a parte reclamada efetuar as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social do reclamante, pertinentes ao pacto laboral, à luz dos termos da inicial, com base no importe salarial ora reconhecido.

Tudo em fiel observância à fundamentação supra, que passa a fazer parte integrante da presente conclusão.

O *Quantum Debeat* deverá ser apurado em liquidação, por cálculo, e seu montante corrigido na forma da Lei nº 8.177/91 e Lei nº 8.660/93, mais juros de mora de 1% (um por cento), ao mês.

Custas no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), pela parte reclamada, calculadas sobre R\$ 100.000,00 (cem mil reais), valor dado à causa e avocado para este fim.

A parte reclamada deverá apresentar, em 48 horas, após o pagamento, cópia das quitações do que for devido à Fazenda Nacional, ao INSS e as Contribuições Sociais

incidentes sobre o FGTS (Lei Complementar nº 110/2001), para anexação aos autos, conforme legislação em vigor.

NOTIFIQUEM-SE AS PARTES.

OFICIE-SE À DRT E AO INSS.

OFICIE-SE TAMBÉM À CEF EM VIRTUDE DO QUE PRECEITUA A LEI COMPLEMENTAR Nº 110/2001.

E, para constar, eu, _____, Elise Nogueira Davis de Abreu, Chefe de Audiência, lavrei a presente ata, conferida por Paulo Rogério da Cunha Moura, _____, Diretor de Secretaria, que depois de lida e achada conforme, vai assinada pelo Juiz Titular.

(original assinado)

CLÓVIS VALENÇA ALVES FILHO

Juiz Federal do Trabalho Titular

**ATA DE AUDIÊNCIA
NO PROCESSO DE RECLAMAÇÃO Nº 00080/2004-027-07-00-6**

Aos trinta dias do mês de abril do ano de dois mil e quatro, foi realizada audiência na 27ª Vara do Trabalho - Crato/CE, e jurisdição ainda em Altaneira, Antonina do Norte, Araripe, Assaré, Campos Sales, Farias Brito, Jardim, Nova Olinda, Santana do Cariri, Potengi e Salitre, situada à Rua Dom Francisco de Assis Pires, s/n, às 9h55min, com a presença do Sr. Juiz do Trabalho Titular, Dr. CLÓVIS VALENÇA ALVES FILHO, que por sua ordem foram apregoados os litigantes: **EVERTON PÉRICLES MACEDO DE PINHO E NETMICRO INFORMÁTICA CURSOS E SERVIÇOS EM MICROCOMPUTADOR**, respectivamente, reclamante e reclamado.

Ausentes as partes.

Em seguida, o Juiz Titular proferiu a seguinte decisão:

EVERTON PÉRICLES MACEDO DE PINHO ajuizou reclamação em face de **NETMICRO INFORMÁTICA CURSOS E SERVIÇOS EM MICROCOMPUTADOR**, pleiteando: Despedida indireta, diferença salarial e demais parcelas elencadas na inicial.

Regularmente notificadas, compareceram as partes a audiência no dia e hora designados para a sua realização.

Rejeitada a primeira proposta de conciliação.

Alçada fixada de acordo com a inicial.

Colhidos os depoimentos pessoais e de suas testemunhas.

Fim das provas. Encerrada a instrução.

Proferidas as razões finais.

Rejeitada segunda proposta conciliatória.

É O RELATÓRIO.

**FUNDAMENTAÇÃO
DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ**

Argüi a parte reclamada a litigância de má-fé aduzindo que a parte reclamante altera a verdade dos fatos e utiliza a reclamatória para atingir objeto ilegal.

Após análise minuciosa dos autos, constata este Juízo a inexistência da má-fé alegada. A parte reclamante busca a Tutela Jurisdicional desta Justiça Trabalhista com o intuito de reaver direitos que entende devidos pela parte reclamada.

Como bem traduz a expressão utilizada pelo Ex.^{mo} Sr. Juiz, membro do Egrégio Tribunal do Trabalho da Sétima Região, Dr. Ronald Cavalcante, no acórdão proferido no processo nº 01625/2003-008-07-00-2, onde figurou como recorrente João Giucélio Ferreira Guimarães e recorrido Petróleo Brasileiro S.A – PETROBRÁS, publicado no Diário Oficial da Justiça do Trabalho que circulou no Município de Crato-CE, em 11 de junho de 2004:

“O direito é o porto onde os naufragos da sociedade buscam abrigo para se livrar dos vagalhões da prepotência e da iniquidade”.

Assim, inacolhe este juízo a prejudicial em análise.

DO MÉRITO

DA EXISTÊNCIA DO CONTRATO DE TRABALHO

Antes de adentrarmos no cerne da discussão trazida à colação, aduziremos algumas considerações sobre o contrato de trabalho.

Evaristo de Moraes Filho:

“Contrato individual de trabalho é o acordo pelo qual uma pessoa natural se compromete a prestar serviços não eventuais a outra pessoa natural ou jurídica, em seu proveito e sob suas ordens, mediante salário”.

Octávio Bueno Magano:

“Contrato de trabalho é o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física se obriga, mediante remuneração, a praticar serviços, não eventuais, a outra pessoa ou entidade, sob direção de qualquer das últimas”.

Orlando Gomes e Elson Gottschalk:

“Contrato de trabalho é a convenção pela qual um ou vários empregados, mediante certa remuneração e em caráter não eventual, prestem trabalho pessoal em proveito e sob a direção do empregador”.

Américo Plá Rodriguez:

“Contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa se obriga a prestar uma atividade em proveito e sob a direção de outra pessoa, a qual por sua vez se obriga a retribuir-lhe”.

Délio Maranhão:

“Contrato individual do trabalho é o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (empregado) se obriga a prestar serviço não eventual em proveito de outra pessoa, física ou jurídica (empregador), a quem fica juridicamente subordinada, e que se obriga a uma contraprestação (salário)”.

Roberto Barreto Prado:

“É o acordo, expresso ou tácito, em virtude do qual uma pessoa física se obriga a exercer suas atividades profissionais, em caráter continuado sob a direção de outrem, mediante uma remuneração”.

Dentre as denominações utilizadas entre os doutrinadores e os juristas para caracterizar a relação existente, podemos destacar: contrato de emprego; relação de emprego; relação de trabalho; contrato de trabalho; contrato individual de trabalho; vínculo empregatício; pacto laboral, dentre outras.

A expressão contrato individual de trabalho foi, primeiramente, usada em 1815 por Hubert-Valleroux e, em 1896, por Fabre-Guettes, como título de livro, em substituição à antiga expressão “locação de serviços”.

Ressalte-se que o Código Civil Brasileiro, em 1916, repete a expressão “locação de serviços”, já substituída na Europa, em 1815.

A expressão contrato de trabalho somente apareceu no Brasil com a Lei nº 62, de 05 de junho de 1935.

A Consolidação das Leis do Trabalho adota a expressão “contrato individual de trabalho”, apesar de vitoriosa na doutrina e consagrada nas legislações, continua sendo questionada no presente, após ter sido no passado.

Entre os doutrinadores que contestam a expressão acima, podemos citar:

Plainol, que considera a denominação como inútil ou falsa do ponto de vista jurídico. É muito genérica. O trabalho pode ser objeto de contratos muito diferentes (locação, empreitada, sociedade, prestação gratuita, o mandato etc.). Ele preferia a denominação de “contrato de arrendamento de trabalho”.

Charles Gide a critica, dizendo que não se designa um contrato pelo seu objeto (“o trabalho”, no caso). Seria o mesmo que se dizer contrato de casa, de terra ou de dinheiro. O que importa na denominação é o estado de direito que ele cria. No caso em tela, o contrato cria um estado de assalariado. Deveria ser, portanto, “contrato de assalariado”, assim como “contrato de matrimônio”.

Modernamente, Mario L. Deveali critica a denominação, afirmando não poder ela ficar restrita ao trabalho subordinado, devendo também compreender o trabalho autônomo.

Cotrin Neto prefere a expressão “contrato de emprego” por melhor compreender a idéia de trabalho subordinado.

Há razões, entretanto, para a manutenção da denominação generalizada de contrato de trabalho, assim vejamos:

- Tem a vantagem de indicar, sem sombra de dúvidas, o objeto do contrato - o trabalho;
- Não antecipa a respectiva natureza jurídica;
- Por ser genérica, abrange diversas espécies (é próprio do gênero possuir espécies).

No mais, ressalte-se que a denominação contrato de trabalho já tem consagração universal.

Somos filiados à corrente doutrinária que, segundo Evaristo de Moraes Filho, defende que a caracterização jurídica do contrato individual de trabalho, para diferenciá-lo e distingui-lo dos demais contratos privados, se faz pelos seguintes elementos:

Direito privado: é de natureza privada, porém de ordem pública. Há normas de direito dispositivo (*jus dispositivum*) e normas de direito imperativo (*jus cogens*);

Consensual: não se trata de contrato solene. Não é formal. *Solus consensus obligat*. Basta o simples consentimento para obrigar as partes. Este pode ser expresso (verbal ou por escrito) ou tácito. Não depende da entrega de nenhuma coisa, como nos contratos reais;

Sinalagmático perfeito: sinalagmático é sinônimo de bilateral. As partes se obrigam reciprocamente. Nenhuma das partes pode reclamar o cumprimento da prestação alheia, se ainda não cumpriu a sua. É perfeito, porque cria direitos e obrigações recíprocas. Diverge dos contratos unilaterais;

Comutativo: vem do latim *commutare* (trocar). Ao contrário dos contratos aleatórios, naqueles do tipo comutativo, a estimativa da prestação, da extensão das prestações de ambas as partes é conhecida desde o momento da celebração do contrato;

Trato sucessivo: caracteriza-se o contrato de trabalho como de execução continuada. O contrato não se exaure com o cumprimento de uma só prestação. Existe uma “relação de débito permanente” (Gierke), quanto às partes contratantes. A prestação de trabalho, no contrato, não é do tipo instantânea;

Tipo de adesão: é sinônimo de contrato-tipo. Reduz-se muito àquela longa fase de regateio de cláusulas, nos contratos em geral. É reflexo da moderna característica do dirigismo estatal. Embora de adesão, cada empregado, porém, se individualiza tanto na celebração, quanto na execução do contrato;

Oneroso: distingue-se do contrato gratuito. Não há prestação gratuita de serviço. A natureza do contrato é alimentar. Ambas as partes obrigam-se a uma prestação determinada e recebem vantagens em troca. Há sacrifícios e vantagens para ambos os contratantes;

Subordinativo: uma das partes, o empregado, está permanentemente subordinada à outra, o empregador. Há um estado de débito permanente em relação ao aspecto patrimonial. Há um estado de direção e fiscalização também permanente, em relação ao aspecto individual. Não se trata de subordinação técnica, nem econômica, nem social, mas sim de subordinação jurídica.

Délio Maranhão diz que:

“Relação jurídica de trabalho resulta de um contrato de trabalho. O contrato de trabalho (subordinado) é sinônimo de relação de emprego. Há o *vinculum juris*.”

Buscando o direito comparado para definirmos a figura do empregado temos:

Argentina - (DL - 33.302/45)

“*Es toda persona que realice tareas en relacion de dependencia para uno o varios empleadores, alternativa, conjunta o separadamente, em forma permanente, provisória, accidental o supletoria*”;

México (Ley Federal de Trabajo, art. 30)

“*Trabajador se toda persona que presta a outra um serviço, material, intelectual y de ambos generos, en virtud de um contrato de trabajo*”;

Brasil (CLT - art. 3º)

“Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviço de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário”.

Parágrafo único: “não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual”.

Conceituando o empregador, citaremos alguns doutrinadores, assim vejamos:

Orlando Gomes:

“Devedor da contraprestação salarial e outras acessórias; credor da prestação de trabalho e de sua utilidade, é ele a figura central da empresa, no seu dinamismo econômico, social e disciplinar”.

“A expressão empregador designa, na técnica do Direito do Trabalho, a pessoa natural ou jurídica que utiliza, dirige e assalaria os serviços de outrem, em virtude de contrato de trabalho”;

Otávio Bueno Magano:

“Empregador, a quem também se denomina patrão, doador de trabalho, chefe de empresa, empresário ou principal, é toda entidade que se utiliza de trabalhadores subordinados”. (Fala-se em entidade para se estabelecer que empregador não é apenas a pessoa física e jurídica senão também outros entes não dotados de personalidade jurídica). Os parênteses são nossos.

Saliente-se que qualquer pessoa pode ser empregado. Não há restrições decorrentes de sexo, idade, nacionalidade, cor, estado civil, graduação ou categoria.

Entretanto, é necessário que haja a presença do elemento subjetivo - o *animus contrahend* (propósito de trabalhar como empregado).

Não podem ser considerados empregados as pessoas que prestam serviços, sob certo tipo de coação (presidiários, prisioneiros de guerra, prestação de serviço em cumprimento a determinação judicial, militares). Também pessoas que trabalham com outras finalidades (trabalho cívico, religioso, assistencial ou mera amizade).

É mister salientar que existem requisitos, de natureza objetiva, referentes às condições em que o trabalho é prestado, que devem estar presentes para que possa uma pessoa ser considerada empregado. São eles: personalidade a *intuitu persone*; subordinação; continuidade (não eventualidade na prestação); onerosidade (remuneração) e exclusividade (este discutido entre os doutrinadores). Saliente-se que este último ajuda, mas não é necessário.

Após as explanações feitas nas linhas anteriores, passamos a enfocar o cerne da questão que gerou esta reclamatória.

O pedido principal é o reconhecimento da existência do contrato individual de trabalho, nos exatos termos do artigo 442 Consolidado.

A reclamada nega que tenha havido entre os litigantes uma relação empregatícia.

Sendo assim, o ônus da prova recaiu sobre quem procurou a tutela jurisdicional desta Justiça Especializada.

Manuseando os autos, constata-se, sem qualquer sombra de dúvida, que houve entre as partes uma relação de trabalho subordinado.

A parte reclamante se desincumbiu do ônus que lhe cabia à luz do que preceituam o artigo 818 da CLT e o inciso I do artigo 333 do CPC, fonte subsidiária do processo trabalhista.

Os requisitos previstos no artigo 3º Consolidado, se encontram presentes na relação de trabalho que existiu entre os litigantes.

O reconhecimento da relação empregatícia requer prova inofismável pelas conseqüências que podem gerar. As provas carreadas aos autos pela parte reclamante foram suficientemente capazes de convencer este Juízo da existência de uma relação

subordinada entre os litigantes. Na ótica deste Juízo, e com fulcro em tudo que consta nos autos, a parte reclamante se desincumbiu do ônus que lhe cabia pois provou que na relação que manteve com a parte reclamada se apresentava os requisitos exigidos no art. 3º, da Consolidação das Leis de Trabalho.

Na ata de audiência, constante às fls.37/41, a preposta em seu depoimento, aduz que:

“o reclamante começou a trabalhar em 15 de janeiro de 2003; que a assinatura constante no documento de fls. 10 é da irmã da depoente; que sua irmã é empregada da empresa, na função de secretária; que a empresa não utiliza o documento de fls. 11 como comprovante de pagamento de salário dos empregados; que não se encontra de posse de nenhum documento que espelhe o comprovante de pagamento de salário; que o reclamante trabalhava segunda, quarta e sexta, de 8h às 11h e das 13h às 15h, e aos sábados das 8h às 11h; que o curso não funciona aos domingos, pois nunca conseguiu formar turma; que a empresa possui no total 8 empregados; que a empresa possui livro de ponto que o reclamante não registrava o seu horário porque sua carteira não chegou a ser assinada; que pagou os salários de janeiro e fevereiro, não pagou março, todavia não se encontra de posse dos comprovantes de pagamento”.

Diante das provas trazidas aos autos, e do depoimento da preposta da empresa transcrito nas linhas pretéritas, reconheço a existência de um contrato de trabalho subordinado.

DO REGISTRO DA RELAÇÃO NA CTPS

Diante dos termos das linhas pretéritas que reconhecem a existência da relação subordinada, deve a parte reclamada proceder às anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social da parte reclamante, à luz dos dados constantes da exordial.

DAS HORAS EXTRAS “na proporção de 50% e 100%”

Acompanha este Juízo o entendimento do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Sétima Regional, quanto à necessidade da parte **reclamante provar, de forma robusta, o trabalho em horário extraordinário**, à luz dos acórdãos infratranscritos:

*“Acórdão n° 004615/99 - 1º Recurso Ordinário n° 01349/99 - Recorrente: José Elizeu Rodrigues - Recorrido: SAAEC - Soc.Anônima de Água e Esgoto do Crato - Juiz Relator: João Nazareth Pereira Cardoso - Advogados: Pedro Felício C. Neto e Francisco José de Brito - Junta de origem: JCJ do Crato - **Ementa: Horas Extras. Exigência de Prova Cabal.** O deferimento de horas extras exige prova incontestada, o que não ocorreu na espécie. Recurso Ordinário conhecido, porém, improvido. **ACORDAM** os Juizes do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento. Relatório e voto constantes dos autos integram o presente acórdão”.*

“Acórdão n° 00920/99 - 1º Recurso Ordinário n° 07335/98 - Recorrente: Mário Antonio Araújo de Castro - Recorrido: Disbel – Distrib. de Bebidas Fortaleza Ltda. - Juiz Relator: José Ronald Cavalcante Soares - Advogados: Antonio Gomes

Pereira e Eduardo Pragmácio de L. Teles - Junta de origem: 009 JCJ de Fortaleza - Ementa: Horas Extras. Necessidade de Prova Cabal. Aquele que alegar em Juízo trabalho em jornada extra terá que provar o que alegou. Não o fazendo, é como se nada houvera dito. No caso dos autos, assim ocorreu: o demandante não conseguiu se desincumbir do ônus da prova, deixando ruir a construção que tentara erigir. Recurso Ordinário conhecido mas improvido.

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento. Relatório e voto constantes dos autos integram o presente acórdão”.

À luz do que dizem as transcrições acima, para se acolher o pedido de horas extras as provas devem ser robustas, para que possa convencer de forma inconteste o julgador de sua realização. A prova é de quem alega, no caso dos autos os depoimentos das testemunhas trazidas a colação não dão a este juízo segurança plena para acolher a reivindicação do reclamante.

Por ilação, indefiro o pedido.

DAS FÉRIAS VENCIDAS EM DOBRO, SIMPLES E PROPORCIONAIS ACRESCIDAS DE 1/3

Conforme reluzem as linhas anteriores, foi reconhecida a existência da relação empregatícia. Sendo assim, diante da ausência de provas de quitação das parcelas em questão, cabíveis os pleitos.

DAS GRATIFICAÇÕES NATALINAS INTEGRAIS DE 2002 e 2003 e PROPORCIONAIS DE 2004

Mais uma vez não há provas nos autos do pagamento das parcelas em questão. Desta forma, os pedidos em análise devem ser acolhidos na forma reivindicada. Ressalte-se que, a integralidade da gratificação natalina de 2002 é cabível uma vez que o reclamante deu início ao liame empregatício em 10 de janeiro, tendo, portanto, trabalhado uma fração superior a 15 (quinze) dias no mês referente ao início do pacto laboral.

DOS SALÁRIOS RETIDOS DOS MESES DE: JANEIRO, FEVEREIRO E MARÇO DO ANO EM CURSO

Inexistindo provas da quitação das parcelas em apreço procedem os pedidos.

DO SEGURO DESEMPREGO “COM BASE NO SALÁRIO EQUIPARADO OU ENTÃO COM BASE NO PISO SALARIAL DA CATEGORIA”

Improcede o pedido da parcela analisada, uma vez que, a legislação que regulamenta o seguro desemprego não prevê o pagamento de indenização por parte do empregador, em caso de não liberação do documento próprio para o seu recebimento. Deveria o reclamante procurar a tutela jurisdicional desta Justiça Especializada, na busca da liberação das guias, para se habilitar ao pagamento da parcela em epígrafe.

DA “APLICAÇÃO DAS PENALIDADES COM PERCENTUAL DE 25% CONFORME DETERMINA A CONVENÇÃO COLETIVA” E “DAS DIFERENÇAS SALARIAIS”

A parte reclamada apesar de respaldar suas reivindicações no instrumento coletivo, não junta aos autos a convenção coletiva de trabalho para que este Juízo pudesse dela ter conhecimento. Assim, extingo os pedidos sem julgamento de mérito.

DA “APLICAÇÃO DAS MULTAS DE 10% REFERENTE AO ATRASO PARA REALIZAÇÃO DA HOMOLOGAÇÃO DA RESCISÃO CONTRATUAL”

O pedido em questão é no mínimo inusitado. O reclamante, conforme se depreende de sua exordial às folhas 06, reivindica a rescisão indireta do seu contrato de trabalho. Todavia, no mesmo parágrafo pleiteia a aplicação da multa em questão pelo atraso no pagamento das verbas rescisórias, por parte da reclamada. Pergunto! Que atraso? Se é o próprio reclamante que vem em busca da tutela jurisdicional desta Justiça Especializada, para ver declarado extinto o seu contrato de trabalho por irregularidade do seu empregador! Improcede o pedido.

DA RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO

A ausência do cumprimento das obrigações oriundas da Consolidação das Leis do Trabalho, consoante ficou devidamente comprovado nos autos, autorizam a este julgador declarar a rescisão indireta do contrato de trabalho em apreço. É do conhecimento de todos que uma vez caracterizada a existência de uma relação empregatícia, as obrigações a ela inerentes não podem deixar de ser cumpridas, não tendo, a parte reclamada, respeitado as condições contratuais, procurando, inclusive, camuflar sua existência, forçoso a este Juízo reconhecer o direito da parte reclamante em ver rescindido o seu pacto laboral de forma indireta.

DOS RECOLHIMENTOS FUNDIÁRIOS

Por ausência de provas dos recolhimentos dos depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, procede o pedido, bem assim, a multa de 40% (quarenta por cento), diante do acolhimento do pedido de rescisão indireta do contrato de trabalho.

DO VALOR DO SALÁRIO

Não conseguiu provar a parte reclamante que tenha pactuado receber um valor superior ao mínimo legal. Portanto, a base de cálculos das parcelas aqui deferidas de ser o importe pertinente ao salário mínimo nacionalmente unificado.

DO AVISO PRÉVIO

Pacífico o entendimento, na órbita desta Justiça Especializada, de que nos casos de rescisão indireta do contrato de trabalho é devido o aviso prévio. Por ilação, defiro o pleito.

DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

O artigo 133 da Carta Magna em vigor não expurgou da órbita desta Justiça Especializada o *jus postulandi* das partes, nem alterou os pressupostos legais para a concessão dos honorários advocatícios nesta Justiça Trabalhista. Saliente-se mais, que nenhuma

inovação legal é colocada no tocante à participação do advogado no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista. Semelhante disposição já se observava no artigo 68 da antiga lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, não tendo jamais se extraído dele serem devidos honorários advocatícios à parte vencedora na Justiça do Trabalho, pelo contrário, sempre a doutrina e a jurisprudência entenderam haver necessidade de disposição expressa a respeito, conforme se depreende do disposto no artigo 20 do CPC vigente e no artigo 65 do anterior. No tocante a Justiça do Trabalho, existem disposições específicas, razão não havendo para aplicação subsidiária do artigo 20 do CPC. É imprescindível o preenchimento das exigências contidas no artigo 14 da lei 5.584/70, bem interpretada pelos Enunciados das Súmulas nºs 219 e 329 do Colhendo TST, para que sejam devidos os honorários em epígrafe.

As súmulas e os acórdão infratranscritos espelham a posição adotada pelo C.TST e pelo E. TRT da 7ª Região, respectivamente:

“Enunciado nº 219 Honorários advocatícios. Hipótese de cabimento - Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios, nunca superiores a 15%, não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal, ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (Res. 14/1985 DJ 19-09-1985) Referência: Leis nºs 1.060/50, art. 11 e 5.584/70, arts. 14 e 16.

Enunciado nº 329 Honorários advocatícios. Art. 133 da Constituição da República de 1988 - Mesmo após a promulgação da Constituição da República de 1988, permanece válido o entendimento consubstanciado no Enunciado 219 do Tribunal Superior do Trabalho. (Res. 21/1993 DJ 21-12-1993) Referência: CF-88, art. 133 - CLT, art. 791 - Lei nº 5.584/70 - Enunciado 219 do TST.

D.O. Nº 106 __ 16/06/99

ACÓRDÃO Nº 003648/99 – 1º REMESSA ‘EX-OFFICIO’ Nº 01838/99 – RECLAMANTE: ALBERÔNIO VIEIRA ROCHA – RECLAMADO: MUNICÍPIO DE CAMPOS SALES – JUÍZA RELATORA: LAÍS MARIA ROSSAS FREIRE – ADVOGADOS: PROCURADORIA DO MUNICÍPIO – JOSÉ WANDERLEY RODRIGUES – JUNTA DE ORIGEM: JCJ DE CRATO.

EMENTA: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – INDEVIDOS QUANDO NÃO SATISFEITAS AS EXIGÊNCIAS DA LEI 5.584/70. Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, impondo-se, para sua concessão, o preenchimento, pelo empregado, dos requisitos da Lei 5.584/70 (assistência sindical e percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do seu sustento ou de sua família).

ACORDAM OS JUÍZES DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO, por unanimidade, conhecer do recurso oficial e, por maioria, pelo voto de

desempate da Presidência, dar-lhe parcial provimento para excluir da condenação as férias, a liberação das guias do seguro desemprego e os honorários advocatícios. Vencidos o Juiz Revisor que excluía da condenação a multa rescisória e a liberação das guias do seguro desemprego e os Juízes José Ronald Cavalcante Soares e Francisco Tarcísio Guedes Lima Verde Júnior que mantinham a sentença original.

D.O. N° 092 __ 24/05/02

ACÓRDÃO N° 01229/2002 – RECURSO ORDINÁRIO N° 00590 2002 - RECORRENTE: SÃO VICENTE EMP. DE PETRÓLEO LTDA. – RECORRIDO: VALDEMIR RIBEIRO DA SILVA - RELATOR: ANTONIO CARLOS CHAVES ANTERO – ADVOGADOS: FRANCISCO WELLINGTON L. GUIMARÃES – GILBERTO ALVES FEIJÃO - 024ª VARA DO TRABALHO DE SOBRAL (0049). EMENTA: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – INDEVIDOS. Indevidos os honorários advocatícios, inexistência dos pressupostos contidos nos Enunciados das Súmulas n°s 219 e 329 do Colendo TST.

ACORDAM OS JUÍZES DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO, por unanimidade, conhecer do recurso e, por maioria, dar-lhe parcial provimento para excluir da condenação os honorários advocatícios, no mais, a r. sentença de primeiro grau, deve ser mantida, por seus próprios e jurídicos fundamentos. Vencidos os Juízes Maria Irisman Alves Cidade e Jefferson Quesado Júnior que mantinham a sentença original”.

Por ilação, incabíveis os honorários em análise, uma vez que a parte reclamante procura a tutela jurisdicional desta Justiça Especializada assistida por causídico particular.

DA PRESCRIÇÃO QÜINQUÊNAL ARGÜIDA

Não há, no caso dos autos, nenhuma parcela prescrita. O reclamante declarou em sua exordial que começou a trabalhar em 10 de janeiro de 2002. As linhas pretéritas noticiam que este Juízo reconheceu a existência do contrato de trabalho à luz dos dados constantes da inicial. Razão por que, não acolho a prescrição argüida. Não consigo vislumbrar de onde veio a idéia da parte reclamada de que o reclamante estava pleiteando parcelas do ano de 1988, conforme cita às folhas 23, 24 e 27.

CONCLUSÃO

Pelas razões acima expostas, **DECIDO**, na qualidade de **JUIZ TITULAR DA 27ª VARA DO TRABALHO - DO CRATO**, e jurisdição ainda em Altaneira, Antonina do Norte, Araripe, Assaré, Campos Sales, Farias Brito, Jardim, Nova Olinda, Santana do Cariri, Potengi e Salitre, decido **EXTINGUIR SEM JULGAMENTO DE MÉRITO**, os pedidos de “aplicação das penalidade com percentual de 25% conforme determina a convenção coletiva” e “das diferenças salariais” e julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, a presente reclamatória, para condenar a parte reclamada, **NETMICRO INFORMÁTICA CURSOS E SERVIÇOS EM MICROCOMPUTADOR**, a pagar à parte reclamante,

EVERTON PÉRICLES MACEDO DE PINHO, à luz dos termos da inicial, dentro do prazo de 48 (quarenta e oito) horas, após o trânsito em julgado, uma vez que acolhida a rescisão indireta do contrato de trabalho:

- 1 Férias em dobro, simples e proporcionais;
- 2 Gratificações natalinas, integrais e proporcionais;
- 3 Salários retidos: janeiro, fevereiro e março de 2004;
- 4 Aviso prévio.

Deve a reclamada proceder ao recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, de todo o período trabalhado, calcular a multa de 40% com base no montante encontrado, efetuar, também, o seu recolhimento e liberá-los no Código 01. Ressalte-se que, havendo valores recolhidos deverão ser compensados. Saliente-se, ainda, que os recolhimentos ora deferidos devem incidir sobre todas as parcelas de cunho salarial acolhidas nesta decisão, à luz do que foi pedido na exordial.

Deve, ainda, a parte reclamada efetuar as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social da reclamante, pertinentes ao desate pacto laboral, à luz dos termos da inicial.

Tudo em fiel observância à fundamentação supra, que passa a fazer parte integrante da presente conclusão.

O *Quantum Debeatur* deverá ser apurado em liquidação, por cálculo, e seu montante corrigido na forma da Lei nº 8.177/91 e Lei nº 8.660/93, mais juros de mora de 1% (um por cento), ao mês.

Custas no valor de R\$ 200,00 (duzentos reais), pela parte reclamada, calculadas sobre R\$ 10.000,00 (dez mil reais), valor dado à causa e advogado para este fim.

A parte reclamada deverá apresentar, em 48 horas, após o pagamento, cópia das quitações do que for devido à Fazenda Nacional, ao INSS e as Contribuições Sociais incidentes sobre o FGTS (Lei Complementar nº 110/2001), para anexação aos autos, conforme legislação em vigor.

NOTIFIQUEM-SE AS PARTES.

OFICIE-SE À DRT E AO INSS.

OFICIE-SE TAMBÉM À CEF EM VIRTUDE DO QUE PRECEITUA A LEI COMPLEMENTAR Nº 110/2001.

E, para constar, eu, _____, Elise Nogueira Davis de Abreu, Chefe de Audiência, lavrei a presente ata, conferida por Paulo Rogério da Cunha Moura, _____, Diretor de Secretaria, que depois de lida e achada conforme, vai assinada pelo Juiz Titular.

CLÓVIS VALENÇA ALVES FILHO

Juiz Federal do Trabalho Titular

**ATA DE AUDIÊNCIA
NO PROCESSO DE RECLAMAÇÃO Nº 00281/2004-027-07-00-3**

Aos vinte e oito dias do mês de setembro do ano de dois mil e quatro, foi realizada audiência na 27ª Vara do Trabalho - Crato, e jurisdição em Altaneira, Antonina do Norte, Araripe, Assaré, Campos Sales, Crato, Farias Brito, Jardim,

Nova Olinda, Potengi, Salitre e Santana do Cariri, situada à Rua Dom Francisco de Assis Pires, s/n, às 10h30min, com a presença do Sr. Juiz do Trabalho Titular, Dr. CLÓVIS VALENÇA ALVES FILHO, que por sua ordem foram apreçados os litigantes: HÉLIO FERREIRA DOS SANTOS E ULIARA AUTO PEÇAS LTDA. (EMPÓRIO DE FREIOS), respectivamente, reclamante e reclamado.

Ausentes as partes.

Em seguida, o Juiz Titular proferiu a seguinte decisão:

HÉLIO FERREIRA DOS SANTOS ajuizou reclamação em face de **ULIARA AUTO PEÇAS LTDA (EMPÓRIO DE FREIOS)**, pleiteando o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço do período contratual, acrescido das multas de 40%, pela despedida sem justa causa, e 20%, pelo não cumprimento da obrigação de recolhimentos fundiários tempestivamente.

Regularmente notificada, compareceu a parte reclamada no dia e hora designados para a realização da audiência.

Rejeitada a primeira proposta de conciliação.

Alçada fixada de acordo com a inicial.

Dispensados os depoimentos pessoais.

Encerradas as provas. Fim da instrução.

Em razões finais, o reclamante aduziu os termos constantes às fls. 40/41, bem como o reclamado.

Rejeitada a segunda proposta de conciliação.

É O RELATÓRIO.

FUNDAMENTAÇÃO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA

A parte reclamante, em sua petição inicial, requer a gratuidade desta Justiça Especializada, sobre o argumento de que sendo pobre na forma da lei, não tem condições de arcar com o ônus do pagamento das custas processuais.

O Egrégio Sétimo Regional em acórdão publicado no Diário Oficial, manifesta posição de que, tendo a parte reclamante requerido a gratuidade em análise, esta deve ser acolhida em qualquer fase processual, e que a só a ela cabe o ônus da veracidade dessa assertiva.

Com o fulcro na posição adotada pelo Segundo Grau de Jurisdição, este Juízo defere o pedido, isentando a parte reclamante de quaisquer ônus pertinentes às custas processuais.

DA LITISPENDÊNCIA

A parte reclamada, em sua defesa, argüi a preliminar em questão, alegando que o pleito pertinente aos recolhimentos fundiários fez parte do elenco dos pedidos constantes na reclamatória nº 00012-2004-027-07-00-7.

Aos autos foram trazidas cópias da petição inicial e da sentença da reclamatória pretérita, e que aqui serve de base para a parte reclamada fundamentar sua pretensão.

Para a análise desta prejudicial, os documentos constantes dos autos são mais que suficientes. Então vejamos:

É verdade que dentre as reivindicações postas na reclamatória tombada nesta Vara sobre o nº 00012-2004-027-07-00-7, consta o pleito pertinente ao recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, de todo o período trabalhado, e a multa de 40% (quarenta por cento), que se apresenta assim redigido, na fundamentação da exordial:

“DOS DEPÓSITOS DO FGTS/DA MULTA DE 40%

***O reclamante não depositou** as verbas referentes ao FGTS durante o período que o postulante trabalhou. Como foi demitido sem justa causa, faz jus a recebê-lo e ainda com a multa de 40% sobre os respectivos valores”. (original sem grifo)*

Veja que a sua fundamentação é eivada de erro. E mais, quando da apresentação do rol dos pedidos, não lembrou o reclamante de reivindicar os depósitos pertinentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, se limitou apenas a apresentar o que ele denominou de **“Estimativa de Depósito do FGTS + 40%”**.

A sentença, ao analisar as reivindicações relacionadas naquela ação, ignorou a questão referente ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, por entender que os equívocos contidos na peça vestibular não permitiam que a possível reivindicação fosse considerada, e muito menos analisada.

Ora, diante do acima exposto, fica evidenciado que o pedido não foi objeto de análise da sentença proferida na reclamatória nº 00012-2004-027-07-00-7.

Percebe-se, de logo, que peca a defesa em dizer o contrário, e por via de consequência em arguir a preliminar em apreço.

Por ilação, não acolho a pretensão da parte reclamada.

DO MÉRITO

DO RECOLHIMENTO DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO E DA MULTA DE 40% (QUARENTA POR CENTO)

Contestando o pleito, diz a reclamada:

“Por outro lado o pedido é incerto e não sabido pois o reclamante não usou nenhum parâmetro para pedir a condenação do FGTS em R\$ 5.913,60, até porque tal verba foi julgada improcedente.

Também já estão incluídos na ação trabalhista anterior todos os comprovantes de recolhimento do FGTS pagos pela reclamada, que mesmo assim o reclamante cobra nesta reclamação as mesmas contribuições, como se a reclamada não tivesse recolhido nenhuma importância em favor do FGTS do Reclamante”.

Das assertivas acima percebe-se que a parte reclamada cometeu um pequeno equívoco, pois esqueceu que aqui estamos tratando de outra ação, e que as provas deveriam ter sido juntadas a estes autos, e não simplesmente mencionar que elas se encontravam, já em outra reclamatória, simplesmente.

Desta forma, por total ausência de provas, cabível o pedido de recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, de todo o período trabalhado, e a multa de 40%

(quarenta por cento), nos exatos termos reivindicados na exordial. Por cautela, caso tenha ocorrido algum recolhimento, e se comprovada na execução, deverá ser compensado para se evitar enriquecimento ilícito.

DA MULTA DE 20% - APLICAÇÃO DO ART. 22 DA LEI DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO

Diz o art. 22 e seus §§:

“Art. 22. O empregador que não realizar os depósitos previstos nesta Lei, no prazo fixado no art. 15, responderá pela incidência da Taxa Referencial – TR sobre a importância correspondente. (Redação dada pela Lei nº 9.964, de 2000)

§ 1º Sobre o valor dos depósitos, acrescido da TR, incidirão, ainda, juros de mora de 0,5% a.m. (cinco décimos por cento ao mês) ou fração e multa, sujeitando-se, também, às obrigações e sanções previstas no Decreto-Lei nº 368, de 19 de dezembro de 1968. (Redação dada pela Lei nº 9.964, de 2000)

§ 2º A incidência da TR de que trata o ‘caput’ deste artigo será cobrada por dia de atraso, tomando-se por base o índice de atualização das contas vinculadas do FGTS. (Redação dada pela Lei nº 9.964, de 2000)

§ 2º-A. A multa referida no § 1º deste artigo será cobrada nas condições que se seguem: (Incluído pela Lei nº 9.964, de 2000)

I - 5% (cinco por cento) no mês de vencimento da obrigação; (Incluído pela Lei nº 9.964, de 2000)

II - 10% (dez por cento) a partir do mês seguinte ao do vencimento da obrigação. (Incluído pela Lei nº 9.964, de 2000)

§ 3º Para efeito de levantamento de débito para com o FGTS, o percentual de 8% (oito por cento) incidirá sobre o valor acrescido da TR até a data da respectiva operação. (Redação dada pela Lei nº 9.964, de 2000)”

Percebe-se que o reclamante, ao requerer a penalidade do art. 22, da Lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, o fez sem ter observado que o teor do referido artigo havia sido alterado pela Lei nº 9.964/00, que o revogou parcialmente. Deveria a parte reclamante ter pleiteado a multa com base na atual redação do art. 22, conforme o disposto acima.

Desta forma, incabível o pleito em epígrafe, na forma requerida, uma vez que não há mais amparo no mundo jurídico.

CONCLUSÃO

Pelas razões acima expostas, **DECIDO**, na qualidade de **JUIZ TITULAR DA 27ª VARA DO TRABALHO - CRATO**, e jurisdição em Altaneira, Antonina do Norte, Araripe, Assaré, Campos Sales, Crato, Jardim, Nova Olinda, Potengi, Salitre e Santana do Cariri, **JULGAR PROCEDENTES EM PARTE** os pedidos constantes na presente reclamatória, devendo a parte reclamada, **ULIARA AUTO PEÇAS LTDA. (EMPÓRIO DE FREIOS)**, a pagar à parte reclamante, **HÉLIO FERREIRA DOS SANTOS**, no prazo de 48 horas, após o trânsito em julgado:

1 O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Deve a parte reclamada proceder ao recolhimento dos depósitos fundiários, de todo o período trabalhado, calcular a multa de 40% com base no montante encontrado, efetuar, também, o seu recolhimento e liberá-los no Código 01. Saliente-se, que os recolhimentos ora deferidos devem incidir sobre todas as parcelas de cunho salarial acolhidas nesta decisão, à luz do que foi pedido na exordial. Caso tenha ocorrido algum recolhimento, e se comprovada na execução, deverá ser compensado para se evitar enriquecimento ilícito.

Tudo em fiel observância à fundamentação supra, que passa a fazer parte integrante da presente conclusão.

O *Quantum Debeatur* deverá ser apurado em liquidação, por cálculo, e seu montante corrigido na forma da Lei nº 8.177/91 e Lei nº 8.660/93, mais juros de mora de 1% (um por cento), ao mês.

Custas de R\$ 118,27 (cento e dezoito reais e vinte sete centavos), pela parte reclamada, calculadas sobre R\$ 5.913,60 (cinco mil e novecentos e treze reais e sessenta centavos), valor dado à causa e avocado para este fim.

NOTIFIQUEM-SE AS PARTES.

OFICIE-SE À CAIXA ECONÔMICA FEDERAL EM VIRTUDE DO QUE PRECEITUA A LEI COMPLEMENTAR Nº 110/2001.

E, para constar, eu, _____, Elise Nogueira Davis de Abreu, Chefe de Audiência, lavrei a presente ata, conferida por Paulo Rogério da Cunha Moura, _____, Diretor de Secretaria, que depois de lida e achada conforme, vai assinada pelo Juiz Titular.

CLOVIS VALENÇA ALVES FILHO

Juiz Federal do Trabalho Titular

VARA DO TRABALHO DE JUAZEIRO DO NORTE-CE

ATA DE AUDIÊNCIA PROCESSO Nº 776/97

JULGAMENTO DE EMBARGO A EXECUÇÃO
EXEQUENTE: MARIA APARECIDA DE OLIVEIRA
EXECUTADO: MUNICÍPIO DE BARBALHA

Vistos os autos.

Embargos a Execução apresentado por MUNICÍPIO DE BARBALHA, que o setor de cálculos adotou a correção do mês do pagamento enquanto deveria ser a do mês subsequente e juros compostos.

Contestando os Embargos a Execução, MARIA APARECIDA DE OLIVEIRA afirma que a correção não merece reparos, pois está correta.

É o relatório.

DECIDO

Ora, com certeza o pagamento do salário no quinto dia do mês subsequente ao vencido constitui mera faculdade concedida ao empregador, pois a época própria de que trata a lei não é outra senão a data do vencimento da obrigação, ou seja, o último dia do mês trabalhado que coincide com a do vencimento da obrigação de dar.

Assim os índices de atualização aplicáveis são os do próprio mês do débito, e não a do mês subsequente ao vencimento da obrigação, pois dentre os princípios do Direito do Trabalho que regem a remuneração encontra-se a periodicidade do pagamento dos salários, permitindo que o trabalhador planeje melhor sua vida econômica e distribua seus recursos financeiros de acordo com as suas necessidades e a de sua família.

A própria Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso X, inclui dentre os direitos dos trabalhadores, além de outros, a proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa.

Nessa linha de raciocínio, entendo que a norma contida no artigo 459, parágrafo único, da CLT, constitui uma faculdade concedida aos empregadores para pagamento de salários até o quinto dia do mês subsequente ao vencido, não transferindo para o mês seguinte ao da época própria a incidência da correção monetária, até porque a lesão ao direito do empregado ocorre no mês trabalhado e não no mês do pagamento.

A matéria é de clareza meridiana, porém a orientação jurisprudencial do Eg. Tribunal Superior do Trabalho, através do SDI, pende no sentido de que a correção monetária, relativa aos salários não pagos na época própria, somente é devida a partir do mês subsequente ao da prestação dos serviços.

Tal circunstância justifica-se pelo fato de que o art. 459 da CLT permite o pagamento “até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido”.

Assim, não teria sentido computar a correção monetária relativa ao mês de referência (em que houve a prestação dos serviços), porque a própria lei estabelece uma tolerância até o quinto dia do mês subsequente.

Por estas razões, e já antevendo efeitos da súmula vinculante, dou provimento aos embargos, para determinar que a correção monetária dos salários seja calculada a partir do mês subsequente ao da prestação dos serviços.

Quanto aos juros, eles devem ser calculados de forma simples, prevista na Lei nº 8.177/1991.

Isto posto, **DECIDO JULGAR PROCEDENTE os Embargos a Execução apresentado pelo MUNICÍPIO DE BARBALHA e determinar que a correção monetária dos salários seja calculada a partir do mês subsequente ao da prestação dos serviços, e que os sejam calculados de forma simples, prevista na Lei nº 8.177/1991.**

Prossiga-se na execução, querendo pode o Exequente apresentar a liquidação.

Notifiquem-se as partes.

Juazeiro do Norte, 01 de abril de 2004.

CARLOS ALBERTO TRINDADE REBONATTO

Juiz do Trabalho

**ATA DE AUDIÊNCIA
PROCESSO Nº 610/04**

CONCLUSÃO

Nesta data faço
concluso os presentes
autos ao Sr. Juiz Federal
do Trabalho.
Juazeiro do Norte,
05.08.04
Diretora de Secretaria

Vistos os autos.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, com fundamento nos artigos 127 a 129 da Constituição da República, 6º, VII, “c” e “d” c/c 83, III, V e 112 da Lei Orgânica do Ministério Público (LC 75/93), e Lei 7.347/85 com os acréscimos introduzidos pela Lei 8.078/90, promove Ação Civil Pública contra o MUNICÍPIO DE BREJO SANTO, pessoa jurídica de direito público interno, representado pelo Prefeito, Sr. FRANCISCO WIDER LUCENALANDIM (art. 12, II, do Código de Processo Civil), alegando que com base em procedimento administrativo instaurado no âmbito da Procuradoria Regional do Trabalho da 7ª Região, nº 273/2003, que tem por objeto a investigação da utilização indiscriminada de mão-de-obra de menores de 18 (dezoito) anos no Município de Brejo Santo, em atividades insalubres, especialmente, na tapagem de buracos na BR 116, no lixão ou aterro sanitário, no matadouro público e em outras atividades produtivas, tais como, vendedores ambulantes, carroceiros e engraxates constata que persiste o grave quadro apontado a partir de fiscalização empreendida pela Delegacia Regional do Trabalho, realizada em 16/03/2004, ocasião em que restou constatada a presença de menores de 16 anos nas seguintes atividades produtivas: 4 trabalhando como engraxate; 15 trabalhando no aterro sanitário; 2 trabalhando com carroças; 1 encontrado no matadouro; 1 vendendo picolé; 1 vendendo confecção; 2 vendedores de frutas.

Com base nesses fatos e considerando o que está previsto no art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal somada a conduta negligente do Município Reclamado busca o Ministério Público do Trabalho a adequação do réu ao ordenamento jurídico vigente, especialmente às normas protetoras dos direitos de crianças e adolescentes, pedindo em sede de tutela antecipada liminar específica de obrigação de fazer/não fazer, que o réu proíba o trabalho de menores de 18 anos nas dependências e nas imediações do “lixão” ou aterro sanitário; no matadouro público; bem como em qualquer outra atividade produtiva exercida em praças, ruas ou logradouros públicos, tais como, os engraxates, os ambulantes ou os carroceiros, mantendo as crianças e adolescentes afastadas desses locais, tudo sob

pena de multa diária de 10 mil reais, reversíveis ao Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, se houver, ou ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT.

Pede também que seja oficiado à União Federal, através do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, para que inclua os menores identificados e retirados do mercado de trabalho - especialmente os já arrolados pela Delegacia Regional do Trabalho (anexo) - no Programa de Erradicação do Trabalho Infantil - PETI.

É o relatório.

DECIDO

Inicialmente, cabe constatar que o Ministério Público está agindo no intuito de promover a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A Constituição Federal no seu artigo 129 indica como função institucional do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Da mesma forma o artigo 5º, *caput*, da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) também confere legitimidade ao Ministério Público para o ajuizamento de ação principal e cautelar, principalmente quando há manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou características do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Também o art. 83, da referida Lei Orgânica do Ministério Público da União – LC 75/93 - dispõe que compete ao Ministério Público do Trabalho propor as ações necessárias à defesa dos direitos e interesses dos menores, incapazes e índios, decorrentes das relações de trabalho, bem como promover a defesa dos direitos e interesses coletivos, especialmente das comunidades indígenas, da família, da criança, do adolescente e do idoso.

Com base nesses preceitos válida e legal é a atuação do Ministério Público do Trabalho visando adotar as medidas necessárias para a defesa dos direitos e interesses dos menores de 18 anos decorrentes de relação de trabalho, bem como para eliminar a exploração do trabalho infanto-juvenil, tanto no setor formal como no informal.

Da mesma forma cabe a esta especializada, com base no previsto na parte final do art. 114 – e, dirimir controvérsias decorrentes da relação de trabalho, sendo desta vara a Jurisdição sobre o Município Réu.

Quanto ao mérito do pedido não há dúvida que cabe a família, a sociedade e ao Estado garantir, com absoluta prioridade, os direitos básicos da criança e do adolescente para uma vida digna e sem exploração – Constituição Federal art. 227.

Também frente a constatação, fartamente documentada pela atuação da DRT/CE, da existência de trabalho infanto-juvenil nos locais indicados e que, com sua conduta omissiva, flagrante esta que o Município tem negligenciado a grave situação social, relativo ao trabalho de menores de 18 anos em ambientes insalubres, o que é vedado constitucionalmente (art. 7º, XXXIII), e deve ter sua postura adequada ao ordenamento jurídico vigente, especialmente às normas protetivas dos direitos de crianças e adolescentes.

Assim, considerando que os fundamentos do pedido são altamente relevantes, tendo em vista a natureza dos direitos e interesses envolvidos, eleitos como prioritários pela Constituição Federal, em especial em relação aos menores que trabalham no lixão ou aterro sanitário, no matadouro e em outros locais insalubres, que lhes expõe a riscos evidentes, como perigo à saúde e à incolumidade física, não pode a justiça procrastinar a solução.

A Lei nº 8.952/94, que instituiu de forma generalizada a **antecipação da tutela**, permite conferir agilidade aos processos, com a imediata realização, parcial ou total, da pretensão, desde que atendidos os pressupostos previstos em lei.

Dispõe o art. 769, da CLT: “Nos casos omissos, o Direito Processual comum será fonte subsidiária do Direito Processual do Trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”.

Com isso, aplicam-se, ao processo laboral, as normas do processo civil, desde que: a) não exista regulação expressa da matéria na CLT; b) não se verifique ofensa aos princípios do processo laboral, ou seja, desde que presente a compatibilidade; c) sejam adaptáveis aos princípios e peculiaridades do procedimento a que se submetem os feitos trabalhistas; d) não esteja presente a impossibilidade material de aplicação (institutos estranhos).

No pertinente à antecipação da tutela, inserida no Diploma Processual Civil, por força do contido na Lei nº 8.952/94, inafastável é sua compatibilidade com o Processo do Trabalho.

Mesmo que as ações trabalhista obedeçam o rito sumário, com prevalência da oralidade e da concentração dos atos processuais, previsão de audiência una e irrecorribilidade das decisões interlocutórias, tudo isso tem o manifesto intuito de emprestar ao procedimento a celeridade necessária e esperada, na prática campeia insuportável lentidão.

Segundo CAPPELLETTI, citado por DALAZEN (Revista do TRT da 9ª Região, jan./dez. 1995, p. 63),

“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”. Observa, ainda, o doutrinador em questão que, presente a natureza alimentar do salário e a conhecer hipossuficiência do trabalhador, o retardamento do deslinde do processo constitui intolerável denegação de justiça. MALLET, transcreve a propósito palavras do PROTO PISANI, que, dada sua propriedade, merecem reprodução: “*Il processo del lavoro*” - *anota ele* – “*è caratterizzato dalla diseguaglianza economica delle parti, che si riflette sullo svolgimento del processo nel senso che la parte economicamente più debole – in quanto dotata di minori capacità di resistenza e di attesa – subisce dalla lunghezza del processo danni gravissimi, spesso irreparabili*”. Por isso, conclui PROTO PISANI, “*è dovere del legislatore, sensibile ai profili sostanziali dell’eguaglianza, individuare gli strumenti tecnici idonei a rimuovere (anche nell’ambito del processo) gli effetti dannosi che derivano dagli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini*” (MALLET, Estêvão. Antecipação da Tutela no Processo do Trabalho. 1ª ed., São Paulo: LTr, 1998, p. 27)

Assim, além de encontrar suporte na lei (CLT, art. 769), a aplicabilidade do disposto nos arts. 273 e 461 do CPC ao Processo do Trabalho constitui necessidade premente, de molde a tornar efetiva a proteção de direito que não encontram a necessária tutela através das vias ordinárias.

Os requisitos para conceder a antecipação da tutela em ação trabalhista estão enumerados nos arts. 273 e 461 – de acordo com o objeto da tutela pretendida -, do CPC, aplicável, subsidiamente, ao Processo do Trabalho, por força do disposto no art. 769 da CLT.

Exigem prova inequívoca e verossimilhança da alegação, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Quando ao *periculum in mora*, deve ser levado em conta os riscos evidentes, com perigo à saúde e à incolumidade física crianças e adolescentes que trabalham no “lixão” ou aterro sanitário, no matadouro e em outros locais insalubres.

No pertinente à reversibilidade, deve ser obedecido o preceituado nos incisos II e III do art. 588 do CPC, consoante preceito inserto no parágrafo 3º, do art. 273 do mesmo CPC, ou seja, não abranger atos que importem alienação do domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro e sobrevindo sentença que modifique ou anule a que foi objeto da execução, restituindo-se as coisas ao estado anterior.

Porém, adotar na íntegra tais preceitos equívale tornar inoperante a medida e nunca conceder a apregoada tutela antecipada.

Com isso, a eventual irreversibilidade dos efeitos do provimento não pode, em hipótese alguma, determinar a exclusão da medida, ante a necessidade de tutelar-se, atendidas as particularidades de cada caso concreto, interesses fundamentais, em especial saúde e segurança de crianças e adolescentes.

Além disso recaindo o provimento antecipativo sobre o cumprimento de obrigação do MUNICÍPIO de proibir o trabalho de menores de 18 (dezoito) anos nas dependências e nas imediações do “lixão” ou aterro sanitário; no matadouro público; bem como em qualquer outra atividade produtiva exercida em praças, ruas ou logradouros públicos, tais como, os engraxates, os ambulantes ou os carroceiros, mantendo as crianças e adolescentes afastadas desses locais não se há de falar, que a concessão da tutela antecipada, irá inviabilizar a reposição das partes, jurídica e faticamente, ao *status quo ante*. Isso porque não há instrumento jurídico válido que possa autorizar o retorno de menores ao trabalho insalubre e degradante, contrário aos preceitos normativos e constitucionais acima invocados.

Além disso, a falta do provimento jurisdicional certamente acarretará gravíssimos prejuízos aos menores expostos a situação de risco.

Diante disso, com suporte no 7º, inciso XXXIII, da Constituição da República, combinado com art. 769, da Consolidação das Leis do Trabalho e arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, e o disposto na Lei 7.347/85, **concedo a tutela antecipada a fim de determinar que o réu proíba o trabalho de menores de 18 (dezoito) anos nas dependências e nas imediações do “lixão” ou aterro sanitário; no matadouro público; bem como em qualquer outra atividade produtiva exercida em praças, ruas ou logradouros públicos, tais como, os engraxates, os ambulantes ou os carroceiros, mantendo as crianças e adolescentes afastadas desses locais, tudo sob pena de multa diária de 10 (dez) mil reais, reversíveis ao Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, se houver no município, ou ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT.**

Com base no mesmo arrazoado, determino também que seja oficiado à União Federal, através do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, para que inclua os menores identificados e retirados do mercado de trabalho - especialmente os já arrolados pela Delegacia Regional do Trabalho - no Programa de Erradicação do Trabalho Infantil - PETI.

Intimem-se as partes, inclusive para audiência inaugural.

CUMPRASE.

Juazeiro do Norte, 05 de agosto de 2004.

CARLOS ALBERTO TRINDADE REBONATTO

Juiz Federal do Trabalho

NOTICIÁRIO

CRESCE ARRECADAÇÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO NO CEARÁ

Entre 2002 e 2003 houve um aumento de 67,95%, saltando de R\$ 7.360.494,36 para R\$ 12.362.269,98 – apuração referente às 20 Varas então existentes. O acréscimo em 2004 chegou a 115,76%, ou, em números exatos, perfazendo um total de R\$ 24 milhões para os cofres públicos.

SITE EFICIENTE

Mensagens procedentes de todo o Estado e de outras regiões do País enaltecem a excelência do *site* do TRT da 7ª Região. A seção Fale Conosco, da Diretoria de Informática, revela que recebeu elogiosas referências ao banco de dados oferecido pelo nosso *site* ao público que o acessa. A modernidade desse serviço levou o TRT do Rio Grande do Sul a manifestar interesse em copiar a Agenda do Advogado, um dos muitos programas constantes da nova página eletrônica da Justiça do Trabalho do Ceará.

MAIS UMA VARA TRABALHISTA

Depois de dez anos, o Ceará ganha mais uma Vara Trabalhista, a qual será instalada na cidade de Tianguá, atendendo à vasta região da Ibiapaba. A inauguração da Vara, funcionando em prédio alugado, aconteceu a 11 de junho de 2004. Parte dos 37 servidores aprovados em concurso público do TRT foi lotada na nova Vara. O Presidente Antonio Carlos Chaves Antero presidiu a solenidade inaugural.

PRECATÓRIOS

O Juízo Auxiliar de Conciliação de Precatórios conseguiu resolver, consensualmente, 7.221 processos em apenas 15 meses de funcionamento. O total negociado com as prefeituras (nada menos de 108 gestores municipais participaram das negociações para recomposição dos débitos trabalhistas), alcançou a quantia de R\$ 79.269.744,86.

CORREIÇÃO

O presidente e corregedor, Juiz Antonio Carlos Chaves Antero, acompanhado do secretário da Corregedoria, Alexei Rabelo Lima Verde, esteve em trabalho de correição nas Varas de Quixadá, Baturité e Limoeiro do Norte. Cada Vara foi vistoriada duas vezes na gestão do Dr. Antonio Carlos Antero.

Contendo substancioso relato dos fatos registrados ao longo dos dois anos da administração, circulou a Revista da Gestão 2002/2004 (Juiz Antonio Carlos Chaves Antero). A edição, a cargo da jornalista Márcia Gurgel Adeodato, revelou o esforço e o caráter de austeridade definidores da gestão que findava.

POSSE DOS NOVOS DIRIGENTES

No dia 25 de junho, os juízes Antonio Marques Cavalcante Filho e Dulcina de Holanda Palhano assumiram, respectivamente, a Presidência e Vice-Presidência do TRT da 7ª Região.

O ato solene da posse foi prestigiado por ilustres personalidades, destacando-se o Prefeito de Fortaleza, Dr. Juraci Magalhães; o Dr. Wagner Barreira Filho, representando o governador do Estado, Dr. Lúcio Alcântara; o Ministro Valmir Campelo, presidente do Tribunal de Contas da União, o general Júlio Lima Verde, comandante da 10ª Região Militar; o dep. Mauro Benevides, representando o presidente da Câmara dos Deputados e o deputado Manoel de Castro Neto, representando o presidente da Assembléia Legislativa do Estado do Ceará.

Na ocasião, usaram da palavra o juiz Manoel Arízio Eduardo de Castro, representando o pleno do Tribunal; o presidente anterior, juiz Antonio Carlos Chaves Antero; o Dr. Nicodemos Fabrício Maia, representando o Ministério Público do Trabalho no Ceará; o Dr. Hélio Leitão, presidente da OAB – Secção do Ceará, e, por último, o novo presidente que fez um síntese do seu projeto administrativo e teceu considerações sobre a reforma do Poder Judiciário.

EXPEDIENTE CORRIDO

O Tribunal do Trabalho e o Fórum Autran Nunes passaram a adotar o sistema de expediente integral, em dois turnos, funcionando ininterruptamente das 7h30min às 18h30min de 2ª a 6ª feira.

A medida recebeu aplausos generalizados, principalmente da Ordem dos Advogados e Ministério Público do Trabalho.

PRECATÓRIOS: MAIS ACORDOS

Sob a presidência do juiz Sinézio Bernardo de Oliveira, o Juízo Auxiliar de Precatórios logrou formalizar novos acordos com as entidades devedoras, totalizando o valor real de R\$ 104.338.783,90. Dentre as prefeituras que assinaram acordos encontram-se as de Quixadá, Maracanaú, Aracoiaba, Crato, Mombaça e Itapipoca.

COLETA SELETIVA DE LIXO

Com apoio da Secretaria Estadual do Meio-Ambiente – SEMACE, o TRT/7ª implantou o projeto de coleta seletiva do lixo.

A técnica da SEMACE, Ângela Bessa, fez palestra para os servidores do Tribunal, ressaltando os numerosos benefícios decorrentes da reciclagem: - economia de energia, redução de poluição, geração de empregos, melhoria de limpeza e higiene da cidade, dentre outros.

EXPOSIÇÃO

No átrio do Anexo 2 do TRT, com prestigiosa presença de público, realizou-se a exposição “No Rítimo das Águas”, constante de cerca de duas dezenas de belas fotografias de Alex Uchôa de vários pontos paisagísticos do território brasileiro.

LIVRO – NOITE DE AUTÓGRAFOS

Nos jardins do edifício-sede do TRT, o juiz Emmanuel Teófilo Furtado lançou livro de sua autoria: “Preconceito no Trabalho e a Discriminação por Idade”. Noite de autógrafos contou com a presença de dezenas de pessoas, entre juízes, funcionários e numerosos amigos do autor.

Numa entrevista ao informativo do TRT, o Dr. Emmanuel enfatiza que no seu trabalho ele assinala a necessidade do resgate da justiça e da igualdade para todas as pessoas, indiferente à sua raça, ideologia ou idade.

CONCURSO DE LITERATURA E ARTE

A promoção do Sindissétima escolheu os melhores trabalhos em concurso de Literatura e Arte. Os premiados foram José Oswaldo, 1º lugar em Crônica; Edilmo Bezerra de Souza, a melhor poesia; Luiziane Façanha, a melhor tela e Alcione Tinoco, vencedora de pintura em porcelana.

**Índice de Decisões de
1ª Instância**

DECISÕES DE 1ª INSTÂNCIA

11ª VARA DO TRABALHO DE FORTALEZA-CE

PROCESSO Nº 00884/2004-011-07-00-0 281

VARA DO TRABALHO DE CRATO-CE

PROCESSO Nº 00446/2003-027-07-00-6 284

PROCESSO Nº 00080/2004-027-07-00-6 289

PROCESSO Nº 00281/2004-027-07-00-3 299

VARA DO TRABALHO DE JUAZEIRO DO NORTE-CE

PROCESSO Nº 776/1997 303

PROCESSO Nº 610/2004 305

Índices de Jurisprudência

Acórdãos do TST

RECURSO DE REVISTA. AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO.

SUPRESSÃO. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL175

RECURSO DE REVISTA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS.

PRESCRIÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 7º, XXIX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO-OCORRÊNCIA....173

RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO DO FGTS171

Acórdãos do TRT da 7ª Região

AÇÃO CAUTELAR INCIDENTAL.....	245
AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	207
AÇÃO RESCISÓRIA	
REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE	219
VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. NÃO-CONFIGURAÇÃO. MATÉRIA CONTROVERTIDA NOS TRIBUNAIS.....	216
AÇÃO REVISIONAL	
INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA CONTINUATIVA	200
CONAB	
EMPREGADA QUE JÁ SE ENCONTRAVA TRABALHANDO À EPOCA EM QUE FOI ANISTIADA. DIREITOS. SUPRESSÃO INDEVIDA	182
CONLUIO ENTRE AS PARTES	
DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA	195
CONTRATO NULO	
AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. EFEITOS	191
CONTRATO TEMPORÁRIO (ART. 37, IX DA CF/88)	
INADEQUAÇÃO. NULIDADE. EFEITOS	191
DECRETO MUNICIPAL EDITADO PARA REGULAR RELAÇÕES ENTRE A EMPRESA PÚBLICA E SEUS EMPREGADOS	
INCONSTITUCIONALIDADE INEXISTENTE	226
DIA 1º DE MAIO.....	203
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO	
OMISSÃO. EFEITO MODIFICATIVO	215
EMPREGADO PÚBLICO CONCURSADO	
CONTRATAÇÃO PELA CLT. DESPEDIDA SEM MOTIVAÇÃO. REINTEGRAÇÃO	256
EMPRESA PÚBLICA	205

EMPRESAS ESTATAIS	
RESCISÃO CONTRATUAL IMOTIVADA. NULIDADE. REINTEGRAÇÃO DO EMPREGADO.....	223
FGTS	
PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA.....	212
FUNDO DE GARANTIA	
PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA.....	240
GAZETEIRO	
RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO.....	187
GESTANTE	
GRAVIDEZ PROVADA APÓS A EXTINÇÃO DO CONTRATO.....	213
HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS	
NÃO CABIMENTO.....	212
HONORÁRIOS DE ADVOGADO.....	183
HORAS EXTRAS	
EXIGÊNCIA DE PROVA CONSISTENTE.....	211
NECESSIDADE DE PROVA ROBUSTA.....	187
MUNICÍPIO	
FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO. FGTS. TERMO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA E COMPROMISSO DE PAGAMENTO, COM VINCULAÇÃO DE RECEITA. DIREITO DO TRABALHADOR AO PAGAMENTO INTEGRAL E IMEDIATO DO FGTS QUANDO DA EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO.....	253
NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL	
NULIDADE. INEXISTÊNCIA.....	233
PESSOA JURÍDICA	
GRATUIDADE PROCESSUAL.....	198
PROCESSO DO TRABALHO	
AÇÃO REVISIONAL.....	245
RECLAMAÇÃO TRABALHISTA	
PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COMPROVADA. IRRELEVÂNCIA DA ADMISSÃO SEM CONCURSO. DIREITO DO TRABALHADOR ÀS VERBAS PRÓPRIAS DO CONTRATO DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE DO GESTOR PÚBLICO PELA IRREGULARIDADE NOS TERMOS DO ARTIGO 37, § 2º DA CF/88.....	221

RECLAMAÇÃO TRABALHISTA E AÇÃO CIVIL PÚBLICA	
COISA JULGADA INEXISTENTE.....	229
RELAÇÃO DE EMPREGO	
ESTAGIÁRIO. INEXISTÊNCIA.....	181
RUPTURA DO PACTO LABORAL DE SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL	
ATO ADMINISTRATIVO QUE, COMO TODOS ELES, CARECE DE MOTIVAÇÃO (PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA).....	189
SALÁRIO PROPORCIONAL ÀS HORAS TRABALHADAS	
EUNCIADO 363 DO TST	212
SENTENÇA <i>EXTRA PETITA</i>	233
SINDICATO	
LIMITAÇÃO DO NÚMERO DE DIRIGENTES ESTÁVEIS	179
VÍNCULO EMPREGATÍCIO	
COOPERATIVA FRAUDULENTA.....	233

EMENTÁRIO do TRT da 7ª Região

AÇÃO DE CUMPRIMENTO

ACORDO COLETIVO

VIABILIDADE 265

AÇÃO RESCISÓRIA

ACORDO. COLUSÃO ENTRE PARTES

DESCONSTITUIÇÃO 265

DESCABIMENTO

PLANO COLLOR. INTERPRETAÇÃO CONTROVERTIDA..... 265

PISO SALARIAL. DIREITO ADQUIRIDO

INTERPRETAÇÃO CONTROVERTIDA. VIOLAÇÃO DA LEI. NÃO OCORRÊNCIA 266

ACORDO

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

EMPREGADOR. RESPONSABILIDADE..... 266

INCIDÊNCIA 266

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO

RELAÇÃO DE EMPREGO. INEXISTÊNCIA 266

AGRAVO REGIMENTAL

IMPROVIMENTO..... 266, 267

LIMINAR. *INAUDITA ALTERA PARS*

DEFERIMENTO. RATIFICAÇÃO 267

AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO

NATUREZA SALARIAL

APOSENTADORIA. SUPRESSÃO

IMPOSSIBILIDADE..... 267

AVISO PRÉVIO

EXCLUSÃO 274

CARÊNCIA DA AÇÃO

IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO 267

CERCEAMENTO DE DEFESA

NÃO OCORRÊNCIA 267

CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA

NULIDADE

RELAÇÃO DE EMPREGO. RECONHECIMENTO 265

CONTRATO DE EXPERIÊNCIA

RESCISÃO ANTECIPADA

FORÇA MAIOR. NÃO OCORRÊNCIA 268

CONVÊNIO. BACEN

CONTA CORRENTE. BUSCA

PROCESSO ELETRÔNICO 268

COOPERATIVA

FRAUDE À LEI

RELAÇÃO DE EMPREGO. RECONHECIMENTO 268, 269

DECRETO MUNICIPAL

REAJUSTE SALARIAL

PRESCRIÇÃO PARCIAL..... 273

DIRIGENTE SINDICAL

ESTABILIDADE. INEXISTÊNCIA

CLT. ARTIGO 522. INOBSERVÂNCIA 269

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

OMISSÃO 269

EMPREGO PÚBLICO

CONSTITUIÇÃO ANTERIOR. CONCURSO PÚBLICO. INEXIGIBILIDADE 274

ESTABILIDADE

REGULAMENTO DA EMPRESA

INEXISTÊNCIA 269

REINTEGRAÇÃO 270

ESTÁGIO

FRAUDE

RELAÇÃO DE EMPREGO. COMPROVAÇÃO 270

EXECUÇÃO

OFÍCIO. EXPEDIÇÃO

DEFERIMENTO 270

RECEITA FEDERAL. BENS. INFORMAÇÃO

QUEBRA DE SIGILO FISCAL..... 270

FGTS

MULTA. COMPLEMENTAÇÃO. EXPURGO INFLACIONÁRIO

EMPREGADOR. RESPONSABILIDADE.....	276
PRESCRIÇÃO.....	271
PRESCRIÇÃO BIENAL.....	271
PRESCRIÇÃO.....	271

GRATIFICAÇÃO DE REGÊNCIA DE CLASSE

QUINQUÊNIO

LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO. APLICAÇÃO.....	273
---	-----

GRUPO ECONÔMICO

SOLIDARIEDADE	276
---------------------	-----

HONORÁRIOS DE ADVOGADO

DEFERIMENTO	274, 276
DESCABIMENTO.....	271
INCLUSÃO	275
JUSTIÇA DO TRABALHO	
LEGALIDADE.....	274

HORA EXTRA

MANUTENÇÃO

PROIBIÇÃO <i>REFORMATIO IN PEJUS</i>	274
PROVA TESTEMUNHAL	271

ILEGITIMIDADE PASSIVA

ALEGAÇÃO PRELIMINAR

PEDIDO PREJUDICADO	265
INDEFERIMENTO.....	276

JUSTIÇA GRATUITA

DEFERIMENTO	271
-------------------	-----

JUSTA CAUSA

CRIME CONTRA A HONRA. LESÃO CORPORAL

VERBA RESCISÓRIA. INDEFERIMENTO	272
---------------------------------------	-----

MÃE SOCIAL. LEI 7.644/87

ADICIONAL NOTURNO. HORA EXTRA

INEXISTÊNCIA DO DIREITO	272
-------------------------------	-----

PAGAMENTO EM DOBRO

ENTIDADE. DIREITO PÚBLICO

INAPLICABILIDADE	274
------------------------	-----

PENHORA

BENS PÚBLICOS

VALIDADE 272

DINHEIRO

SUBSTITUIÇÃO. CARTA DE FIANÇA

INDEFERIMENTO 266

PREVISÃO LEGAL. INEXISTÊNCIA 267

PETROLEIRO

TURNO DE REVEZAMENTO

ACORDO COLETIVO. EFEITO. PRORROGAÇÃO

HORA EXTRA. DESCABIMENTO 272

PRECATÓRIO

TRAMITAÇÃO. RESTABELECIMENTO

AÇÃO REVISIONAL. IMPROCEDÊNCIA 269

PRESCRIÇÃO

FGTS. MULTA. COMPLEMENTAÇÃO

INEXISTÊNCIA 276

PROFESSOR

ENQUADRAMENTO. NÍVEL SUPERIOR

CONCURSO PÚBLICO. NECESSIDADE 273

JORNADA ESPECIAL DE TRABALHO

SALÁRIO. PROPORCIONALIDADE 271

SALÁRIO MÍNIMO. INTEGRALIDADE 273

QUITAÇÃO

INEXISTÊNCIA

TERMO DE RESCISÃO. RESSALVA. IMPOSSIBILIDADE 276

REAJUSTE SALARIAL

DECRETO MUNICIPAL

INCONSTITUCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA 273

REENQUADRAMENTO

SERVIÇO PÚBLICO

PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL 274

RELAÇÃO DE EMPREGO

INÍCIO. PROVA TESTEMUNHAL

CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. NULIDADE 274

OPERADOR DE CARGA E DESCARGA

RECONHECIMENTO 275

UFCE

INEXISTÊNCIA 267

REMESSA. EX OFFICIO	
HIPÓTESE	274
REMUNERAÇÃO	
FIXAÇÃO DO VALOR.....	274
REPRESENTAÇÃO COMERCIAL	
FRAUDE A LEI	
RELAÇÃO DE EMPREGO. RECONHECIMENTO	275
RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA	
CE. CONFIGURAÇÃO. ENUNCIADO TST 331-IV	276
RITO SUMARÍSSIMO	
SENTENÇA. CONFIRMAÇÃO	276
SALÁRIO HORA	
PISO SALARIAL	
PROPORCIONALIDADE	276
SEGURO DESEMPREGO	
INDENIZAÇÃO	
JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA.....	274
SENTENÇA	
NULIDADE	
INEXISTÊNCIA	276
TRABALHO AOS DOMINGOS	
PROVA INEQUÍVOCA	
NECESSIDADE	268
URP	
SUPRESSÃO	
DIREITO ADQUIRIDO. VIOLAÇÃO.....	277

