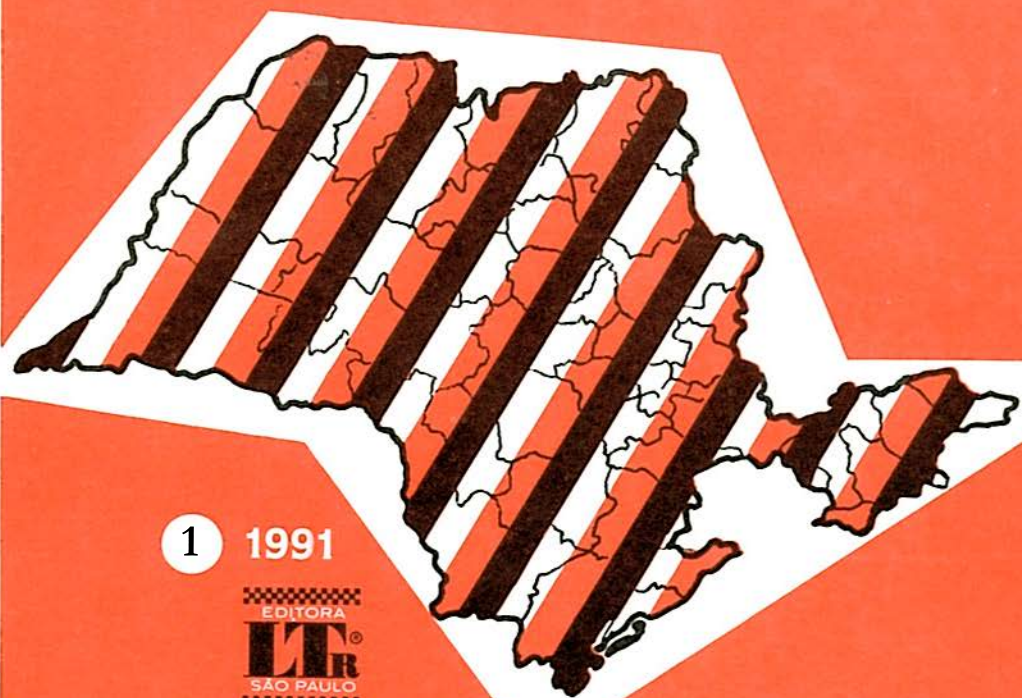


REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO

15.^a REGIÃO



1 1991

EDITORA
LLR[®]
SÃO PAULO



REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO

15ª REGIÃO

1991



COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL PLENO

PRESIDENTE

Juiz Roberto Gouvêa

VICE-PRESIDENTE

Juiz Adilson Bassalho Pereira

CORREGEDOR-REGIONAL

Juiz Oswaldo Preuss

JUÍZES TOGADOS

Roberto Gouvêa
Plínio Coelho Brandão
Adilson Bassalho Pereira
Oswaldo Preuss
José Pedro de Carmargo Rodrigues de Souza
Eurico Cruz Neto
Ernesto da Luz Pinto Dória
Ielton Ayres de Abreu
Antônio Mazzuca
Carlos Alberto Moreira Xavier
Luiz Carlos Diehl Paolieri
Milton de Moura França
Irene Araiium Luz

JUÍZES CLASSISTAS

Bruno Boschetti
Ubirajara Cardoso Rocha
Jair Pereira dos Santos
Nelson Mesquita
Ariovaldo Vieira Alves
Lúcio César Pires
Guilherme Paro
Édison Laércio de Oliveira

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO

15ª REGIÃO

ANO DE 1991

COORDENADOR: JUIZ ROBERTO GOUVÊA
COMISSÃO DA REVISTA DO TRT

Juízes: Carlos Alberto Moreira Xavier
Milton de Moura França
Eurico Cruz Neto
Antonio José de Barros Levenhagen
Gerson Lacerda Pistori

Colaboração da Secretaria Geral da Presidência:
Rogério de Moraes

Revista do Tribunal Regional do Trabalho
15ª Região - n. 1 - jul./dez. - 1991
Campinas - São Paulo

Tribunal Regional do Trabalho
v. semestral

1. Direito do Trabalho - 2. Direito Processual do Trabalho - 3.
Constituição Federal.

(Cód. 855.3)

© Todos os direitos reservados



EDITORA LTDA.

R. Apa, 165 - CEP 01201 - Fone: (011) 826-2788 - São Paulo - Brasil

1991

APRESENTAÇÃO

Ao completar cinco anos de existência, o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região tem a satisfação de lançar o primeiro número de sua revista.

Um lustro é pouco pelo tanto que já se fez na primeira Corte Trabalhista a ter como sede uma cidade interiorana. Desmembrada da 2ª Região, ela foi criada através da Lei n. 7.520/86, sancionada pelo Presidente *José Sarney*. No começo, contava com 38 Juntas de Conciliação e Julgamento, mas de pronto já atendeu suas principais finalidades: aliviar o movimento da jurisdição de origem e atribuir tramitação mais célere para feitos provenientes do Interior do Estado de São Paulo, que constitui área de enorme importância para a economia do País.

A inauguração do novo Tribunal ocorreu no dia 5 de dezembro de 1986, sob presidência do Juiz *Francisco Garcia Monreal Júnior*, que permaneceu no cargo até se aposentar, em 21 de janeiro de 1988, quando assumiu o Vice-Presidente, Juiz *Pedro Benjamin Vieira*, depois eleito para cumprir um mandato completo, encerrado em 10 de dezembro de 1990, ocasião em que começou a atual gestão.

No primeiro ano de atividade, a 15ª Região demonstrou o quanto procediam os ideais daqueles que se empenharam por sua criação. Então, foram autuados 16.732 processos, dos quais 8.378 foram julgados. Em 1988, o movimento foi de 9.252 processos autuados e 9.083 solucionados. Em 1989, 10.054 autuados e 13.013 solucionados, alcançando, em 1990, 14.865 processos recebidos e 11.933 solucionados. No corrente exercício, dados apurados até 30 de abril, 3.589 processos entraram e 1.935 foram julgados.

Hoje, são 69 Juntas em funcionamento. A demanda processual, como é óbvio em tempos de problemas sociais e econômicos, e também como fruto do próprio desenvolvimento que experimenta o principal Estado da Nação, cresce vigorosamente.

Há órgãos de primeira instância na 15ª Região com mais processos que em vários similares de cidades que são Capitais, o que exige intensa dedicação dos 106 Magistrados Titulares e Substitutos, assim como dos servidores. Na instância superior, dentre 23 componentes só não recebem processos os ocupantes dos cargos de administração. Os demais, não vêm medindo sacrifícios para que os acórdãos sejam proferidos com brevidade.

Composto de quatro Turmas e contando com um grupo Normativo para apreciação de dissídios, o Tribunal se mostra consciente quanto à parcela de colaboração que vem proporcionando para dirimir os conflitos obreiros. Esse o mais forte motivo pelo qual se regozija com o presente lançamento, elaborado por expressões de alto gabarito jurídico, que virá se somar às demais publicações do gênero, de maneira a proporcionar subsídios para quantos tenham atuação nos meios Judiciários.

Na honrosa condição de Presidente deste que, segundo as estatísticas, é o terceiro Tribunal do Trabalho do País, torno públicos os agradecimentos aos articulistas que colocaram seu talento e saber à disposição para a iniciativa se transformar em realidade, e ratifico a alegria por participar do histórico momento que se traduz pelo aparecimento de um novo veículo destinado a expressar idéias, teorias e dados que venham a colaborar na busca constante de melhorias para a Justiça especializada.

Roberto Gouvêa
Juiz Presidente

SUMÁRIO

REFLEXÕES PRELIMINARES SOBRE A RENÚNCIA E A TRANSAÇÃO NUM PROCESSO DE FLEXIBILIZAÇÃO LABORAL Orlando Teixeira da Costa	9
ENTENDIMENTO NACIONAL ENTRE EMPRESÁRIOS E SINDICATOS Amauri Mascaro Nascimento	19
REMUNERAÇÃO DAS FÉRIAS Wagner D. Giglio	22
NOVOS RUMOS TRABALHISTAS Manoel Arízio Eduardo de Castro	27
AUTOCOMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS COLETIVOS DE TRABALHO Arion Sayão Romita	32
A DEFESA DOS DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS DE NATUREZA TRABALHISTA Carlos Alberto Moreira Xavier	38
DIREITO COMPARADO COMO FONTE DO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO Ives Gandra da Silva Martins Filho	44
NATUREZA JURÍDICA DA CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO Vlademir de Freitas	50
A EFICÁCIA DAS CONVENÇÕES, ACORDOS COLETIVOS E DAS SENTENÇAS NORMATIVAS, EM FACE DOS PLANOS ECONÔMICOS DO GOVERNO FEDERAL José Antonio Pancotti	70
NOTAS SOBRE MEDIDA CAUTELAR, EM FACE DO INADIMPLEMENTO SALARIAL E LICENÇA-MATERNIDADE Milton de Moura França	75
ANISTIA CONSTITUCIONAL, EM FACE DA COISA JULGADA, E SEU REFLEXO NA EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO – BREVES CONSIDERAÇÕES Milton de Moura França	77
MEDIDA CAUTELAR SATISFATIVA – ALGUMAS NOTAS Edson de Arruda Camara	79
ASPECTOS DA AÇÃO RESCISÓRIA NO PROCESSO DO TRABALHO INCOMPETÊNCIA E VIOLAÇÃO LITERAL DE LEI Eurico Cruz Neto	84
DA PROVA ORAL L. C. Diehl Paolieri	87
DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO Ismal Gonzales	89
O REAL FUNDAMENTO DO DIREITO DO TRABALHO José Roberto Reis de Oliveira	96
	7

O SISTEMA DA PERSUASÃO RACIONAL E O MAGISTRADO Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira Gulla	99
O FGTS DOS SERVIDORES PÚBLICOS Manuel Soares Ferreira Carradita	101
LIBERAÇÃO DE FGTS ATRAVÉS DE ALVARÁ Ronald Soares	104
VÍNCULO EMPREGATÍCIO: CONDIÇÕES DA AÇÃO OU QUESTÃO PREJUDICIAL Francisco Antonio de Oliveira	106
DO SALÁRIO "IN NATURA" Júlio Bernardo do Carmo	112
A CLÁUSULA "REBUS SIC STANTIBUS" NO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO E AS ALTERAÇÕES DA POLÍTICA SALARIAL Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani	125
A GREVE NOS SERVIÇOS ESSENCIAIS E A MISSÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO Otavio Brito Lopes	130
CONTRIBUIÇÕES A FAVOR DO SINDICATO Carlos Moreira De Luca	135
PARCERIA E FALSA PARCERIA Iara Alves Cordeiro Pacheco	140
A PRESCRIÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO Pedro Paulo Teixeira Manus	145
PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE Samuel Corrêa Leite	150
AUTOCOMPOSIÇÃO NOS CONFLITOS INDIVIDUAIS DO TRABALHO – RENÚNCIA DE TRANSAÇÃO Thomas Malm	152
ADMINÍCULOS PARA A INTERPRETAÇÃO DO DISPOSTO NO § 2º, DO ART. 74, DA CLT Francisco Alberto da Motta Peixotto Giordani	156
A NOVA SISTEMÁTICA DO REAJUSTE DE DÉBITOS JUDICIAIS TRABALHISTAS Henrique Damiano e Roberto Basoni Leite	159
RECLAMATÓRIA PLÚRIMA EO ARTIGO 844 DA CLT Valdir de Resende Lara	163
REMESSA "EX OFFICIO" Antônio Bosco da Fonseca	166
O "JUS POSTULANDI" Erodite Ribeiro dos Santos de Biase	168
BREVES NOTAS: A IMPORTÂNCIA DO DIREITO DO TRABALHO NO CENÁRIO SOCIAL Flávio Alegrette de Campos Cooper	170
PARTICIPAÇÃO DOS EMPREGADOS NOS LUCROS DAS EMPRESAS Jaime Cimentti	172

REFLEXÕES PRELIMINARES SOBRE A RENÚNCIA E A TRANSAÇÃO NUM PROCESSO DE FLEXIBILIZAÇÃO LABORAL^(*)

Orlando Teixeira da Costa ^(**)

SUMÁRIO: 1. Flexibilidade nas relações de trabalho; 2. A flexibilidade pela ótica econômica; 3. A flexibilidade laboral e os juristas; 4. Procedimentos de flexibilização laboral; 5. A relação lei-convenção coletiva de trabalho; 6. Consequências sociais da flexibilização; 7. Renúncia, transação e flexibilidade; 8. Conclusão.

1. **Flexibilidade nas Relações de Trabalho** – A realidade que proporcionou as condições necessárias para o surgimento do Direito do Trabalho, induziu os juristas a substituir a preocupação da Igualdade jurídica entre os contratantes, inerente ao direito comum, pelo cuidado de se alcançar uma igualdade substancial entre eles. Com tal procedimento, originou-se o mais importante princípio informador desse direito, qual seja, o princípio protetor, que objetiva nivelar a desigualdade existente entre os interlocutores sociais no campo do trabalho.

Nem por isso, entretanto, deixou de existir a permanente cautela de assegurar a concomitância do justo salário aos trabalhadores e da justa retribuição às empresas, o que levou alguns autores, a exemplo de Montalvo Correa, a atribuir ao Direito Laboral o papel de instrumento defensivo da classe burguesa, visando a limitar as injustiças e proteger o trabalhador, com o propósito de conservar as vantagens do sistema.

O art. 766 da Consolidação das Leis do Trabalho é bastante ilustrativo do que estamos a afirmar, pois ali se diz que "nos dissídios sobre estipulação de salários, serão estabelecidas condições que, assegurando justo salário aos trabalhadores, permitam também justa retribuição às empresas interessadas". Por outro lado, a regra hermenêutica do art. 8º do mesmo estatuto consolidado induz a idêntica consequência pois prescreve que o aplicador da lei deve sempre proceder de tal maneira "que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça

(*) Trabalho preparado para o SEMINÁRIO SOBRE MODERNIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO, organizado pelo Instituto Brasileiro de Direito Social, Seção Brasileira da SOCIÉTÉ INTERNATIONALE DE DROIT DU TRAVAIL ET DE LA SECURITÉ SOCIALE (Genebra) e coordenada pela professora Marly A. Cardone, em comemoração ao Centenário da Encíclica "RERUM NOVARUM" de Leão XIII.

(**) Orlando Teixeira da Costa é Ministro Vice-Presidente do Tribunal Superior do Trabalho e Professor Titular aposentado da Universidade Federal do Pará.

sobre o interesse público'', sendo certo que este interesse sobrepõe-se ao direito subjetivo de quem quer que seja, assegurando, pois, comutatividade do vínculo entre as pessoas.

Além do mais, preservado aquele mínimo de proteção laboral, as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação entre as partes, conforme dispõe o art. 444 da lei consolidada.

Como se vê, pois, ainda que tuitivo, o direito obreiro, pelo menos no Brasil, procurou ser maleável ao buscar realizar a justiça social.

Inaugurou-se, porém, cerca de três lustros atrás, por influência da Economia, uma nova etapa da sua história, que persegue o abrandamento do conteúdo predominantemente de ordem pública da legislação do trabalho, assegurador da eficácia do seu princípio protetor.

Sob a denominação de **flexibilidade** ou de **adaptabilidade**, vem-se ensaiando combater as altas taxas de desemprego e de subemprego manifestadas nos países de economia de mercado em razão de múltiplas causas, dentre as quais podemos mencionar como as mais importantes a elevação do preço do petróleo, a saturação do mercado internacional, a concorrência do Japão e das novas potências industriais do sudeste da Ásia e, finalmente, o aparecimento de novas tecnologias, dentre as quais a robotização.

Esta **flexibilidade** é perseguida através de uma equivalente proteção do trabalhador e da empresa, a fim de assegurar ocupação ao primeiro e garantir a sobrevivência da segunda, por intermédio do uso de técnicas derogatórias das normas legais do Direito do Trabalho, procurando dar aos que trabalham o que é possível e, em contrapartida, aos que empresariam, o que é necessário.

2. A Flexibilidade pela Ótica Econômica – Os economistas, entretanto, possuem uma visão muito particular do que é ou do que deve ser a **flexibilização**.

Entendem eles que "aumentar a produtividade do trabalho é a chave do desenvolvimento" e que hoje em dia "é cada vez mais claro que as **relações de trabalho** e as **formas de remuneração** têm importância decisiva no aumento de produtividade". Para chegar a esta conclusão, assumem uma postura organicista, exposta com muita clareza pelo professor Antônio Delfim Netto. Eis o que disse ele em artigo publicado na FOLHA DE SÃO PAULO de 06 de fevereiro de 1991, página A-2:

"O sistema econômico é muito mais parecido com um organismo do que com um mecanismo, como já queria Alfred Marshall. Ele tem mais semelhança com um animal do que com um relógio. Ele não tem a rigidez dos sistemas mecânicos, mas a **maleabilidade** e **adaptabilidade** dos sistemas orgânicos. Ele possui mecanismos homeostáticos com tendências auto-reguladoras que tentam manter o equilíbrio das variáveis fundamentais do sistema quando sujeito a choques. Quanto mais **flexível**, tanto mais **eficiente**" (grifos nossos).

Fundamental, também, para perceber, na sua inteireza, o que pensam os economistas, é o conhecimento da sua ideologia sobre o trabalhador. Para eles, mão-de-obra é insumo equiparável aos de natureza meramente física. A diferença entre estes insumos é resultante, tão-somente, da maior ou menor rigidez com que são submetidos à ideologia do determinismo materialista, ora de natureza capitalista, ora de natureza marxista.

Ouçamos mais uma vez o professor anteriormente citado:

"Uma das diferenças fundamentais entre os insumos físicos e o insumo mão-de-obra é que os primeiros são sujeitos às leis da física e da química: processos tecnológicos frequentemente regulados por coeficientes fixos: tantos quilowatts/hora por unidade de produto, tantos quilos de alumínio por automóvel... o insumo mão-de-obra não! Como já havia intuído o velho Karl em meados do século 19, a mão-de-obra não é paga nem pelo que produz, nem pela quantidade do trabalho efetivamente fornecida, mas pelo tempo que fica presa no centro produtivo".

E conclui da maneira como já anteriormente registramos:

"Aumentar a produtividade do trabalho é a chave do desenvolvimento. Sem dúvida a relação capital/homem e os avanços tecnológicos são importantes, mas hoje é cada vez mais claro que as relações de trabalho e as formas de remuneração têm importância decisiva no aumento da produtividade" (artigo citado).

Não é outro o entendimento detectado pelos professores Michael Storper e Allen J. Scott, da Universidade da Califórnia, inserido em estudo conjunto que resultou da coleta de dados objetivos. Dizem eles:

"Em geral, a flexibilidade do trabalho decorre da necessidade de acomodar o fator mão-de-obra na produção às variações do volume e da qualidade do produto. Três são os principais âmbitos das relações de trabalho nas quais os produtores tratam de introduzir flexibilidade. Antes de mais nada, podem pretender que se revejam os salários nos períodos de diminuição de preços e que se ajustem acordos salariais trabalhador por trabalhador sobre uma base individualizada e, portanto, politicamente inócua, em vez de negociar por categorias profissionais. Em segundo lugar, talvez queiram valer-se das vantagens de uma flexibilidade interna (isto é, no seio da empresa) mediante estratégias que facilitem a reclassificação da mão-de-obra no entrelaçamento das tarefas. Por último, talvez pretendam obter a flexibilidade externa mediante técnicas que favoreçam o ajuste quantitativo de sua capacidade de absorção de mão-de-obra. Toda situação apresentada em matéria de emprego pressupõe de algum modo uma combinação específica dessas três tendências" (La organización y los mercados locales del trabajo en la era de la producción flexible, publicado na "Revista Internacional del Trabajo", vol. 109, 1990, n. 3, pág 442, tradução do autor deste artigo).

Como é diferente, todavia, a flexibilidade encarada pela ótica do jurista!

3. A Flexibilidade Laboral e os Juristas – O jurista vê no trabalhador uma pessoa humana dotada de dignidade. Para ele, a mão-de-obra não constitui apenas um fator ativo da produção, mas um grupo de pessoas com necessidades básicas que precisam ser satisfeitas, através do ganho que auferirem com o seu trabalho.

O trabalho é, para ele, um instrumento de dominação e transformação da natureza, destinado a contribuir para a felicidade de todos e não apenas para o favorecimento de alguns. Por isso, as relações de trabalho reguladas pelo direito, dele devem fazer um instrumento a serviço da dignidade do homem e não o meio de regular um mecanismo ou um organismo de que o ser humano participe apenas como peça ou como célula.

O trabalhador pertence, sim, a um contexto, mas a um contexto que não entrelaça indivíduos, mas seres humanos capazes de pensar, sentir e agir, dota-

dos de inteligência, sentimento e capacidade de ação; que interatuam competitivamente, mas que também, são capazes de solidarizar-se; que integram uma sociedade não para dominá-la ou para submeter os outros que dela participam, mas que colocam a sua força de trabalho a serviço da humanidade, para ajudá-la a vencer as suas dificuldades materiais e a viver numa perspectiva de ascensão solidária.

Por isso, o Direito do Trabalho tem sido para o jurista um ramo da ciência jurídica inspirado nos princípios da justiça social, usando da técnica da limitação da autonomia da vontade, expressa através de preceitos de ordem pública.

Nele têm prevalecido, até agora, regras imperativas, de índole impositiva ou proibitiva, como, também, de índole complementar, porque o Direito Laboral emergiu em uma situação em que se fazia necessário assegurar ao trabalhador um tratamento jurídico especial, para contrabalançar o poder econômico de que são investidos os empresários.

Se o momento agora é outro e exige um pouco mais de maleabilidade, de modo a permitir não apenas a continuidade do emprego, mas, também, a continuidade da empresa, lembremo-nos de que o Direito do Trabalho sempre foi, em certa medida, flexível e que a questão que agora se põe é saber em que grau pode ser aumentada essa flexibilidade, mediante um processo de adaptação que, garantindo lucro razoável à empresa, continue também a assegurar o necessário, para que o trabalhador possa alcançar um nível de vida condigno.

Onde fazer, como fazer e em que medida fazer esta adaptação, eis o problema que o jurista tem a enfrentar nessa ocasião, pois nem todos os países e regiões estão em condições de receber estas mudanças, no mesmo estilo e em grau idêntico. O que é bom para os países altamente industrializados pode não o ser para os que ainda se encontram numa fase menos avançada de industrialização e, com toda a certeza, para os que sequer conseguiram superar o trabalho meramente artesanal.

O que é bom para uma determinada sociedade particular pode não o ser para outra em estágio diverso de desenvolvimento econômico e que dispõe de uma cultura bem distinta daquela.

Nos países em que já se atingiu um nível de vida generalizado compatível com a dignidade da pessoa humana é possível flexibilizar um pouco mais, em proveito da manutenção desse *status quo*. Mas naqueles em que predomina a miséria, em que a maioria da população é extremamente carente, onde ainda não são suficientes para todos moradia, comida, vestuário, transporte, educação, saúde, higiene e previdência social, as concessões a fazer no plano laboral não podem ser muitas e nem significativas.

Por isso, o jurista deve enfrentar cautelosa e diferenciadamente a questão da flexibilidade laboral, da mesma maneira como enfrentou, outrora, a problemática da questão social.

4. Procedimentos de Flexibilização Laboral – Nos países de economia de mercado, a flexibilidade se tem processado, principalmente, através da negociação coletiva e sob tutela sindical. Substituiu-se, nesses países, a proteção do Estado pela proteção sindical, possibilitando a derrogação consentida de normas legais inderrogáveis.

Lá, por tradição histórica, o Direito do Trabalho sempre evoluiu impulsionado pelos movimentos operários, nascendo, desenvolvendo-se e transformando-se por iniciativa da classe trabalhadora, que, nesses países, possui significati-

vo poder de pressão. Isto é, o Direito Laboral, ali, medra em sentido ascendente, correspondendo à vontade consciente da maioria dos trabalhadores, quando transformado em normas jurídicas.

Os instrumentos desta tarefa são a negociação e a convenção coletiva de trabalho, realizadas em clima e circunstâncias em que é possível identificar a equipolência de liberdade de estipulação entre trabalhadores e empresários. Por isso, nesses países, a adaptação do Direito do Trabalho aos novos tempos, pode-se dizer que vem sendo feita de modo consensual.

Isto é desejável, mas nem sempre possível. É desejável, porque são os trabalhadores quem transigem, protegidos pelo sindicato da sua categoria profissional, mas nem sempre é possível, porque não são todos os países e, dentro de cada um deles, não são todas as regiões, que apresentam sindicatos em condições de exercer uma tutela eficaz, em substituição à do Estado, operada através da lei.

A técnica da flexibilidade negociada justapõe as condições reivindicadas pelos trabalhadores às circunstâncias conjunturais vividas pelas empresas, de modo a possibilitar uma avaliação da situação e obter como resultado transigências recíprocas. Com isto, suprime-se o intervencionismo estatal nas relações de trabalho e estimula-se o fortalecimento dos sindicatos. O nível deste relacionamento é coletivo e não individual, pois, como na parábola das varas, se individual fosse, a fragilidade pessoal isolada do trabalhador não suportaria a pressão econômica do empregador e quebraria.

Daí o perigo que a flexibilização laboral pode oferecer quando, ultrapassando os limites da adaptabilidade sob tutela coletiva, consente nas derrogações manifestadas através de ato unilateral do empregado ou através de ato bilateral, mediante concessões mútuas, mas expressas pela vontade individual do trabalhador e do patrão.

O procedimento da flexibilização sob tutela sindical deve, pois, ser recebido com a necessária cautela em países, onde o sindicalismo não é forte ou, pelo menos, onde esta força não é generalizada. E, com muito maior razão, cautelas redobradas deverão existir em relação à flexibilidade que queira usar como instrumentos a renúncia e a transação.

5. A Relação Lei-Convenção Coletiva de Trabalho – O uso do procedimento da flexibilidade sob tutela sindical implica, necessariamente, em alguns pressupostos.

Não pode haver flexibilidade laboral sob tutela sindical sem o necessário retraimento do princípio da inderrogabilidade das normas de ordem pública, em países como o nosso, vinculado ao sistema jurídico romano-germânico, que erigiu a lei como principal fonte de direito.

Como já lembrou René David, entretanto, "hoje reconhece-se na própria teoria, cada vez mais claramente, que a soberania absoluta da lei é, nos países da família romano-germânica, uma ficção; há lugar, ao lado da lei, para outras fontes muito importantes do direito" ("Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo", pág. 120).

De qualquer maneira, como a lei ainda prevalece nesses países sobre as demais fontes, necessário se faz uma legislação delegante – nomenclatura de Giuseppe Ferraro – legítima a convenção coletiva de trabalho a promover a derrogação das normas inderrogáveis da legislação protecionista do trabalho, que

são de ordem pública, tomando em consideração exigências particulares de ordem conjuntural ou ambiental.

No Brasil, esta legislação delegante é representada pela própria Constituição, pois ela permite, através dos incisos VI, XIII e XIV do seu artigo 7º, que através da convenção ou acordo coletivo de trabalho, se derroguem os preceitos da irredutibilidade do salário, da duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais e da jornada de seis horas, para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento.

Nada impede, no entanto, a promulgação de outras leis delegantes, pois as convenções e acordos coletivos, embora sejam objeto de referência específica nos incisos há pouco citados, também foram reconhecidos genericamente como fonte de direito e sucedâneo da lei (art. 7º, inciso XXVI).

Apenas, se deverá ter o cuidado de não autorizar, por delegação legislativa ordinária, que se derroguem direitos constitucionalmente inderrogáveis. Os preceitos de lei ordinária; no entanto, podem admitir a flexibilização laboral pelo afastamento da natureza de ordem pública de alguns institutos jurídicos, ante determinadas circunstâncias e mediante a configuração de certas situações.

6. Conseqüências Sociais da Flexibilização – Em que pese o freqüente uso hodierno da flexibilização laboral sob tutela sindical nos países de economia de mercado, o que poderia induzir à conclusão da necessária excelência do sistema, muitos efeitos negativos nele têm sido notados, principalmente nos Estados Unidos, como dão notícia os anteriormente citados professores Storper e Scott, da Universidade da Califórnia.

A concorrência agressiva existente nesses mercados, principalmente entre as pequenas empresas, provoca, com bastante freqüência, acelerados aumentos e diminuições da procura de mão-de-obra, assim como elevados índices de fechamento e constituição de empresas. Deste fato resulta que os custos sociais da concorrência são transferidos para os trabalhadores numa proporção não desejável e sob a forma de rotatividade involuntária, com a conseqüente imperiosa necessidade de que os trabalhadores dediquem, a curtos intervalos, grande parte do seu tempo à procura de emprego.

Esta mesma concorrência desenfreada impele as empresas a reduzir, sempre que podem, o número dos empregados que gozam de garantia de emprego e aumentar o número dos empregados em condições mais precárias, entre os quais se inclui pessoal altamente qualificado. Esta fragmentação do mercado de trabalho implica no surgimento de grupos que se beneficiam distintamente da segurança e da vulnerabilidade do emprego, provocando admissões imputáveis muito mais à capacidade individual de aproveitar as ofertas de emprego do que à qualificação profissional ou ao custo da remuneração.

Ante a derrogação das normas de proteção ao trabalho, a flexibilidade laboral tem provocado importantes efeitos sobre os níveis salariais, uma vez que os trabalhadores, que desfrutavam de empregos mais estáveis ou mais seguros no mercado de trabalho, acabam assumindo uma posição negociadora mais forte do que os seus colegas que atuam em atividades revestidas de garantias mínimas. Daí decorre que a flexibilidade não regulada, resultante da derrogação das normas laborais tuitivas, contribui para um acentuado desnível de remunerações, a par de um pronunciado desnível de qualificações.

A flexibilidade também provoca um rápido aumento de empresas ou unidades de produção não mecanizadas, utilizadoras, tão-somente, de trabalho

manual, que recordam o triste quadro das condições de trabalho do século XIX em muitas cidades da Europa e dos Estados Unidos, sendo as primeiras vítimas dessa realidade os trabalhadores não qualificados, na maioria das vezes mulheres e imigrantes.

O quadro anteriormente descrito contribui para deteriorar o orçamento familiar e comunitário, levando muitos trabalhadores a emigrarem em ondas que vão engrossar as massas urbanas vítimas da exploração da força de trabalho. Nos Estados Unidos, ainda segundo Storper e Scott, a competição desse novo proletariado acabou por expulsar os negros de numerosos mercados de trabalho, contribuindo para o desemprego global e para a reconstituição de um subproletariado urbano. A consequência inexorável foi o aumento dos gastos públicos com assistência e para fazer frente a problemas como a violência urbana e o consumo de drogas.

O sistema flexível tem provocado, ainda, a decadência dos sindicatos tradicionais e contribuído, com isso, para reduzir o poder político da classe trabalhadora em seu conjunto. O resultado tem sido a erosão progressiva dos salários dos trabalhadores, tendo como contrapartida o crescimento dos centros de produção que adotam um procedimento flexível.

Finalmente, as incertezas inerentes aos mercados de trabalho flexíveis têm diminuído o estímulo, tanto das empresas como dos trabalhadores, no sentido de investirem na formação de mão-de-obra qualificada e na aquisição de novas qualificações, com o conseqüente decréscimo das remunerações e o agravamento das desigualdades salariais.

7. Renúncia, Transação e Flexibilidade – Já vimos que o Direito do Trabalho sempre foi flexível. Há quinze anos, entretanto, que a flexibilidade vem sendo utilizada ideologicamente, com a finalidade de mudar a própria natureza desse ramo da ciência jurídica.

O princípio da proteção, que norteou o seu surgimento, a sua expansão e o seu amadurecimento, vem sofrendo alterações profundas, mediante a substituição da tutela estatal pela tutela sindical.

Entretanto, já vimos, também, que esta experiência não parece ser inteiramente confiável, face aos resultados concretos que tem gerado nos principais países de economia de mercado.

A proteção concedida pelos sindicatos não tem contribuído para melhorar as condições sociais dos trabalhadores e nem assegurado a eles emprego contínuo ou a elevação do seu poder aquisitivo.

Nem por isso acreditamos que a idéia da flexibilidade laboral não venha a impor-se, pelo menos por algum tempo, pois a história está sujeita à lei do *corsi e ricorsi* de que nos falava o filósofo napolitano Giambattista Vico e o Direito do Trabalho, neste momento, parece estar na fase do *ricorsi*.

De qualquer maneira, há que preservar o essencial e, para isto, temos que identificar o que é importante ou não.

Numa emergência crítica é possível e, por vezes, até aconselhável transigir coletivamente. Temos que acreditar na força do grupo e com base nela admitir negociações e derrogações que permitam a continuidade do emprego e a continuidade da empresa.

A nossa tradição jurídico-laboral não admite, porém, que o grupo seja substituído pelo indivíduo nessas situações, como lembra o conteúdo da Lei n. 4.923,

de 23 de dezembro de 1965, que possibilitou a celebração de acordo coletivo de trabalho entre a empresa que, em face da conjuntura econômica, se encontra em condições difíceis e a entidade sindical representativa dos seus empregados, por prazo certo não excedente de três meses, prorrogável nas mesmas condições, se ainda indispensável a redução da jornada normal, mediante a correspondente redução do salário mensal, desde que não superior a 25% (vinte e cinco por cento) do salário contratual, respeitado o salário mínimo e reduzidas proporcionalmente a remuneração e as gratificações de gerentes e diretores.

Quando foi necessário prevenir a sobrevivência da empresa, como nos casos de força maior (artigos 501 e 504 da Consolidação das Leis do Trabalho), o princípio tutelar foi moderadamente invertido pela lei em favor do empregador; entretanto, jamais se permitiu que isto ocorresse mediante a ampliação da autonomia da vontade individual, derogando-se, para tal, as normas de ordem pública. As regras imperativas do Direito do Trabalho jamais cederam lugar à vontade unilateral do empregado considerado individualmente ou à capacidade de decisão ou escolha do trabalhador e do patrão, ambos, também, considerados unitariamente. Por isso, a renúncia e a transação, no âmbito das obrigações trabalhistas, costumam receber um tratamento cauteloso por parte do direito escrito, da jurisprudência e da doutrina.

Os atos unilaterais e bilaterais que impliquem na renúncia de direitos por parte do trabalhador ou em concessões recíprocas, que vulnerem direitos indisponíveis do obreiro, continuam estigmatizados pelo Direito do Trabalho, pois não se admite a supressão indiscriminada da tutela que a lei concede aos trabalhadores. O que se tem permitido é a substituição da tutela legal pela tutela sindical, como repetidamente temos esclarecido.

Mas até mesmo esta tutela sindical tem que ser convenientemente compreendida. E para melhor compreendê-la, talvez fosse necessário denominá-la de tutela coletiva e não de tutela sindical. É que esta proteção, mesmo quando se diz sindical, é operada pelo próprio grupo e não por representante do grupo, como eventualmente acontece ante algumas concessões legais, como exemplificativamente, por ocasião da rescisão do contrato de trabalho, quando o pedido de demissão formulado pelo empregado ou o recibo de quitação correspondente à liquidação dos direitos decorrentes da extinção do contrato laboral só tem validade, uma vez firmado pelo trabalhador "com assistência do respectivo sindicato" ou de outros órgãos de natureza pública, como as autoridades do Ministério do Trabalho, o Representante do Ministério Público, o Defensor Público ou o Juiz de Paz (art. 477, §§ 1º e 3º). No caso do empregado estável, a faculdade tutelar ainda é mais restrita, pois excluída a assistência do sindicato, se este não existir, o pedido de demissão terá que ser feito perante a autoridade local do Ministério do Trabalho ou da Justiça do Trabalho.

A tutela legal que se opõe, em princípio, às derrogações, não visa apenas a proteger o empregado contra os atos de terceiros – quase sempre o empregador – praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar as normas de ordem pública trabalhista, mas visa, igualmente, a protegê-lo da sua ignorância, inexperiência ou ingenuidade.

Em termos quantitativos, o trabalhador não é apenas um hipossuficiente econômico frente ao patrão, mas via de regra, também um hipossuficiente em termos de inteligência, sagacidade e esclarecimento.

Por isso, pensar em flexibilidade laboral no trato de atos individuais, como a renúncia, ou estritamente bilaterais, como a transação, o que só poderia ocor-

rer, pelo menos no direito pátrio, mediante a derrogação de alguns dispositivos consolidados básicos como os dos artigos 9º, 468 e o 444, este na sua parte final, importaria em fazer regredir a ordem jurídica aos tempos da Revolução Francesa, quando dominava o princípio da autonomia da vontade, expresso, sobretudo, no artigo 1.134 do Código Civil napoleônico de 1804.

É possível que as ideologias que alimentam, impulsionam e orientam a flexibilidade laboral no mundo hodierno, acabem por conseguir isso, neste período histórico de recuos e transigências. Mas é necessário ter em mente que os fracos, os desvalidos, os desamparados, os incapacitados sempre foram merecedores de proteção, através do instituto jurídico da tutela e toda tutela corresponde a uma intervenção direta do Estado ou indireta, através de terceiro, mediante imposição ou faculdade legal.

É preciso que nesse processo de recuperação da autonomia da vontade no âmbito do Direito do Trabalho, não se chegue ao exagero de valorizá-la mais do que ela implica, sob pena de recuarmos ao tempo do *"laissez faire, laissez passer"*, de regredirmos à época anterior ao Tratado de Versalhes, convertendo novamente o trabalho em mercadoria.

Há que lembrar algumas palavras de bom senso do economista alemão Fritz Ulrich Fack, oriundo de um país onde a economia social de mercado e a flexibilização laboral estão sendo vitoriosas, mas que possuem o discernimento da medida e do equilíbrio, constantes de conferência pronunciada na Venezuela em 1989.

Enfocou ele, a meu ver, dois pontos fundamentais, que já deixei implícitos em toda esta minha exposição: 1º) "A fisionomia da economia de mercado muda de país para país. É preciso prevenir o erro de acreditar que haja algo como um sistema puro ou um modelo obrigatório"; 2º) "O Estado não deve ser outra vez degradado ao papel de "guarda" ou polícia. Pelo contrário, cabe-lhe uma responsabilidade decisiva no funcionamento de uma economia de mercado socialmente justa, leal e livre de toda a acumulação de poder. Para isso deve estabelecer um marco de política de ordem e depois procurar o cumprimento dessas normas por ele mesmo estabelecidas".

Estas afirmações são a antítese daquelas que citei inicialmente, também da autoria de um economista, pois refletem a subordinação dos interesses econômicos aos interesses morais e jurídicos; dentro do contexto econômico, deixa entrever que o trabalhador é encarado como um homem, como uma pessoa, cujo valor deve nortear o propósito de toda atividade econômica e social.

8. Conclusão – Procurei abordar o tema da "Renúncia e da Transação no Direito do Trabalho" sob o enfoque da sua flexibilização ou modernização. Chegando ao remate desta exposição, devo resumir algumas conclusões, observando o procedimento acadêmico usual nestas circunstâncias:

1) A flexibilidade laboral é o instrumento de que se vêm servindo os países de economia de mercado, para que as empresas possam contar com mecanismos jurídicos capazes de compatibilizar seus interesses e os dos seus trabalhadores, tendo em vista a conjuntura econômica mundial, caracterizada pelas rápidas e contínuas flutuações do sistema econômico, pelo aparecimento de novas tecnologias e outros fatores que exigem ajustes rápidos, inadiáveis.

2) O mecanismo jurídico mais usual, nessas condições, tem sido a substituição da tutela legal do trabalhador pela tutela sindical, possibilitando, comedidamente, derrogações de normas laborais tuitivas.

3) A Constituição Brasileira permite o uso desse mecanismo em alguns casos específicos, valoriza a negociação coletiva e seus instrumentos formalizados, mas não vai além disso.

4) Nada impede, no entanto, que uma reforma legislativa amplie as derrogações legais autorizadas pela Constituição, desde que respeitada a própria ordem pública instituída pela Lei Maior.

5) Entendemos, porém, que, em nosso País, a flexibilidade sob tutela sindical deve ser cautelosa, em face do nosso panorama social, amplamente comprometido com a miséria e com as desigualdades regionais.

6) Não descartamos, entretanto, a possibilidade de que, em nosso direito, as normas laborais de ordem pública possam vir a ser abrandadas, possibilitando algumas renúncias e facilitando determinadas transações, mas isto seria de todo inconveniente, sem a suficiente análise prévia das possíveis consequências negativas dessa medida, em regime de colaboração interdisciplinar, mas com a participação necessária dos mais expressivos juristas nacionais.

ENTENDIMENTO NACIONAL ENTRE EMPRESÁRIOS E SINDICATOS

Amauri Mascaro Nascimento (*)

Entendimento nacional é um procedimento de negociações ao nível mais alto da sociedade, para determinar os rumos da política social de um país através do consenso entre os interessados visando reformas profundas de que o país necessita. Um conceituado especialista uruguaio Oscar Ermida Uriarte, coordenador regional da Organização Internacional do Trabalho para os países centro e sul-americanos, em estudo publicado no livro "Concertación Social", define-o como a participação do setor sindical, do setor empresarial e do Estado na planificação e adoção de decisões que recaem sobre os diferentes âmbitos da sociedade, mas, especialmente, o econômico e social. Aplicadas essas noções ao nosso país é possível dizer que entendimento nacional é um macro-estudo democrático das questões fundamentais que devem ser resolvidas, para que o Brasil possa superar os seus problemas estruturais e conjunturais, envolvendo a participação dos empresários, dos sindicatos e do Governo.

Nasceu nos países escandinavos em 1899 com o nome de Acordos Básicos Nacionais, prática, também, da Itália, Irlanda, Austrália, Espanha, México, Colômbia, Israel, Suécia, Holanda, República Federal da Alemanha e outros países.

Os motivos que os levaram a promover um entendimento nacional são os seguintes.

Primeiro, o convencimento de que as fórmulas tradicionais até agora utilizadas pelos Estados para enfrentar a inflação, o colapso da economia e os seus efeitos sobre o capital, o trabalho e o consumo, não são satisfatórias, talvez pela amplitude da sua dimensão maior do que a possibilidade de soluções de um grupo restrito de técnicos do Estado. O pensamento e a soma das propostas dos diversos setores diretamente envolvidos é mais proveitosa e capaz de identificar com maior fidelidade, o grau de intensidade dos problemas e a forma de superá-los com o mínimo de sacrifícios.

Segundo, a certeza da urgência e velocidade das modificações exigidas por um país para que possa no menor tempo possível ultrapassar um período de recessão e de crise, incompatível com os mecanismos jurídicos tradicionais lentos, complexos e problemáticos, como dependências e aprovação de novas leis ou de novas Constituições, daí a necessidade de formas simples de fácil e rápida revisão, adaptáveis em períodos curtos à constante alteração dos fatos econômicos.

(*) Amauri Mascaro Nascimento é Advogado - Juiz do Trabalho aposentado - Professor Titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da USP.

Terceiro, a necessidade de eficácia na implementação de medidas macroeconômicas e de desenvolvimento social, maior quando resultante do consenso tripartite entre Governo, empresários e sindicatos. O que é consentido é mais forte do que é impingido. Está nítido para todos nós o desgaste dos planos econômicos impostos pelo Poder Público, em sistemas de economia fechada e estatal, do tipo adotado pelos países socialistas do Leste Europeu que os inspiraram, cujos resultados nossa geração está testemunhando, suficientes para demonstrar que o caminho certo é o da economia de mercado, da livre iniciativa empresarial, em regime de concorrência salutar e transparente, de disputa pela eficiência e de combate aos cartéis oligopólicos e dominantes. O espírito do entendimento é, entre outros, promover a retomada do crescimento econômico, a eliminação do desemprego, o equilíbrio entre salários e preços, a melhoria da máquina administrativa do Estado, a revisão da carga tributária e a eliminação de entraves como os altos juros dos financiamentos. O êxito de outros países evidentemente não nos dá a certeza do sucesso da nossa experiência, diferentes que são a nossa cultura, as características do nosso país e os tipos de problemas que enfrentamos. A situação do Brasil não é igual à da Espanha de 1970, de 38 milhões de habitantes, 900 mil desempregados e inflação anual de 26%. Mas a Espanha também encontrou obstáculos, um longo período de negociações, diversos Pactos iniciados com o de Moncloa, discutidos demoradamente, abandono da mesa de entendimento pelas Comissões Operárias e divergências naturais em procedimentos dessa amplitude, mas conseguiu fixar parâmetros máximos e mínimos para crescimento dos salários, em 1985 e 1986, de 7,5% a 5,5%, levando em conta a situação de cada empresa, o compromisso de paz entre os sindicatos e as empresas para evitar greves, o pluriemprego ou ocupação do mesmo emprego por mais de um empregado como forma de fazer frente ao elevado índice de desemprego, a contratação de trabalhadores em tempo parcial, a elaboração de uma nova e reduzida legislação trabalhista, o Estatuto do Trabalhador, a preparação da Espanha para participar do Mercado Comum europeu, o aumento da confiança dos empresários para novos investimentos, a redução do déficit público, um clima de maior cooperação empresarial, a reestrutura do sistema previdenciário, o aprimoramento tecnológico, o crescimento das exportações, o rigoroso combate à fraude fiscal e a redução da inflação que acabou ocorrendo.

As tentativas até hoje desenvolvidas no Brasil, iniciadas no Governo Sarney pelo Ministro Pazzianotto, continuadas por Dorotheia Werneck e agora, pelo Governo Collor, com Bernardo Cabral e Jarbas Passarinho, mostram que estamos inclinados a seguir essa mesma diretriz de outras nações. Não lograram até agora atingir objetivos, mas o caminho começou a ser percorrido, com percalços, e muitos.

O primeiro é, ao que penso, de ordem institucional, de um Brasil que nunca foi um país verdadeiramente democrático e de economia de mercado, e que se depara agora com um novo horizonte. Do Estado dirigista para não dirigista, do corporativismo para a liberdade sindical, do capitalismo dependente de incentivos do respaldo oficial para independente, de 27 anos de indexação salarial para relativa liberdade de preços e de salários que podem ser negociados, preservado um esquema mínimo de reposição oficial.

O segundo é a resistência de parte dos interlocutores sociais em ceder em favor do interesse do bem comum pondo em risco o bem particular. É difícil convencer a classe trabalhadora a aceitar que as perdas salariais não podem ser repostas pelos índices do DIEESE. Não é simples fazer com que todo o empresariado assimile a idéia de que deve aproveitar com sabedoria a liberdade econômica revendo margens de lucros quando podem ser diminuídos. É lu-

tar contra uma fortaleza inexpugnável enquadrar pessoal de escalões inferiores da própria Administração do Estado, do Executivo e do Legislativo, em uma filosofia nova, inaceitável pela sua formação, do verdadeiro conceito de serviço público na moderna Administração.

No momento, o colegiado que em Brasília participa do entendimento na qualidade de representantes dos diversos setores interessados, aguardam a convocação de nova reunião que não foi ainda designada.

Será marcado o dia da próxima reunião depois de concluídos os trabalhos já iniciados pelo Ministro Jarbas Passarinho junto ao Congresso Nacional, para nele conseguir uma base parlamentar suficiente que possa dar apoio às conclusões a que o colegiado chegar, bem como trazer representantes do Parlamento para que participem das discussões que estão sendo feitas.

O tema até agora mais discutido são os elevados juros. O Governo não quer abrir mão da política de juros elevados por entender que faz parte da do quadro maior da sua política econômica e as divergências não permitiram até agora um consenso sobre a questão.

Outro tema, embora examinado discretamente, é a pressão de governadores dos Estados, resistida pelo Banco Central, para recursos do Banco Central, pretensão cuja origem não é preciso muita imaginação para imaginar. Os gastos que tiveram durante as últimas eleições estaduais.

Tem-se discutido, também, a livre negociação salarial, como forma adequada de reajustes salariais, enquanto alguns participantes pretendem a indexação de salários. O Governo também aqui resiste, posicionando-se contrário à indexação dos salários.

O que podemos esperar não é o entendimento nacional como a fórmula infalível capaz de despertar o país como se fosse uma varinha mágica da fada que com um simples toque muda tudo.

Temos que entender que o Estado somos nós também, e de nós depende, em grande parte, a responsabilidade pelos seus destinos. Sem a decidida participação das forças produtivas da nação é difícil chegar ao Brasil que todos queremos, menos conflitivo, com melhor distribuição de riquezas, com qualidade de vida e bem-estar da população.

O entendimento nacional é um meio de consolidação política da democracia, e este é o primeiro passo para a recuperação econômica, na medida em que se refletir sobre cada um de nós para que o trabalhador veja no empresário um parceiro e não um explorador, o empresário tenha no empregado um colaborador e não um adversário pronto a sabotá-lo, e ambos possam ver no Governo um órgão que, com seus erros e acertos, faz um esforço para adoção de medidas que julga acertadas para o país e que é negativa uma postura de crítica sistemática, destrutiva e radical que em nada pode ajudar.

Entendimento nacional é caminhar de mãos juntas, empresários, trabalhadores e governo, para o mesmo horizonte, é desarmar os espíritos para que possam permanecer abertos, é ver no trabalhador despedido e desempregado alguém com motivos de sobra para ser um angustiado, é perceber que a ideologia escraviza e não liberta, não é odiar, é amar o próximo, é, como no lema rotariano, prestar serviços sem pensar em recebê-los.

REMUNERAÇÃO DAS FÉRIAS

Wagner D. Giglio (*)

O direito a férias é de maturação tardia. Até 1934 pouco mais de uma dezena de países asseguravam férias à generalidade dos trabalhadores, como informa Amauri Mascaro Nascimento (In "Iniciação ao Direito do Trabalho", 14ª ed. LTr, p. 288). A Organização Internacional do Trabalho somente em 1936 tratou, pela primeira vez, do direito a férias de industriários e comerciários, através da Convenção n. 52, ratificada em 1938 pelo Brasil. Esse direito só foi estendido aos trabalhadores rurais pela Convenção n. 101, de 1952, também ratificada pelo Brasil.

Durante muito tempo se entendeu – mal – que as férias tinham por finalidade proporcionar ao trabalhador um descanso físico maior do que o repouso semanal. Hoje, a doutrina tende a reconhecer outro propósito. Valha por todos, no campo do direito comparado, o pronunciamento de Nestor De Buen, no sentido de que "sua finalidade é clara: permitir ao trabalhador, mediante um descanso mais ou menos prolongado, recuperar as energias, mas, sobretudo, aliviar a tensão que resulta do submetimento a um regime de disciplina e subordinação. De certo modo o trabalhador, mediante o desfrute das férias, recupera sua liberdade" (In "Derecho del Trabajo", 2ª ed. Porrúa, tomo II, p. 163).

A nosso ver as férias não têm nenhuma finalidade de propiciar o descanso físico ou a recuperação das energias gastas no trabalho. Como expusemos mais amplamente em "Férias e Descansos Remunerados", essas funções são cumpridas pelo descanso entre duas jornadas, através do sono, e completadas pelos descansos semanais. O desgaste físico que não é recuperado nessas ocasiões tem características patológicas, e quando enfermo o trabalhador necessita de tratamento terapêutico, e não de descanso, apenas.

Se o propósito das férias fosse o de propiciar recuperação física, como se explicaria que o trabalhador, no gozo desse repouso, normalmente procure "descansar" praticando esporte, na praia, caminhadas, nas serras, danças, nos bailes, viagens a locais desconfortáveis etc., ao invés de permanecer em casa, dormindo?

Por outro lado, o repouso não se acumula no corpo, não forma uma reserva de descanso para enfrentar futuros cansaços. Por que, então, haveria necessidade de um prolongado período de semanas sem trabalho, sem propósito terapêutico nem profilático? Parece-nos claro que se trata de atender, através das férias, a uma necessidade de descanso mental, de fundo psicológico, e não de repouso puramente físico.

(*) Wagner D. Giglio é advogado em S. Paulo e Brasília, ex-Juiz do Trabalho e Professor Associado de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da USP.

Explica-se: as condições da vida moderna, principalmente nos grandes centros populacionais, impõem enormes restrições ao comportamento natural do homem. Na realidade o descanso constitui uma necessidade vital: o instinto animal de conservação, própria e da espécie, leva o ser humano a se alimentar, a descansar e a se reproduzir. O homem primitivo reagia instintivamente: comia ao sentir fome, dormia quando tinha sono e descansava quando se sentia cansado, atendendo a imperativos puramente biológicos, com inteira disponibilidade de seu tempo.

A organização da vida em sociedade, ao estruturar e dividir as atribuições dos homens, impôs-lhes obrigações que coibiram a liberdade anterior e criaram a necessidade de compensação do instinto reprimido. As festas pagãs – origem dos feriados – representam a satisfação do desejo inconsciente de livre expansão dos instintos. Sintomáticas, nesse sentido, eram as ocasiões escolhidas para a realização de tais festas: fim de guerras, encerramento da labuta nas colheitas e dias de tributo aos deuses (que não se sujeitavam a horário, mas dispunham de seu tempo; que não se subordinavam; que eram livres para jogos e prazeres; e que não trabalhavam).

O Estado moderno, acicatado pelos excessos da Revolução Industrial, tomou consciência das razões científicas que aconselhavam o restabelecimento dos repousos suprimidos e revestiu as antigas regras costumeiras de imperatividade legal: proibiu o trabalho um dia por semana e ditou feriados, imprimindo-lhes feição cívica.

Assim, as mesmas razões instintivas que induziram à comemoração dos feriados (dias de festas) prevaleceram, mais tarde, no surgimento do descanso hebdomadário. Cioso de sua condição racional, porém, o homem procurou reprimir os instintos e canalizá-los para manifestações mais condizentes com a ética dominante na sociedade. A primitiva agressividade natural, por exemplo, foi orientada para os jogos esportivos.

A falta de atendimento dessas necessidades naturais, básicas, causa perturbações psíquicas que se exteriorizam, em suas formas mais graves, através de desvios de conduta tais como a instabilidade emocional, a violência e a prática de atos criminosos. A maior incidência dessas manifestações psicopatológicas nos grandes centros industriais não constitui simples coincidência.

As folgas nos domingos e feriados funcionam como válvulas de escape das frustrações, mas são insuficientes, pois atendem apenas às necessidades prementes de liberação da sobrecarga emocional, para evitar a violenta eclosão de agressividade não dissipada. Durante essas curtas folgas, o trabalhador não se desvincula psicologicamente do trabalho, vez que a previsão do retorno no dia imediato coíbe a liberdade de conduta imprescindível a uma expansão regeneradora.

As frustrações acumuladas necessitam um lapso mais longo para serem completamente eliminadas: é preciso fugir do ambiente de trabalho, ou seja, afastar-se no espaço, viajar se possível, para dar integral satisfação ao desejo – inconsciente porque instintivo – de retorno ao estado natural de liberdade.

Durante as férias essa necessidade de volta ao estado primitivo é revelada pelo anseio, só aparentemente ilógico, de abandono do conforto material do lar e busca da natureza, ainda que para tanto o trabalhador deva se sujeitar à precariedade de uma barraca de "camping", ao desconforto das acomodações numa pensão à beira-mar, ou aos insetos e à agressividade do meio, nos campos

e montanhas. A liberdade de correr, se expandir, dormir, se divertir sem sujeição a ordens, a horário, a obrigações, enfim, compensa qualquer desconforto.

A liberação dos instintos é realizada através da satisfação das necessidades básicas do homem: alimentação, descanso e reprodução. É significativa, nesse particular, a síntese dos franceses sobre os desejos dos veranistas: "baiser", "bonzer" e "bouffer", onde o primeiro termo é um eufemismo para sexo, o segundo revela a comunhão com a natureza e o terceiro constitui a expressão do instinto de conservação pessoal.

Em conclusão, as férias constituem o mais completo dos repousos, pois possibilitam atender a todas as necessidades, inclusive as sociais e culturais, mas seu fundamento precípua é a integral satisfação do repouso mental, de ordem psicológica.

Para obtê-lo, o trabalhador deve "sair de férias", isto é, afastar-se do local de trabalho, das tarefas e obrigações diárias, costumeiras, que o inibem. Acontece que, sem meios não viaja, pois "o salário do trabalhador, ressalvada a hipótese de altos empregados, está quase sempre comprometido com as despesas de habitação, alimentação, higiene, etc., que não se alteram no curso das férias", como narra Arnaldo Süssekind (In "Comentários à Nova Lei das Férias", LTr Edit., p. 119).

O resultado dessa situação era, segundo o testemunho de José Martins Catharino, a "prática notória de fraude à lei, inclusive por conluio entre empregados e empregadores, de coibição difícilíssima" (In "Compêndio de Direito do Trabalho", 2ª ed., Saraiva, vol. 2, p. 138). O procedimento seguido, na prática, foi descrito por Arnaldo Süssekind: "Constitui fato notório que os trabalhadores brasileiros, em sua maioria, não aproveitam adequadamente os dias de férias. Alguns vendem suas férias ao empregador, simulando o seu gozo com o atendimento das formalidades exigidas por lei aviso da concessão, recibo de quitação dos salários pertinentes antecipadamente pagos e anotações na CTPS e nos livros ou fichas de registro. Outros, ... (omissis) ... porque os seus salários não são suficientes para proporcionarem uma temporada fora do ambiente onde vivem, apenas interrompem a prestação de serviços" (op. e loc. cit.).

Convém ressaltar que a venda das férias não é um mal exclusivamente brasileiro, mas uma prática comum, no direito de outros países. É o mesmo Nestor de Buen quem nos informa sobre a proibição legal de compensar a falta de concessão de férias com um pagamento em dinheiro, no México: "A proibição tem uma clara razão de ser. Considerando a precária economia da maior parte dos trabalhadores, muitos deles prefeririam converter o descanso em dinheiro, mas se assim fizessem não se cumpriria a função especial das férias que é a de proporcionar descanso físico e mental" (op. cit., p. 166).

Apesar desse inconveniente, o Brasil optou, através do Decreto-lei n. 1.535, de 13 de abril de 1977, por autorizar a transformação de um terço do período de férias (aumentado de vinte dias úteis para trinta dias corridos por essa mesma norma) em pagamento em dinheiro, que segundo José Alberto Couto Maciel seria a "única forma que possibilitaria ao trabalhador de baixa renda, que desejasse, gozar vinte dias de férias" (...) "permitindo descanso, com a devida remuneração" ("Nova Lei de Férias", In Rev. LTr 41/476).

Esse propósito é confirmado por um dos autores da alteração na lei de férias, Arnaldo Süssekind: transformando dez dias de descanso em pecúnia, o trabalhador "gozará 20 dias corridos de repouso, receberá a remuneração atinente a esses dias e mais o precitado abono no valor de 10 dias de salários. Com

isso, os empregados que, com a remuneração normal das férias, não tiverem condições de usufruir adequadamente o período total do licenciamento, poderão aproveitar os dois terços desse período" (op. cit., p. 120).

Diante da natureza das férias e da interpretação teleológica do abono não padece dúvida que este último visava possibilitar ao trabalhador o gozo do descanso anual em local afastado do ambiente em que trabalhava.

A irregularidade da venda das férias, internacionalmente reconhecida, sensibilizou o legislador constituinte brasileiro que, no intuito claro de coarctá-la, determinou, em preceito cuja auto-aplicabilidade não se discute, o

"gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal" (art. 7º, inciso XVII da Constituição Federal).

As férias devem ser gozadas, e não convertidas em pecúnia, posto que a parcela – um terço dos dias de descanso – transacionada não seria gozada ou usufruída, como, melhor que outros, concluiu Amauri Mascaro Nascimento: "A Constituição dispõe 'gozo de férias'. O abono de férias atrita-se com a Constituição" (op. cit., p. 291). Em outra obra o mesmo autor se revela até mais incisivo: "Se o empregado pedir o abono, terá vinte dias de férias, e receberá, em dinheiro, dez dias de férias, com o valor acrescido de um terço. Entendo manifesta sua inconstitucionalidade. A Constituição assegura o gozo das férias" (In "Direito do Trabalho na Constituição de 1988", ed. Saraiva, p. 184).

Se o texto da lei velha não se compatibiliza com o preceito da Constituição nova, perante ela não sobrevive, e é o que ocorre, a nosso ver, com a norma contida no art. 143 e seguintes da CLT.

A solução contrária, de recepção desses preceitos pela nova Carta, leva a impasses de difícil superação, a começar pela ilógica imposição, com idêntica finalidade, das obrigações de pagar um terço da remuneração a título de abono e outro terço da remuneração, por força da Constituição. A lógica do razoável repele a interpretação de que os dois terços sobrevivem, para o mesmo fim de possibilitar a fruição do descanso longe do ambiente de serviço, lado a lado, quando nos parece evidente que o legislador constituinte visou se sobrepor e a substituir aquele terço, negociado, pelo outro, imposto, assegurado, sempre o gozo integral das férias.

Concretamente, se o trabalhador perceber salário mensal de Cr\$ 45.000,00, a interpretação corrente (que não conta com nossa adesão) conclui que, optando pela transformação de dez dias de férias em pecúnia, o trabalhador receberia Cr\$ 30.000,00 pelos vinte dias de descanso e Cr\$ 15.000,00 de abono, pela venda de um terço do período de férias, além de mais Cr\$ 15.000,00 de remuneração dos dez dias de descanso não gozado, durante os quais houve prestação de serviços, num total de Cr\$ 60.000,00.

O período de férias continua sendo, de acordo com a lei ordinária, de trinta dias – gozados integralmente ou vendidos, parcialmente – e a Constituição ordena o pagamento adicional de um terço do salário normal, ou seja, de mais Cr\$ 15.000,00, considerado o salário usual de Cr\$ 45.000,00. No final das contas, o trabalhador que optasse pela percepção, em numerário, de dez dias de férias, gozaria efetivamente apenas vinte dias de descanso e receberia, tudo compreendido, Cr\$ 75.000,00.

Por contraste, aquele trabalhador que preferisse gozar os trinta dias de férias não faria jus a mais do que Cr\$ 45.000,00 do salário mensal acrescido do terço constitucional, ou seja: um total de Cr\$ 60.000,00.

Ora, é difícil justificar o recebimento de quantia maior (Cr\$ 75.000,00) pelo trabalhador que teve despesa adicional menor, durante apenas vinte dias de descanso, em cotejo com a percepção de quantia menor (Cr\$ 60.000,00) pelo trabalhador que gozou férias mais longas, de trinta dias, e que portanto arcou com despesa adicional maior.

Essas e outras incoerências – que, “brevitatis causa”, deixamos de abordar – demonstram plenamente a injuridicidade da interpretação que defende a sobrevivência do abono de férias previsto na Consolidação das Leis do Trabalho.

Em conclusão: parece-nos que a norma constitucional (art. 7º, inciso XVII) tornou insubsistente a legislação ordinária que autorizava a transformação de um terço do período de férias em dinheiro. O trabalhador tem agora o direito ao gozo de trinta dias de descanso, com a percepção de seu salário normal acrescido de um terço. No exemplo anteriormente utilizado, o trabalhador deve receber, portanto, seu salário de Cr\$ 45.000,00 acrescido de Cr\$ 15.000,00.

Mais por obra e arte da jurisprudência (principalmente pela sua sedimentação, através dos Enunciados integrantes da Súmula do C. Tribunal Superior do Trabalho) do que por força de preceitos legais, passou-se a entender como salário normal, no Brasil, o salário habitual, ou seja, o ganho usualmente auferido pelo empregado, nele incluídos todos os complementos salariais comumente recebidos, como as horas extras, o adicional noturno, o de insalubridade etc.

Durante as férias o trabalhador deve receber seu salário normal (leia-se: habitual) acrescido de um terço, caso contrário sofreria prejuízo, e o direito ao descanso se transformaria em castigo. Assim sendo, o cálculo do terço constitucional deve incidir sobre a remuneração total habitualmente auferida pelo trabalhador. Em caso de remuneração variável, apurar-se-á a média recebida, como já ocorria antes da vigência da Constituição de 1988.

É inquestionável a natureza salarial da remuneração das férias gozadas. A legislação ordinária havia dado caráter de abono àquele terço de férias vendidas exatamente para exonerá-lo da incidência dos chamados ônus sociais (recolhimento de contribuições previdenciárias, para o fundo de garantia etc.).

Até que a norma constitucional em exame venha, eventualmente, a ser regulamentada, prevalece o caráter salarial básico e natural da remuneração recebida durante as férias, diante da falta de disposição legal que contrarie esse caráter. Em decorrência, incidem todas as contribuições sociais sobre o terço de remuneração acrescido pela Constituição.

Embora não seja objeto de cogitação precípua, neste estudo, cumpre alertar que férias não gozadas são indenizadas, alterando-se assim a natureza da verba paga ao trabalhador e suas consequências.

Prevalecem, finalmente, as disposições legais ordinárias compatíveis com o preceito constitucional: não se alteraram, portanto, as obrigações de dar aviso antecipado da concessão do descanso, do pagamento da remuneração – inclusive do terço constitucional – até dois dias antes do afastamento do empregado etc.

NOVOS RUMOS TRABALHISTAS

Manoel Arízio Eduardo de Castro (*)

A título de introdução, diríamos que o nome do Curso – Novos Rumos Trabalhistas – expressa, com propriedade, o seu objetivo e evidencia o tipo de abordagem a ser feita na temática proposta. Compreendendo esse sentido, direcionamos as idéias que manifestaremos nesta oportunidade. Por outro lado, é imperioso que digamos das indagações que até agora nos assaltam quando nos debruçamos sobre o novo texto constitucional. Indagações essas que nos suscitam certas questões ali inseridas, como é o caso da Organização Sindical no âmbito do serviço público e, particularmente, sobre o papel do Sindicato nessa área.

Permitimo-nos, pois, neste momento, de modo breve, traçar um perfil do atual quadro do sindicalismo, em nosso País, diante da Constituição Federal de 88, bem como expressar nosso entendimento acerca da questão do precatório no âmbito da Justiça do Trabalho, e por fim, no espaço de tempo a mim reservado, colocar o papel desta Justiça especializada na presente conjuntura nacional.

2. Sindicalismo

2.1 – A Formação dos Sindicatos no Brasil

A nossa primeira Constituição Republicana – de 1891 – já permitia o direito à associação. Porém, sabemos que aquele dispositivo da Lei das Leis teve pouca utilidade social, face, naturalmente, ao pouco grau de conscientização dos nossos trabalhadores de então. A consciência político-sindical estava apenas germinando, tendo em vista que acabávamos de sair de um regime escravocrata em que o grande contingente de obreiros era considerado "res". Além disso, fatores de ordem cultural, bem como a circunstância de ter o nosso país uma grande extensão territorial, constituíam-se, entre outros, obstáculos que dificultavam a comunicação dentro da classe operária e inviabilizavam a evolução do movimento sindical.

Consagrado nas Leis Supremas de 34, 37, 46 e 67, o direito à sindicalização ganhou outro desenho na Carta Magna vigente, que trouxe novos contornos à organização sindical em nosso País, afastando, de certo modo, o ranço de uma estrutura montada no tempo do Estado Novo, de cunho negavelmente autoritário, uma vez que teve como modelo a legislação laboral italiana, à época em que aquela nação vivia sob o comando de Mussolini.

2.2 – As Linhas Mestras da Organização Sindical Brasileira Estão no Art. 8º, da Nossa Constituição

No inciso I, o legislador constituinte tratou de afastar a ingerência do Estado ao proclamar que "a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fun-

(*) Manoel Arízio Eduardo de Castro é Juiz Presidente do TRT da 8ª Região.

dação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical".

A redação da regra constitucional nos leva a algumas conclusões, indubitavelmente, como fruto de interpretação pessoal. Infastavelmente, a interferência do Estado deixou de existir no que se refere à fundação de sindicato, caindo, desse modo, a Carta Sindical, com todo seu conteúdo ao qual se imantava a apreciação e a consequente autorização do Estado na formação e na fundação de entidades sindicais.

Permanece, todavia, a nosso ver, a necessidade do registro da célula classista no Ministério do Trabalho, ou, como diz a Instrução Normativa n. 09/90 daquele órgão, no arquivo de entidades sindicais brasileiras.

Tal registro é meramente cartorial, mas de fundamental importância para o cumprimento do princípio da unicidade sindical, estabelecido no inciso II, do mesmo art. 8º da Constituição Federal.

Acerca do assunto, tem-se, ainda, que, ao se inscrever no Cartório de Registros Públicos, o sindicato ganha personalidade jurídica de direito privado. Contudo, a legitimidade para agir como representante da categoria nasce no momento em que o registro se dá no âmbito do Ministério do Trabalho, face não haver, ainda, órgão específico para fazer permanecer viva a expressão "órgão competente", inserida no inciso I, do art. 8º, do texto legal maior.

2.3 – Princípio da Unicidade Sindical

Bastante debatido ao longo do tempo e marcadamente à época da elaboração da atual Carta Magna, o princípio basilar da estrutura sindical se manteve inalterado na sua natureza. As discussões em torno da matéria traziam – e trazem ainda hoje – a questão da interferência do Estado na organização sindical.

Acredito que há no caso, de um modo ou de outro, a necessidade da preservação do princípio incrustado no inciso II, do art. 8º da Norma Fundamental. E digo isso face a fragilidade que ainda subsiste no seio do movimento sindical em nosso país. Creio que a pluralidade de sindicatos, de uma mesma categoria, em uma única base territorial, traria a pulverização da força do movimento sindical, pois este se atomizaria, estiolando-se e debilitando-se. Urge, portanto, que antes da ratificação da **Convenção 87 da OIT**, seja fortalecida a base das categorias classistas, através de um melhor encaminhamento, pelos dirigentes das entidades, da questão da consciência de classe, pedra de toque da evolução e do desenvolvimento do sindicalismo.

Aí sim, poderemos imaginar uma revisão em matéria tão profunda, complexa e de maior importância para a organização sindical.

2.4 – Substituição Processual

Outro tema fértil para debates reside no instituto da substituição processual. Não cabe, neste momento, maiores discussões acerca de tal instituto como figura presente na área do Direito Processual Civil e de sua adequação ao Direito do Trabalho.

O inciso III do artigo 8º, verbis: "Ao Sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas".

Seguramente, não restam dúvidas quanto à sua aplicabilidade no âmbito do direito coletivo obreiro.

A questão que nos aflige, ainda, é saber a amplitude da substituição processual a ser exercida pelos sindicatos.

Sabemos que Doutrina e Jurisprudência se dividem na avaliação do tema. Interpretam alguns o inciso III, do art. 8º da Constituição Federal de forma ampla e nesse sentido entendem que, nas situações ali descritas, cabe ao sindicato exercer a substituição processual em nome da categoria.

Outros, em maior número, e, diga-se de passagem, a tese mais aceita pela Jurisprudência Laboral, adotou o entendimento de que o sindicato só substituiria a categoria em direitos de natureza coletiva e genérica, como nos casos do Acordo Coletivo, Convenção Coletiva e Dissídio Coletivo.

Nessa visão seguramente mais estreita do instituto em tela, ao Sindicato cabe substituir os filiados irrestritamente, ou seja, em qualquer situação coletiva ou individual e no âmbito administrativo, inclusive.

Realmente, a segunda tese é a que mais me atrai, face o entendimento de que a sindicalização constitui-se, de uma forma ou de outra, em uma procuração à entidade e em uma autorização implícita para que o mesmo possa defender irrestritamente aqueles que espontaneamente o compõem.

2.5 – O Direito de Sindicalização do Servidor Público

A leitura e a análise atentas do Texto Constitucional nos conduzem a uma certeza: a de que o exercício das prerrogativas dos sindicatos no âmbito do serviço público, é, no mínimo, complicado e de difícil praticidade.

É inegável que o inciso VI, do art. 37 garante ao servidor público civil o direito à associação sindical, compreendida esta expressão na sua acepção mais ampla. Outrossim, a mesma Lei Magna em outros momentos cria óbices quase que intransponíveis para a real concretização do disposto naquele inciso VI, do art. 37.

Assim é que o Sindicato na área do serviço público fica manietado e até mesmo impossibilitado de agir como aquelas entidades de classe que militam no setor privado.

Verificamos que os incisos X e XII do mesmo art. 37, demonstram o que acabamos de declarar, quando literalmente dizem:

Inciso X, art. 37 – “A revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data;”

Inciso XII, art. 37 – “Os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo;”

Além disso, o parágrafo único do art. 39 da Lei Fundamental assegura a “isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhados do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho”.

E mais, proclama o art. 169 da nossa Carta Magna:

“Art. 169 – A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em Lei Complementar.

Parágrafo único – A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e

entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, só poderão ser feitas:

I – se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II – se houver autorização específica na Lei de Diretrizes Orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista”.

Dessa forma, tolhe-se o caminho da negociação coletiva e do dissídio coletivo para os sindicatos de servidores públicos civis.

2.6 – Precatório no Direito Processual do Trabalho

Verifica-se que a Constituição Federal de 1967, estabelecia, em seu artigo 117, que os débitos da Fazenda Pública, em virtude de sentença judiciária, deveriam ser pagos na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos.

A Fazenda Pública contava, assim, com a prerrogativa de liquidar o débito trabalhista, judicialmente requerido, defasado no tempo, sem correção monetária e juros moratórios, ocasionando sério gravame aos reclamantes que viam seus direitos se diluírem ao longo do tempo, no curso do processo inflacionário nacional.

Tornou-se imperioso que fosse concedido instrumento legal aos magistrados, no sentido de que a decisão judicial se fizesse concreta e, desse modo, pudessem resgatar de situação aflitiva trabalhadores, que ganhavam judicialmente, mas não recebiam a real importância da condenação.

A Carta Magna, promulgada em 05 de outubro de 1988, através de seu artigo 100, vem corrigir injustiça na legislação anterior.

O referido dispositivo atribui natureza alimentícia aos créditos trabalhistas, consagrando entendimento pacífico da Doutrina e da Jurisprudência Laborais, bem como eleva a nível constitucional a manifestação de diversas Leis ordinárias pertinentes à matéria.

A Lei das Leis, no caso, vem coibir os abusos que se têm verificado na retenção ou retardamento de salários e outros pagamentos devidos aos empregados por parte da Fazenda Pública.

Embora mantida a obrigatoriedade do precatório para efetivar a execução contra o erário, no que tange aos créditos trabalhistas, a quitação dar-se-á de imediato, ou seja, quebrando-se a ordem cronológica dos precatórios.

Assim, em nome da paz e da justiça social e em cumprimento à Lei Suprema, há de renegarmos o efetivo desamparo em que se vinha deixando meses a fio consideráveis grupos de trabalhadores, rompendo-se a ordem de preferência dos precatórios, através do cumprimento imediato dos créditos trabalhistas devidos pela Fazenda Pública.

2.7 – O Papel da Justiça do Trabalho no Atual Quadro Jurídico e Sócio-econômico do Brasil

É inegável que o nosso País atravessa uma das mais graves crises de que se tem notícia, atormentado por profundas distorções sociais e econômicas. O direito, como produto cultural, é inarredavelmente atingido, pois se insere nesse contexto. A Justiça do Trabalho nesse passo, também se vê envolvida no conjunto das inquietações que afligem o nosso povo e até mesmo perplexa quando

se encontra diante de situações que fragilizam a essência do direito do trabalho e para atender à classe trabalhadora, assim mesmo, há de estar atenta para o arcabouço econômico da realidade pátria e como também, em certos momentos, deixar de aplicar na íntegra e como um todo a Constituição, eis que alguns de seus dispositivos se defrontam com outros, como já assinalamos.

E, algumas vezes, em momento de crise e em face da deficiência da técnica legislativa, aquele ofício de vanguarda que há de possuir a Justiça do Trabalho se torna aprisionado pelas circunstâncias formais e materiais.

Porém, não devemos esquecer que as decisões judiciais embora não devam ser contrárias à Lei, evidentemente podem e devem, minimamente, caminhar ao lado dela, e quando possível, até mesmo à sua frente, no sentido de que se constitua, já que lida com a realidade diretamente, no farol que guie o legislador, mostrando, desse modo, a importância e a força da norma jurisprudencial.

Só assim a magistratura trabalhista estará cumprindo o seu papel de Promotora da Justiça Social.

AUTOCOMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS COLETIVOS DE TRABALHO

Aríon Sayão Romita (*)

Os conceitos jurídicos se expressam por meio de palavras. A vagueza é propriedade de praticamente todos os vocábulos, e daí resultam desentendimentos entre as pessoas. É mister examinar o significado dos vocábulos, porque do sentido desses vocábulos depende a perfeição da comunicação entre o emissor da mensagem e o receptor. Devemos lembrar que tratamos exclusivamente de conflitos coletivos de interesses ou de natureza econômica, deixando à margem os conflitos de direito, ou de natureza jurídica.

Pergunto: será correta a aplicação do vocábulo "solução", quando examinamos o tema **conflitos coletivos de trabalho**? Precisamos estabelecer um critério valorativo. Do ponto de vista da Sociologia, devemos rejeitar a noção de **solução** dos conflitos. A idéia de que o conflito deva ser **solucionado** reflete uma ideologia sociologicamente errônea. Segundo essa ideologia, a eliminação completa do conflito é possível e desejável. Digo ser errônea essa concepção porque, como sabemos (voltaremos a este assunto), o conflito exerce uma função social relevante. Melhor, então, falar em **composição** dos conflitos. Quando se trata de conflitos de natureza econômica, não se decide, não há como aplicar o critério de decidibilidade, uma vez que tais conflitos desembocam na criação da norma, não se resolvem pela aplicação de direito preexistente. Autocomposição em oposição à heterocomposição. **Auto** e **hetero** são radicais: **auto** significa "por si próprio", "de si mesmo" e **hetero**, "outro", "diferente". O oposto de **hetero** é **homo**, "o mesmo", "igual". Temos aqui, portanto, uma dicotomia não paralela, porque **auto** significa "por si mesmo", "por si próprio". Ora, se temos dois antagonistas sociais, é certo que a autocomposição deve derivar do entendimento entre eles. Os meios, formas, procedimentos ou métodos de composição dos conflitos coletivos de trabalho admitem duas possibilidades: ou a composição do conflito é encontrada pelas próprias partes (e temos a autocomposição) ou o conflito se compõe perante terceiros alheios aos protagonistas sociais (teremos, então, a heterocomposição). Estamos tratando apenas da autocomposição.

No campo da autocomposição, distinguem-se duas modalidades: aquela que se estabelece diretamente entre os interlocutores sociais (temos aqui a negociação coletiva, algo semelhante, no plano individual, ao instituto da transação); e aquela que emerge da atuação de um órgão criado pelos próprios interlocutores, órgão paritário ou não, mas sempre dotado de autonomia funcional. Nesta última modalidade, são identificadas três espécies distintas: a mediação, a conciliação e a arbitragem.

(*) Aríon Sayão Romita é Professor Titular na Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Falamos em conflito coletivo de trabalho. Esta é uma espécie do gênero conflito social. Aludi há pouco à função social do conflito. Se outra vez estabelecermos critérios valorativos para examinar em sua essência o conflito do ponto de vista sociológico, podemos distinguir um elemento negativo e um elemento positivo. O negativo se identifica como elemento disfuncional e o positivo seria um fator de integração dos sistemas sociais. Essa diversidade de conceituação condiciona o tratamento dispensado pelo Estado à composição do conflito. A concepção negativa do conflito, vendo nele uma expressão de desvio de conduta, ou de conduta desviada, enseja um tratamento que conduz à sua eliminação, como fator de desequilíbrio ou de tensão prejudicial ao normal desenvolvimento das relações sociais. Ao passo que a concepção do conflito como elemento positivo na dinâmica social impõe um tratamento que se traduz na institucionalização das situações conflitivas. Estas situações não devem ser eliminadas, mas sim reguladas, partindo da plena admissão de sua existência e do conseqüente reconhecimento dos elementos criadores surgidos no seio dos grupos em conflito.

A evolução histórica do associacionismo profissional revela as duas atitudes básicas assumidas pela sociedade burguesa emergente da Revolução Francesa. O decreto d'Allarde, de março de 1791, aboliu as corporações de ofício e a lei Le Chapelier, de junho daquele ano, proibiu a coalizão dos trabalhadores na França. Os Combinations Acts também vedaram a coalizão operária na Inglaterra. A realidade do movimento sindical não podia, porém, ser ignorada e já em 1864, na França, a lei que alterou o Código Penal de 1810 permitiu a coalizão. Em 1884, a lei Waldeck-Rousseau regulou a associação sindical, atraindo para o campo da legalidade uma conduta social antes penalmente reprimida. Nesta evolução, duas atitudes podem ser identificadas: o confronto e o entendimento.

O reconhecimento da licitude do associacionismo profissional não foi uma dádiva do Estado. Resultou da imposição de um fenômeno social espontâneo, à qual a classe dominante não mais podia permanecer indiferente. As reivindicações dos grupos profissionais organizados, lastreadas na solidariedade que contrabalançava a força do poder econômico, eram veiculadas, segundo as circunstâncias, pelo método do enfrentamento ou, quando possível pelo do consenso. O confronto, ou enfrentamento, resolve-se em uma luta, em que cada parte pretende impor à outra determinada pretensão ou conquista. O acordo, ou consenso, consiste na fixação de um ponto de equilíbrio, que cada uma das partes procura alcançar mediante o estabelecimento de uma norma fixada pelo esforço comum ou pela intermediação de um terceiro. O consenso não significa que as partes persigam objetivos comuns. Há sempre um antagonismo básico, ínsito ao regime capitalista. O consenso traduz a intenção dos interlocutores, de fixar um ponto de coincidência, para o qual convergem os recíprocos interesses. Vale dizer que esta análise é feita praticamente para fins didáticos; é uma análise esquemática: uma opção não exclui a outra. Em nenhum país, em nenhuma época, nenhuma força social renunciou ao confronto ou prescindiu totalmente da possibilidade de um entendimento.

O entendimento identifica-se com a negociação coletiva. O confronto gera os conflitos coletivos de trabalho. Aqui estamos mais uma vez diante de uma esquematização, de uma formulação ideal. Sabemos que nem sempre a negociação coletiva é uma demonstração de entendimento. Pode haver negociação conflitiva, que resulta até na celebração de uma convenção coletiva de trabalho, depois de laboriosas tentativas e de muito sofrimento mútuo.

A noção básica de entendimento não constitui pressuposto inarredável do processo de negociação coletiva. A propósito, o exemplo da Itália pode ser lembrado. Trata-se de um país em que a negociação é amplamente praticada, em diferentes níveis, desde o da empresa até o da concertação social, expressa de maneira eloquente no acordo Scotti, de 1983. Entretanto, o movimento sindical italiano optou pela via conflitiva, o que não impediu a Itália de se constituir, atualmente, em potência industrial de grande projeção. A situação do trabalhador italiano, hoje em dia, é invejável. O país atravessa uma fase de grande prosperidade material. Esses fatos demonstram que o sindicalismo reivindicatório, de confronto, não constitui entrave ao crescimento econômico nem à melhoria da posição social dos trabalhadores.

Os conflitos coletivos de trabalho assumem forma exacerbada na greve. A greve se define tecnicamente como suspensão temporária da prestação de serviços, coletivamente deliberada pelos trabalhadores. Saliente-se o caráter temporário do movimento, pois por meio dele o que pretendem os trabalhadores não é o término do contrato de trabalho, antes pelo contrário, desejam sua continuidade, já que em regra postulam melhores condições de trabalho. A greve, portanto, deve findar, e finda em virtude de alguma forma de composição, concretizada em um acordo. A Consolidação das Leis do Trabalho consagra duas espécies: a convenção coletiva de trabalho – convênio intersindical, e o acordo coletivo de trabalho, celebrado por um sindicato de empregados com uma ou mais empresas.

Das duas atitudes possíveis – a do confronto e a do entendimento – qual é a preferível? Sem dúvida alguma, a do entendimento. Esta preferência, contudo, não passa de uma formulação teórica dos estudiosos das ciências sociais. Na prática, o predomínio de uma das atitudes sobre a outra não deriva de uma escolha consciente ou da deliberação dos teóricos, surge espontaneamente, mercê de fatores culturais e de condições materiais observadas em dado momento. É vã a pretensão do político ou do legislador, de imprimir às relações sociais orientação contrária à índole da sociedade ou aos processos históricos, conscientes ou inconscientes. Os operadores do direito podem debater, analisar, indicar as vantagens e as desvantagens de um ou de outro procedimento, mas não conseguirão impor seu ponto de vista aos interessados. Eles encontrarão seu próprio caminho, orientados pelo dever histórico.

Estas considerações não pretendem, de modo algum, desmentir a utilidade nem a necessidade de aprofundar o estudo destes assuntos, pois o debate acadêmico revela-se, na atualidade, indispensável ante a pressão da crise econômica e a necessidade de modernização das relações de trabalho no Brasil. Atravessamos uma fase de reformulação de conceitos, de revalorização de soluções que, úteis no passado, já não mais respondem às exigências da hora presente. As análises teóricas são, portanto, imprescindíveis, mas não devemos alimentar ilusões: as mudanças desejadas dependem da adequação à mentalidade daqueles que estão diretamente envolvidos, e não se muda mentalidade por decreto nem por lição professoral.

Sem dúvida, a mentalidade se forja no evoluir dos acontecimentos, no embate das idéias, nas lições que a vida ministra a cada instante. Por isso, a eficácia da solução que o teórico indicar para um problema social dependerá de sua adequação à realidade fática e até mesmo da formação e do preparo sócio-político dos interlocutores envolvidos.

Em tese, o método do entendimento é preferível, uma vez que poupa a sociedade dos transtornos provocados pela quebra da normalidade inerente à rotina da produção e dos serviços. Entretanto, o conflito não pode ser ignorado nem reprimido a priori. Cabe lembrar a lição de Heráclito, filósofo pré-socrático, para quem "o conflito é o pai de todas as coisas". A justiça não significa de modo algum apaziguamento. Pelo contrário, as tentativas de suprimir as linhas de conflito, por força de pré-fabricadas ideologias de harmonia e unidade social, só têm servido, até hoje, para aumentar as manifestações de violência, em vez de diminuí-las. Mas, ver a realidade como fundamentalmente constituída por uma tensão de opostos, não significa necessariamente optar pela guerra, pela luta armada. Não se trata disso. Não se cuida da eliminação de um dos contendores pela imposição do outro. A tensão que constitui a verdadeira harmonia necessária, para perdurar, de ambos os opostos e este é o cimento que realiza a solidificação das relações sociais. O que temos no Brasil: uma sociedade de consenso ou uma sociedade conflitiva? Há uma distinção entre estes dois tipos de sociedade. Na sociedade conflitiva, as relações sociais estão estruturadas de modo a estabelecer um clima de contenção e equilíbrio entre os grupos de interesses. Ao passo que, no outro tipo (a sociedade de consenso), as relações mútuas se baseiam na convicção de que os objetivos comuns podem ser alcançados por meio de uma ação de cooperação. A sociedade que, no mundo contemporâneo, mais se caracteriza como de consenso, é a da República Federal da Alemanha, e as sociedades conflitivas são basicamente as sociedades latinas, especialmente as latino-americanas. O Brasil se inclui no rol das sociedades conflitivas.

Vamos, mais uma vez, agora restritos às fronteiras nacionais, lançar uma vista ao passado recente. A atual regulação das relações de trabalho, ou seja, a regulação do conflito industrial no Brasil, remonta, como sabemos, ao Estado Novo. A legislação básica, que pode ser considerada ainda em vigor, foi promulgada em 1939: o Decreto-lei n. 1.402, sobre organização sindical e o Decreto-lei n. 1.237, que instituiu a Justiça do Trabalho. Nessa época – desnecessário recordar – época de autoritarismo, de veleidades corporativistas, a regulação estatal das relações de trabalho baseava-se em dois pressupostos: o primeiro era que as relações coletivas de trabalho constituíam manifestações da luta de classe, e o regime político então imperante no Brasil simplesmente procurava superar a concepção da luta de classes pela necessária colaboração dos grupos opostos. Como consequência, deveriam ser evitadas quaisquer manifestações de antagonismo, mediante o estabelecimento da ideologia da paz social. Segundo, temia-se que as repercussões dessa luta pudessem afetar o conjunto da sociedade. Em consequência, pretendia-se conjurar no nascedouro qualquer possibilidade de rebelião social. Tornou-se então imperioso, dentro dessa filosofia política, desenvolver a regulação minuciosa das condições de trabalho, por via legislativa, portanto por via heterônoma, a fim de tornar desnecessária a ação sindical, além de condicionar os interlocutores sociais a buscarem no Estado a solução dos eventuais conflitos ocorrentes. Essa intervenção provoca a promulgação de abundante legislação (heterorregulação das condições de trabalho), o que vai redundar na fragilidade (praticamente inexistência) da contratação coletiva, acoplada a uma série de medidas, das quais a maior parte ainda continua em vigor: sindicato único imposto por lei, sujeito à intervenção do Estado; contribuição sindical criada por lei, como instrumento da submissão das entidades de classe ao Estado; competência normativa dos Tribunais do Trabalho, com o intuito de evitar o entendimento direto entre os grupos interessados; proibição da greve (é lógico: se há uma Justiça do Trabalho dotada de competência nor-

mativa, não faz sentido algum permitir a greve); cooptação das lideranças sindicais no "establishment". Tudo isso durou praticamente de maneira intocável, até 78/79. Nessa época, começa uma modificação, uma transformação que não foi de modo algum deliberada ou consciente, antes pelo contrário, resultou da natural e da espontânea evolução dos fatos sociais no país. Começaram a surgir sindicatos livres da interferência do Estado: passou-se a adotar, de fato, a autonomia sindical; fez-se pela primeira vez no Brasil o reconhecimento explícito da autonomia coletiva; tolerância da atuação de centrais sindicais, surgidas espontaneamente, como um fato social irrecusável, à margem das confederações ou entidades "oficiais"; tolerância da greve.

Muito do regime autoritário do Estado Novo ainda perdura na Constituição promulgada em 1988. Esta Constituição ainda conserva, infelizmente (no meu modo de ver), aquelas características autoritárias, com perdão dos que pensam em contrário, retrógradas, impostas pelo Estado Novo: sindicato único, organização sindical à base de categorias, contribuição sindical obrigatória, influência dos aposentados, cooptação das lideranças sindicais, competência normativa dos Tribunais do Trabalho. É verdade que a Constituição dá três passos adiante, no sentido da modernização da regulação das relações de trabalho no Brasil: 1ª – dá ênfase à negociação coletiva; 2ª – consagra a autonomia sindical; 3ª – empresta uma regulação moderna e adequada ao direito de greve. Temos, então, uma situação híbrida, inexplicável. As normas constitucionais brigam entre si. Não há uma opção ideológica, por parte da Constituição. Uma norma conflita com a outra, e o que se vê na realidade é este estado de ebulição, gerado pela existência de um pluralismo sindical de fato, ao lado do monopólio sindical de direito. E assim sucessivamente, em relação a vários tópicos já examinados.

Diante deste quadro, que sugestões deveríamos formular? Duas vias podem ser trilhadas: a que palmilha o terreno assentado pela Constituição vigente e a que, teoricamente, seria aberta após a reforma constitucional prevista para 1993. No plano destas formulações teóricas, não devemos afastar a consciência das limitações impostas ao estudioso pela realidade social, anteriormente referidas.

Sem perder de vista os parâmetros estabelecidos pelo texto constitucional vigente, sou de opinião que urge promulgar uma legislação ordinária sensível às exigências da tormentosa fase que o País atravessa, em meio a grave crise econômica, cujos efeitos se fazem sentir de maneira premente sobre as relações de trabalho. Esta legislação daria ênfase aos métodos de autocomposição dos conflitos coletivos de trabalho, privilegiando a negociação coletiva. Existe lei sobre o resultado da negociação coletiva (convenção e acordo coletivo), mas o processo de negociação jamais atraiu a atenção do legislador, entre nós. Esta lei disciplinaria a organização sindical em obediência aos novos rumos abertos pelo reconhecimento da autonomia sindical, disporia sobre a criação e o registro das entidades sindicais. No capítulo da negociação, trataria dos procedimentos peculiares a ambos os setores, o privado e o público. Tarefa desta lei seria, também, a regulação da greve em ambos os setores, o privado e o público. Em relação ao setor privado, as linhas gerais da lei em vigor poderiam ser aproveitadas; trata-se de uma boa lei, que pode contudo ser aprimorada pela eliminação de certas impropriedades; mas, não temos ainda lei de greve aplicável aos servidores públicos. Acrescente-se a regulação dos métodos de composição dos conflitos coletivos: a conciliação, a mediação e a arbitragem, lembrando que, para o último procedimento mencionado (a arbitragem), a Constituição abre sugestivo espaço. Este espaço precisa ser preenchido pela legislação ordinária.

Finalmente, a lei disporia sobre a solução jurisdicional dos conflitos coletivos de trabalho, já que a Constituição armou a Justiça do Trabalho de competência normativa.

De iure constituendo, levando em conta a reforma prometida para 1993, parece-me que o futuro texto constitucional deve eliminar todos os restos de corporativismo e autoritarismo mantidos pela Carta em vigor, no capítulo das relações de trabalho. Se a sociedade brasileira manifestou sua opção pela via democrática, os princípios do Estado democrático de direito devem projetar-se também na regulação das relações de trabalho. Assim, deverá ser plenamente consagrada a liberdade sindical, o que significa: admitir a possibilidade da pluralidade sindical, deixando à deliberação consciente dos interessados a opção pela unidade; liberdade e organização sindical, em qualquer de suas manifestações, e não unicamente pelo critério de categorias econômicas e profissionais; supressão da contribuição sindical obrigatória; renunciar ao vício de cooptar as lideranças sindicais; atribuir à Justiça do Trabalho organização moderna, livre do ranço do corporativismo; suprimir o poder normativo da Justiça do Trabalho; dar ênfase aos métodos de autocomposição dos conflitos coletivos de trabalho, com destaque para a negociação coletiva.

Somente após a promulgação de novo texto constitucional, será possível modernizar a regulação das relações de trabalho no Brasil. Até que este fato venha a ocorrer, o País está condenado a suportar os efeitos maléficos irradiados pela ambigüidade ideológica da Constituição vigente. Façamos votos para que tais efeitos não sejam tão maléficos, de modo que permita o convívio harmonioso, pacífico e feliz da sociedade brasileira...

A DEFESA DOS DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS DE NATUREZA TRABALHISTA

Carlos Alberto Moreira Xavier^(*)

SUMÁRIO: Conceito de direitos ou interesses coletivos e difusos. O mandado de segurança coletivo. A negociação coletiva, evolução e tratamento jurídico no Brasil. A negociação coletiva como negócio jurídico de natureza coletiva. A substituição processual. Defesa de direitos e interesses coletivos como decorrência natural do exercício da atividade institucional pela entidade sindical. A defesa de direitos e interesses individuais homogêneos e heterogêneos.

Os chamados direitos e interesses coletivos e difusos passaram a gozar de inigualável importância de uns tempos a esta parte, mormente após a promulgação da nova Carta Magna.

É inquestionável que os chamados interesses coletivos já eram objeto de estudos e indagações doutrinárias de alta relevância, constituindo o cerne das preocupações político-legislativas a partir da década de 30.

Contudo, o enfoque constitucional mais apurado, inclusive pela criação de instrumentos jurídicos específicos e de maior eficácia, somente veio à baila com a Constituição de 1988, oportunidade em que, da mesma forma, os interesses e direitos difusos lograram uma atenção nunca recebida em diplomas constitucionais pretéritos.

Coube ao atualizadíssimo Código Nacional de Defesa do Consumidor uma conceituação bem precisa do que sejam direitos e interesses coletivos, direitos e interesses difusos e, o que é de extrema importância, direitos e interesses individuais homogêneos.

É verdade que, anteriormente, a doutrina já delineava de maneira bem cristalina a noção de interesses e direitos coletivos. No entanto, foi o apontado Código que, com uma audácia legislativa rara, lançou os conceitos básicos acima referidos, indicando as diferenciações entre uns e outros, às vezes muito sutis, mas de enorme alcance para o estudo que ora empreendemos.

O que caracteriza o interesse ou direito coletivo é a detenção da respectiva titularidade por um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

(*) Carlos Alberto Moreira Xavier é Juiz Togado do TRT da 15ª Região e Professor da Faculdade de Direito da PUCAMP.

A transindividualidade e a indivisibilidade são elementos comuns quer nos interesses e direitos difusos, quer nos interesses e direitos coletivos.

A característica maior, portanto, destes últimos seria aquela apontada no tópico anterior, e a dos primeiros o fato de que a titularidade do direito (direito difuso) seria de pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

É interessante ressaltar, de início, inovação de grande magnitude de novo diploma constitucional consubstanciada no instituto do mandado de segurança coletivo.

A matéria, pela relevância do tema, merecerá um tratamento mais específico e acurado em trabalho posterior, inobstante já termos iniciado algum estudo a respeito, conforme artigo publicado no Boletim do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, em 1989.

Naquela oportunidade deixamos assentado que:

"Entretanto, e aí nossa inteira adesão aos ensinamentos do Professor Agrícola Barbi, o mandado de segurança individual poderá ser impetrado, também, para a proteção de interesse, desde que individualizada a vítima da ilegalidade.

Já, no mandado de segurança coletivo, os interesses a serem protegidos ou preservados não devem ser entendidos, apenas, como mera soma de interesses individuais.

Não. Mesmo que haja várias pessoas, cada qual com interesse individual lesado, n'uma individuação quer da lesão, quer da pessoa, o mandado de segurança cabível é o individual, mesmo que nele haja uma relação litisconsorcial ativa. Quando se diz interesse coletivo, está-se referindo a interesses abstratos desta ou daquela coletividade".

Em segundo lugar, poderíamos apontar a negociação coletiva como um instrumento constitucional básico posto à disposição dos titulares de direitos e interesses coletivos de natureza trabalhista.

É evidente que a negociação coletiva caracteriza, também, uma das modalidades legais de solução dos conflitos coletivos, mormente pela autocomposição que gera.

Entretanto, jamais poderíamos descartar o primeiro aspecto, visto que, tendo a Constituição no art. 5º, incisos XVI e XVII, garantido o direito de reunião e de associação e, mais especificamente, quanto aos direitos trabalhistas, no art. 8º, garantido o direito à sindicalização e erigido a negociação coletiva como pressuposto básico para instauração de dissídio coletivo (art. 114, § 2º), tal negociação passou a figurar como autêntico instrumento de defesa, na medida em que obriga o empregador a, pelo menos, atentar para as reivindicações coletivas.

Mas abordemos de maneira mais detalhada a negociação coletiva, ressaltando, inclusive, mais adiante, um aspecto que reputamos do maior interesse, inobstante sua vinculação a esta ou àquela teoria civilista.

A negociação coletiva constitui, já de longa data, um procedimento social objetivador da solução de conflitos, cuja finalidade imediata é a obtenção de um acordo no qual os interesses restariam paritariamente atendidos.

As relações entre empregados e empregadores sempre apresentaram uma latejante situação conflituosa, por mais harmônica ou tranqüila que tal relacionamento pudesse aparentar.

No campo jurídico-institucional alguns Estados interferem de maneira mais acintosa na questão coletiva, de cunho trabalhista, impondo soluções heterônomas, na maioria das vezes artificiais, na visão irrealística de que o Estado tudo prevê ou provê.

Há, de outra parte, países em que a solução autônoma dos conflitos coletivos têm primazia sobre quaisquer outras, interferindo o Estado de maneira bastante tímida, n'uma atuação meramente supletiva da vontade dos interessados.

O direito trabalhista norte-americano, sempre é lembrado como um repatório de institutos e procedimentos que enaltecem a negociação coletiva, insculpindo-se deveres tanto para empregadores quanto para empregados a respeito da negociação.

O Professor Benjamín M. Shieber, da Universidade Estadual de Lousiana, EUA, em reduzido mas interessante trabalho sobre aquele direito ("Iniciação ao Direito Trabalhista Norte-Americano", da Editora LTr), tratando da negociação coletiva ressalta a importância do instituto na solução dos conflitos coletivos nos Estados Unidos da América, transcrevendo, inclusive, texto legal de 1935, *in verbis*:

"Será uma prática desleal para um empregador recusar-se a entabular negociações coletivas com os representantes de seus empregados, cumpridos os requisitos da Seção 9-a".

Também o referido auto, com relação aos empregados, explicitou norma legal editada em 1947, nestes termos:

"Será uma prática desleal para um sindicato a recusa de seus representantes em entabular negociações coletivas com um empregador".

Por último, dispositivo legal mais abrangente, apontado pelo Professor Shieber, referido como uma Emenda de 1947, definiu que:

"Para os fins desta seção, entabular negociações coletivas é o cumprimento da obrigação mútua do empregador e do representante dos empregados, de se reunir em intervalos razoáveis e discutir de boa-fé sobre salários, horas de trabalho e outras condições de trabalho, ou a negociação de uma convenção ou qualquer questão que possa surgir a respeito dela, e a celebração de um contrato escrito incorporando qualquer acordo conseguido, se qualquer das partes assim solicitar".

No Brasil, inobstante adotar-se a solução estatal para os litígios coletivos, dotando-se a Justiça do Trabalho de poder normativo, intervindo, esta, inclusive no traumatizante fato social da greve, vem acolhendo há muito a solução negociada cuja formulação jurídica passa a positivar-se através da Convenção Coletiva de Trabalho e do Acordo Coletivo de Trabalho.

Não se pode olvidar que somente a partir de 1930 a negociação coletiva passou a adquirir foros de legalidade expressa, dada a atenção que o Estado começou a dispensar às questões sociais, inclusive regulando a organização sindical.

O Decreto n. 19.770, de 1931 aludia expressamente a acordos e convenções, apontando como faculdade dos sindicatos de patrões, de empregados, de operários, a celebração entre si daqueles ou daquelas.

Destarte, a prática social da negociação coletiva, inseria-se no direito pátrio pelo reconhecimento dos instrumentos jurídicos dela emergentes, dando-se forma ao que fora pactuado ou acordado.

A Constituição de 1934, consignou, no capítulo inerente à ordem econômica e social o "reconhecimento das Convenções Coletivas de Trabalho", cristalizando-se, de vez, o instituto.

As Cartas Magnas que se sucederam adotaram postura idêntica àquela, tendo, a Constituição promulgada em 05 de outubro de 1988, em seu art. 7º, inciso XXVI, reconhecido as convenções e acordos coletivos.

A nova Carta, ao tratar da competência material da Justiça do Trabalho e ao referir-se ao poder normativo daquela, condicionou o exercício deste mesmo poder à existência prévia da negociação ou, pelo menos, de tentativa nesse sentido.

A Constituição, por conseguinte, espelhando os anseios maiores de toda a sociedade, deixou patenteado que a solução ideal para os conflitos coletivos deve nascer da vontade coletiva autonomamente considerada, sem a interferência do Estado.

É interessante observar a interação lógica entre negociação e vontade, como elementos que sempre compuseram os atos jurídicos produtores de direitos e obrigações e que, pela doutrina civilista moderna, consubstanciam o que passou a denominar-se negócio jurídico.

Antes de adentrarmos na matéria ventilada no tópico anterior é imperioso consignar que não se comete qualquer heresia ou subversão dos princípios fundantes do Direito do Trabalho, quando se estuda algum instituto típico deste ramo do direito com base em noções, princípios ou institutos inerentes ao Direito Civil.

Este influenciou o Direito do Trabalho e ainda influencia, estabelecendo um alicerce sólido caracterizador do direito como um todo unitário, como, de outra parte, o Direito do Trabalho vem, cada vez com maior intensidade, influenciando o Direito Civil.

Como exemplo desta última assertiva basta examinar-se a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor) onde ficou instituída a Convenção Coletiva de Consumo, além de um peculiar tratamento dado às sentenças prolatadas nas ações coletivas, em que, claramente, há referência a efeitos *erga omnes* e *ultra partes*.

É deveras flagrante a influência da Convenção Coletiva de Trabalho e da Sentença Normativa, institutos trabalhistas por excelência, na lei acima abordada.

Retomando o tema, vejamos o que leciona Caio Mário da Silva Pereira a respeito do negócio jurídico:

"Os negócios jurídicos são, portanto, declarações de vontade destinadas à produção de efeitos jurídicos queridos pelo agente; os atos jurídicos em sentido estrito são manifestações de vontade, obedientes à lei, porém geradores de efeitos que nascem da própria lei" (In "Instituições de Direito Civil", vol. I, pág. 327, Ed. Forense).

Seguindo o raciocínio do grande mestre mineiro, podemos afirmar com segurança que da negociação coletiva abraçada por nossa Carta Magna, poderão surgir negócios jurídicos coletivos, consubstanciados nos tradicionais instrumentos de natureza trabalhista, a Convenção Coletiva de Trabalho e o Acordo Coletivo.

Como consequência lógica, não há como furtar-se à inelutável conclusão de que todas as obrigações geradas por uma convenção coletiva ou um acordo coletivo têm natureza trabalhista.

E, ainda, como um coroamento natural das assertivas acima, teríamos a Convenção Coletiva de Trabalho e o Acordo Coletivo como títulos executivos extrajudiciais de natureza trabalhista e a Sentença Normativa como título judicial trabalhista.

Esta é a razão pela qual é totalmente despicienda a discussão sobre a competência da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar questões vinculadas àqueles títulos, caracterizando-se teratologia jurídica a inserção de órgão estranho à justiça especializada para tais julgamentos.

Interessante conclusão decorre, ainda, da vinculação apontada acima entre o negócio jurídico e a convenção coletiva de trabalho ou o acordo coletivo.

Fica patenteado que, inobstante ponderosas razões e opiniões divergentes, a voluntariedade não se torna ou nunca se tornou um elemento incompatível com o interesse coletivo ou, mesmo, com o direito coletivo.

Poder-se-ia até argumentar que o voluntarismo jurídico exacerbado pela preponderância do fator individual nos contratos não se compadece mais com a idéia do coletivo ou do difuso, especificamente dos interesses e direitos coletivos e difusos. Contudo, a negociação como elemento material básico para a solução de conflitos coletivos necessariamente introduz a voluntariedade no procedimento.

Outra questão de extrema relevância é que vem exigindo grande esforço de todos aqueles que têm como atribuição a lida com o chamado direito coletivo prende-se à abrangência da atuação das entidades sindicais na solução dos conflitos.

O inciso III, do art. 8º da Constituição Federal, gerou um certo coletivismo que, em decorrência, exacerbou o desejo de várias entidades sindicais em figurar, em qualquer hipótese, como substituto processual.

O primeiro óbice a esta postura, encontra-se na própria Carta Magna, quando esta estabeleceu como um dos princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III).

A tutela exagerada que se procura dar ao trabalhador retirando-lhe o direito político-constitucional de agir ou, o que seria o mesmo, dividir este direito de maneira ilimitada, atenta contra sua dignidade como pessoa, impingindo-lhe uma incapacidade que nada tem a ver com sua hipossuficiência.

O segundo fator impeditivo lastreia-se no exato entendimento sobre a expressão **defesa** inserida no dispositivo constitucional indicado.

Destarte, **defesa**, no sentido técnico-jurídico dimensiona-se com largueza muito maior do que entendem aqueles que enxergam na referida palavra, colocada no contexto normativo invocado, um mero sucedâneo de substituição processual.

Sempre que alguém, judicial ou administrativamente, milita em favor de interesse próprio ou alheio, está exercendo a defesa daquele mesmo interesse.

De outra parte, a defesa pode ser exercida por várias modalidades.

No campo específico do Direito do Trabalho e, mais ainda, na área de atuação das entidades sindicais, observa-se que estas podem defender os interesses individuais e coletivos adotando os seguintes posicionamentos:

- a) prestando assistência judiciária nos termos da Lei n. 5.584/70;
- b) atuando nas negociações coletivas e nos dissídios coletivos, cumprindo a missão de natureza institucional e, por conseguinte, não representando a categoria mas tornando esta presente (se apresentando);
- c) pela substituição processual;
- d) utilizando-se do instituto da representação.

Todas as posturas acima consubstanciam defesa de interesses, coletivos ou individuais.

O Emérito Desembargador Kazuo Watanabe, em palestra realizada no salão plenário do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, quando do 4º Encontro dos Juízes do Trabalho da 15ª Região, lecionou que os direitos e interesses coletivos são defendidos pelas entidades sindicais como decorrência natural do exercício de uma atividade institucional, imanente à própria entidade. Por conseguinte, no dizer do Eminentíssimo Mestre, na defesa daqueles direitos ou interesses as entidades sindicais não agiriam como substitutos processuais.

Nesta qualidade atuariam somente na defesa de direitos e interesses individuais.

E aí surge a *vexata quaestio*:

A substituição processual seria uma qualidade imanente na entidade sindical, para todo e qualquer interesse ou direito individual?

A negativa se impõe.

Toda a entidade associativa tem como objetivo institucional a defesa de interesses e direitos coletivos.

Esta é a imanência natural e lógica.

A substituição processual para legitimar-se neste ou naquele caso concreto, depende de norma legal assecuratória, eis que se trata de legitimação extraordinária, ao contrário daquela pertinente à defesa de interesses e direitos coletivos que seria, também no lúcido ensinamento do Dr. Watanabe, ordinária.

Aliás, o Código Nacional de Defesa do Consumidor, ao tratar das ações coletivas para defesa de interesses individuais homogêneos, expressamente autoriza os legitimados de que trata a mesma lei a agirem como substitutos processuais.

Ousaríamos afirmar, como decorrência, que a expressão constante no inciso III, do art. 8º da Constituição Federal sobre caber ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos individuais da categoria, quanto a estes últimos, a legitimação natural como substituto processual seria, tão-somente, para os direitos individuais homogêneos.

Em contrapartida, para os direitos individuais heterogêneos a legitimação extraordinária como substituto processual deveria decorrer, sempre, de norma legal expressa.

Estas seriam as considerações a respeito de alguns institutos, instituições ou questões sobre o tema ora versado.

Outras indagações, de não menos relevância existem, bem como outros institutos, como, v.g., a greve e que mereceriam estudos e análises específicos.

Contudo, a complexidade da matéria, exige que fiquemos por aqui, deixando para trabalhos subseqüentes que, obviamente serão publicados por esta revista, o desenvolvimento do tema.

O DIREITO COMPARADO COMO FONTE DO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

Ives Gandra da Silva Martins Filho (*)

O Direito do Trabalho possui, em relação aos demais ramos da Ciência Jurídica, uma caracterização peculiar e distintiva, própria somente a ele e que lhe confere uma importância toda especial no mundo moderno: a solução dos grandes conflitos sociais através dos processos coletivos.

A cada dia que passa, maior relevo ganham as questões trabalhistas, envolvendo todas as camadas da população, pois dizem respeito ao meio básico de subsistência e desenvolvimento do ser humano, que é o trabalho.

Tendo o Direito do Trabalho surgido das lutas entre os trabalhadores e seus patrões, durante a Revolução Industrial, quando a exploração da mão-de-obra assalariada levou à união dos trabalhadores para conseguirem melhores condições de trabalho e remuneração condigna, continuam sendo os conflitos sociais o cenário que exige a intervenção estatal disciplinadora das relações trabalhistas, buscando estabelecer a justa repartição da produção, entre o capital e o trabalho.

O progresso tecnológico altera as condições de trabalho e, quando há inércia do empresariado na readaptação dos recursos humanos às novas condições, são os trabalhadores a pressionarem empresários e governo, com reivindicações e greves, que levam à readequação das normas legais disciplinadoras das relações laborais à realidade fática existente.

Ora, se já há uma natural passividade e demora para que os empregadores reconheçam a necessidade de melhorar os padrões remuneratórios ou as condições de trabalho de seus empregados, de acordo com os progressos, avanços e alterações na atividade econômica a que se dedicam, quanto maior não é a inércia estatal em editar novas leis que regulamentem mais adequadamente as relações trabalhistas.

Por isso, nos países mais desenvolvidos, percebeu-se que o caminho mais rápido e eficaz para a solução dos conflitos coletivos trabalhistas é o da negociação coletiva entre as próprias partes interessadas. Isso é possível quando ao poder econômico patronal (sobre os salários) pode se opor, em igualdade de condições, um poder sindical obreiro (sobre a prestação dos serviços), de modo que tal poder de barganha, alcançado pela união dos trabalhadores, torne equilibrado o diálogo entre patrões e empregados.

Nesse sentido, a intervenção estatal que se fez marcante com o decorrer da Revolução Industrial, pode retrair-se, na medida em que as próprias partes

(*) Ives Gandra da Silva Martins Filho é Procurador do Trabalho de 1ª Categoria e Professor Universitário.

resolvem, através da negociação coletiva, os conflitos trabalhistas, limitando-se a consagrar ou estender a todas as categorias profissionais os avanços mais significativos nos direitos sociais, as vantagens e condições mais comuns, tornando-as lei geral para toda a massa trabalhadora.

Assim, vemos as legislações trabalhistas do mundo inteiro fixando os direitos sociais mínimos, que são: limitação à jornada de trabalho; estabelecimento de um salário mínimo; garantias ao emprego; proteção à maternidade; normas de higiene e proteção ao trabalhador; etc.

Através da negociação coletiva, as partes em conflito podem resolvê-lo mediante a criação de novas regras a serem aplicadas no âmbito da empresa ou de toda a categoria, servindo-se, para tanto, de um instrumento normativo particular: os acordos e convenções coletivas.

Tais acordos passam a ser fonte do Direito Coletivo do Trabalho, conferindo, em geral, maiores vantagens do que aquelas previstas em lei. No entanto, tendo em vista as condições específicas de determinada categoria ou a situação econômica de determinada empresa, podem os acordos fixar alguma cláusula que represente perda de conquista já alcançada pelos trabalhadores.

Isso porque, nos acordos, havendo a participação dos sindicatos na negociação, podem eles reconhecer que a manutenção de determinada vantagem, num contexto econômico especialmente desfavorável para a empresa, poderia representar ameaça para os próprios trabalhadores, já que onerando excessivamente a empresa, comprometeria a atividade produtiva e, conseqüentemente, a própria existência dos empregos.

Assim, nesses casos, reduções salariais poderiam ser convencionadas, como forma de assegurar o mais importante, que é o emprego. Seriam formas de flexibilização das normas legais trabalhistas, tendo em vista o contexto econômico e o interesse das partes.⁽¹⁾

No entanto, a regra geral é de que a legislação assegura o mínimo aos trabalhadores, podendo os acordos e convenções coletivas fixar normas mais favoráveis que se incorporarão aos contratos individuais de trabalho, cujo conteúdo mínimo é a lei.

Quando a intransigência patronal ou o irrealismo sindical em termos de reivindicações tornam inviável qualquer acordo, frustrando a negociação coletiva, outros meios de solução dos conflitos coletivos de trabalho devem ser buscados, tendo em vista que nesses embates entre o capital e o trabalho, não são somente os empregados e os patrões que sofrem, mas também e especialmente a sociedade como um todo, pois as greves, utilizadas como instrumento de barganha dos trabalhadores, prejudicam a sociedade, paralisando os serviços de que necessita para sobreviver.

Na quase totalidade dos países do mundo, as fórmulas encontradas para a solução dos conflitos coletivos do trabalho passam pela mediação, conciliação e arbitragem. Quando as partes não logram êxito na negociação coletiva, recorrem a um terceiro, que intermediará a negociação, aparando as arestas de ambos os lados e propondo soluções que sejam mutuamente aceitas.

A mediação bem sucedida cristaliza-se na conciliação das partes que, graças à atuação incisiva e eficaz do intermediador, desemboca na formalização

(1) Cf. ORLANDO TEIXEIRA COSTA, "Rigidez e Flexibilidade do Direito do Trabalho no Brasil", In Rev. LTr, setembro/1990, págs. 1.045-1.048.

de um acordo, que também passa a integrar o patrimônio jurídico do trabalhador, como fonte de seus direitos.

Enquanto na conciliação as partes elegem livremente as condições e normas que regerão as relações trabalhistas, na **arbitragem** elegem apenas um terceiro que resolverá o conflito entre elas, estabelecendo as novas condições laborais. O acordo, na arbitragem, é apenas quanto à submissão de ambas as partes ao laudo arbitral proferido, qualquer que seja seu veredito e condições.

A arbitragem, no Direito Comparado, tem sido o meio por excelência de solução dos conflitos coletivos, quando não alcançado o acordo entre as partes sobre as novas condições de trabalho propostas.⁽²⁾ Por um lado, a composição dos **juízos arbitrais** com peritos eleitos pelas partes, um representando os empregados e outro os patrões, e presididos por funcionário governamental, todos escolhidos dentre os nomes que compõem a lista oficial de árbitros, dá maior confiabilidade e segurança às decisões, e, por outro, a simplicidade do procedimento, não sujeito às regras formais do processo judicial, confere rapidez e facilidade à solução do conflito, desonerando as partes e a própria sociedade dos inconvenientes de um confronto longo e dispendioso, que paralisa a produção e compromete a paz social.

Onde a arbitragem constitui meio de solução dos conflitos coletivos do trabalho, o **laudo arbitral** se reveste de forma de uma decisão judicial, irrecorrível e com os mesmos efeitos da coisa julgada, apenas se diferenciando pelo fato de ser voluntária: apenas quando ambas as partes aceitaram atribuir a um árbitro a solução do conflito é que a imposição do laudo se torna obrigatória.

Há países, inclusive, que estabelecem a **arbitragem obrigatória** nos casos da conciliação e da negociação se ter frustrado.⁽³⁾ Nesses países, as Cortes de Arbitragem, às quais as partes em conflito devem submeter necessariamente suas pendências trabalhistas no campo dos direitos coletivos, não são órgãos do Poder Judiciário, mas ligam-se ao Poder Executivo, mais propriamente ao Ministério do Trabalho. O procedimento que segue se diferencia do processo judicial apenas pela eleição do julgador e pela simplicidade da forma, se bem que, do ponto de vista da intervenção estatal, constituem fórmula anômala de jurisdição, com imposição de uma solução pelo Estado, através desses tribunais de arbitragem.

Nesse sentido, os laudos arbitrais seriam outra fonte do Direito Coletivo do Trabalho, constituindo decisões impostas às partes, que fixam novas normas e condições de trabalho a serem observadas.

O Brasil, adotando sistema distinto, de forma quase que isolada, posto que seguida apenas pela Austrália e Nova Zelândia⁽⁴⁾, partiu para **solução judicial dos conflitos coletivos do trabalho**. O **Poder Normativo** conferido à Justi-

(2) Apenas para refletir alguns exemplos, temos, adotando o sistema de arbitragem, a Argentina (Lei n. 14.786/54), Colômbia (Decreto Legislativo n. 2.351/65), Egito (Código do Trabalho de 1981), Estados Unidos (Serviço Federal de Mediação e Conciliação - FMCS), Grã-Bretanha (Serviço Consultivo de Conciliação e Arbitragem - ACAS), Itália (Lei n. 300/70), Malásia (Lei n. 177/67), México (Código do Trabalho de 1969), Paquistão (Ordem n. 56/59), Peru (Decreto n. 1/56, DT), Senegal (Código do Trabalho de 1961) e Venezuela (Código do Trabalho de 1983).

(3) São exemplos, dentre outros, o México e a Colômbia.

(4) Cf. NICHOLAS BLAIN, JOHN GOODMAN e JOSEPH LOEWENBERG, "La Mediación, la conciliación y el arbitraje: comparación entre Australia, Gran Bretaña y Estados Unidos de América", in *Revista Internacional del Trabajo*, Jan-Mar/87, vol. 106, n. 1, págs. 113-135.

ça do Trabalho Brasileira, para dirimir os conflitos coletivos, é forma original de solução desses conflitos, atribuindo-se ao Estado, através de seu Poder Judiciário, a competência de impor normas e condições de trabalho, quando as partes não cheguem a um consenso.

No Brasil, a adoção do sistema judicial de solução dos conflitos coletivos de trabalho decorreu de tríplice fator:

a) inexistência de um sindicalismo forte, que tornasse possível uma verdadeira negociação coletiva, com equilíbrio das partes;

b) mentalidade paternalista arraigada no povo, que espera do Estado a solução dos problemas sociais, colaborando pouco com a própria iniciativa; e

c) impossibilidade prática do Poder Legislativo promulgar leis tão particulares, em termos de sujeitos aos quais se dirige, e mutáveis, em termos de alterações nas condições fáticas sob as quais os trabalhadores prestam seus serviços.

Diante de tal quadro, atribuiu-se à Justiça do Trabalho, desde a sua criação, há 50 anos, um Poder Normativo nas questões coletivas, uma vez que, teoricamente, estaria o Judiciário Trabalhista melhor aparelhado para o exercício dessa função,⁽⁵⁾ dada a composição em colegiado mais reduzido que o do Legislativo e com melhor conhecimento da matéria a ser regulada, devido à **representação paritária** da categorias profissional e econômica nas Cortes Laborais.

O sistema brasileiro de solução dos conflitos coletivos é, pois, judicial, mas a atividade exercida pelos Tribunais Trabalhistas nos dissídios coletivos é tipicamente legislativa: estabelecer normas e condições de trabalho para categorias profissionais e econômicas concretas.

As **sentenças normativas** prolatadas nos dissídios coletivos se revestem das características próprias da lei: **generalidade e abstração**. Prevêem normas hipotéticas para as diversas circunstâncias, aplicando-se a toda a categoria.

Ora, nesse sentido, o fundamento sobre o qual se apóiam as normas e condições de trabalho estabelecidas nas sentenças normativas não é o princípio da legalidade, mas a **oportunidade e conveniência** de se regular de tal modo as relações trabalhistas numa dada categoria, com base num poder discricionário conferido às Cortes Trabalhistas.

A lei, nos processos coletivos, serve apenas como **parâmetro mínimo**: não podem os Tribunais estabelecer condições de trabalho menos vantajosas do que aquelas já previstas nos diplomas legais.⁽⁶⁾

Mas, respeitado esse limite mínimo, podem as Cortes Laborais criar novas regras e condições de trabalho, que atendam às necessidades de uma determinada categoria, fundadas apenas na conveniência de que tais normas sejam impostas como solução do conflito existente e do problema surgido.

A atividade da Justiça do Trabalho, portanto, no campo dos conflitos coletivos, é de **natureza legislativa**, pelo que necessitam, seus magistrados, não somente do conhecimento das normas trabalhistas já existentes, mas principalmente, da realidade fática que devem regulamentar.

(5) Cf. ORLANDO TEIXEIRA DA COSTA, "A Intervenção do Poder Judiciário nos Conflitos Coletivos de Trabalho", in Rev. LTr 47 (2): 141-2.

(6) Cf. Constituição Federal, art. 114, § 2º.

Com efeito, duas são as virtudes mais necessárias ao legislador:

a) **conhecer** a fundo os problemas que deve resolver através da legislação que elaborará; e

b) **criatividade**, para encontrar soluções oportunas para os problemas com os quais se defronta.

Vemos que o progresso e desenvolvimento de qualquer sociedade e civilização somente se dá quando suas elites diretivas sabem dar **respostas criativas aos desafios** que o meio lhes apresenta em cada etapa de sua história. A falta de criatividade faz com que as civilizações se desintegrem e as sociedades se fossilizem.⁽⁷⁾

Ora, a criatividade não é obra exclusiva da imaginação, mas também e especialmente da **experiência**. A familiaridade com os problemas facilita a tarefa de encontrar soluções, pois as medidas que deram resultado são recordadas e aperfeiçoadas, olvidando-se aquelas que não surtiram efeito. Ademais essa convivência diuturna com os desafios é um estímulo à criatividade.

Como os problemas trabalhistas são semelhantes em todas as partes do mundo, as soluções, no entanto, variam conforme a **engenhosidade e inventiva** de cada sociedade, buscando um melhor relacionamento entre o capital e o trabalho, com vistas ao incremento da produção e do bem-estar social.

Nesse sentido, o conhecimento de soluções adotadas por outros países para problemas trabalhistas semelhantes constitui rico manancial no qual pode o magistrado trabalhista debruçar-se, para sorver da experiência alienígena, aguçando-lhe a criatividade para resolver os problemas pátrios no campo laboral, estabelecendo novas condições de trabalho para as categorias em litígio.

Desse modo, podemos dizer que o **Direito Comparado** constitui, no campo do Direito Coletivo do Trabalho, fonte de direito, na medida em que a legislação estrangeira é aproveitada, em termos de experiência, para forjar as novas regras a serem estabelecidas através das sentenças normativas.

Ora, apenas no Direito do Trabalho, devido à existência do Poder Normativo da Justiça Laboral, é que isso é possível. Nos demais ramos da árvore jurídica pátria, como a atividade exercida pelos tribunais é exclusivamente interpretativa e jurisdicional, fica jungida à legislação nacional, pois surgindo lacuna da lei, apenas pode o juiz recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito, mas nunca invocar direito estrangeiro para decidir em face da inexistência de lei específica no ordenamento pátrio.

Tal óbice inexistente nos processos coletivos do trabalho. Como, nos dissídios coletivos, o processo é judicial, mas com exercício de função legislativa, a conveniência e oportunidade são a tônica das decisões, não a legalidade. Assim, pode-se perfeitamente invocar **direito estrangeiro**, a título de subsídio e de **experiência**, para regular de forma semelhante ou até idêntica, realidade trabalhista análoga.

Não se trata de importar indiscriminadamente soluções ou institutos estrangeiros para resolver problemas nacionais cuja realidade é distinta, mas de aproveitar a experiência internacional, quando as situações são semelhantes.

A título de ilustração, podemos referir um problema idêntico que se observa na atualidade na maioria dos países: a questão do **trabalho da mulher**, mãe de família.

(7) Cf. ARNOLD TOYMBEE, "Um Estudo da História", Ed. UNB - Martins Fontes - 1987 - Brasília, págs. 75-131.

A proteção da mulher trabalhadora constitui preocupação comum às legislações trabalhistas de todos os países, mormente a proteção à maternidade. É a natural preocupação com a maior riqueza que possui qualquer país – seu povo –, que deve se engrandecer pela geração e educação de cidadãos sadios e bem equilibrados.

Ora, para o bom desenvolvimento da criança são indispensáveis os cuidados maternos, durante todo o período da infância e início da adolescência. No entanto, a necessidade de trabalhar, como meio de subsistência ou, simplesmente, de maior realização pessoal, pode levar a mulher a se afastar do lar, não podendo oferecer aos filhos esses cuidados de que necessitam. Nesse contexto, as creches se multiplicam, mas em detrimento da criança, pois o ambiente de uma creche não se compara ao do próprio lar.

No entanto, como a tendência ao **igualitarismo** entre homem e mulher vem crescendo com o passar dos anos, qualquer protecionismo é visto como discriminatório e, na prática, tem levado à discriminação, que se observa nas restrições que ocorrem na prática à contratação de mulheres, especialmente quando casadas. Institutos como a licença-maternidade e a estabilidade provisória da gestante, não obstante a notável relevância que têm para a sociedade, constituem elementos desestimuladores da contratação das mulheres.

Na realidade, o pretense igualitarismo acarreta tais distorções, ao tentar equiparar em todos os aspectos aquilo que tem características próprias e distintivas. Assim, apenas o reconhecimento efetivo da necessidade de disciplina distinta, por se tratar de realidade diferenciada, é capaz de evitar as discriminações, pois cada realidade diversa terá o tratamento adequado, nos aspectos em que se diferencia.

Nesse sentido, alguns países europeus têm resolvido a questão do trabalho da mulher, mãe de família, através da criação do instituto do **"emprego de tempo parcial"**.⁽⁸⁾ exigir que as empresas reservem parte dos cargos e funções a empregos de tempo parcial, que variam desde 1 hora a 20 horas semanais, com remuneração proporcional ao tempo laborado.

Ora, nesses países, o que se verificou foi que quase 95% dos que se candidavam e eram empregados nesses postos consistiam em mães de família, com filhos para criar.⁽⁹⁾ Assim, através de tal instituto se encontrou uma saída adequada que, dando oportunidade à mulher, de incrementar a renda familiar e realizar-se profissionalmente, não compromete a educação e cuidado dos filhos, bem maior a ser resguardado.

Como, no Brasil, inexistia a figura do julgamento além do pedido nos dissídios coletivos, poderiam os tribunais trabalhistas introduzir nas sentenças normativas cláusulas nesse sentido, bem como poderiam constituir reivindicação obreira, no que teríamos exemplo concreto, pinçado entre tantos que poderiam ocorrer, em que o Direito Comparado serviria de fonte para o Direito Coletivo do Trabalho.

(8) São exemplos, dentre outros, a Bélgica e a Suécia.

(9) Cf., "El trabajo a tiempo parcial en Suecia", In "Actualidad Sociolaboral" n. 1/88 (OIT); "Bélgica - Ley sobre jornada de trabajo flexible", In "Actualidad Sociolaboral" n. 2/87.

NATUREZA JURÍDICA DA CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

Vlademir de Freitas (*)

SUMÁRIO: 1. Notícia Histórica; 1.1. Generalidades; 1.2. Antecedentes; 1.3. Origens; 1.4. Evolução; 1.5. Evolução no Brasil; 2. Terminologia; 3. Conceito; 4. Natureza jurídica.

1. Notícia Histórica

1.1. Generalidades

Mario De La Cueva sintetiza que o contrato coletivo de trabalho, instituição característica do final do século XIX, foi "la respuesta de los trabajadores al abstencionismo del Estado en los problemas económicos"; anota-lhe nascimento após reconhecida a liberdade de coalizão e formada a associação profissional⁽¹⁾.

De seu turno, Segadas Vianna, enfatizando a "imensa importância nas relações entre o trabalhador e o capital", assumida pela convenção coletiva, "figura de direito relativamente recente", confere-lhe nascimento "com a democratização, com o direito dos trabalhadores se reunirem para acertar pontos de vista comuns e enfrentar o poderio patronal"⁽²⁾.

Cesarino Júnior comunga com que "os contratos coletivos surgiram espontaneamente, como consequência da reação dos trabalhadores contra a opressão patronal" e traça-lhe perfil evolutivo, sob esteira de Sinzheimer⁽³⁾.

(*) WLADEMIR DE FREITAS é Juiz do Trabalho da 15ª Região.

1) MARIO DE LA CUEVA, "Derecho Mexicano del Trabajo", Editora Porrúa, 1949, pág. 448.

2) SEGADAS VIANNA, "Direito Coletivo do Trabalho", Edições LTr, São Paulo, 1972, pág. 127.

3) CESARINO JR., "Direito Social", Edições LTr, São Paulo, 1980, pág. 545. "Nos primeiros tempos, quando o direito estatal só conhecia a coordenação entre indivíduos juridicamente iguais, a empresa nutria um direito não estatal, fundado sobre a idéia de subordinação, criado pela vontade dominadora de um só - o patrão, expressa geralmente no unilateral 'regulamento de empresa', sendo este direito não estatal de dominação o verdadeiro direito operário dos primeiros tempos do capitalismo. A forma hierárquica do direito não estatal sucede a forma coletiva do contrato de trabalho. Os agrupamentos de trabalhadores tiram à relação de trabalho o caráter de criação unilateral. Assim, o direito coletivo se revelou por ter saído do jogo das forças sociais e não de uma autorização legal. As normas regulamentando as convenções coletivas nasceram elas próprias fora da lei". O Estado, a princípio, se defendeu contra este direito não estatal, depois o transformou por meio de regras imperativas, passando depois a reconhecê-lo, como aconteceu particularmente com as diversas leis que regulamentam as convenções coletivas de trabalho. "Estas leis tiveram, com efeito, por fim, garantir o funcionamento jurídico do direito coletivo, chamado à vida por energias extra-estatais". Este reconhecimento apresenta diversos graus: O Estado pode contentar-se com constatar a legalidade das convenções: resolve, por disposições positivas, as dúvidas que a sua aplicação jurídica pode fazer nascer delas. Mas o Estado pode ir mais longe: põe à disposição dos operários os quadros que favorecem a conclusão das convenções (órgãos de conciliação); substitui às convenções a arbitragem obrigatória; enfim, pode estender sua ação além do círculo dos interessados na convenção, declarando obrigatório para todos certos contratos de tarifas".

1.2. Antecedentes

Conquanto Cotrim Neto faça referências a "traços remotos de contratos coletivos de trabalho", segundo os quais, em Roma, apesar da resistência de alguns, teria existido esse meio de relação de trabalho⁽⁴⁾, Mario De La Cueva busca-lhes antecedente histórico em autores alemães que os teriam descoberto na Idade Média⁽⁵⁾. Estes pactos, que teriam sido celebrados em ocasiões de conflitos entre a corporação e a associação de companheiros, visavam findar a disputa – suas principais cláusulas se referiam (a) à admissão de aprendizes e de companheiros; (b) à utilização dos membros da associação de companheiros, talvez embrião das cláusulas de exclusão; (c) à fixação de salários e (d) quase, sempre, "el descanso en los lunes". Tais pactos não são encontrados depois do século XV, posto que o Mercantilismo queria o progresso da indústria, para trocar mercadorias por ouro, e os Estados europeus se fizeram hostis às associações de companheiros: "las leyes de Inglaterra y de Francia que prohibieron la coalición y la asociación profesional, hicieron imposible la celebración de contratos colectivos"⁽⁶⁾.

1.3. Origens

Surgido na segunda metade do século XIX, sob forma de contrato coletivo ordinário, o contrato coletivo de trabalho supõe a coalizão de uma comunidade operária – impossível, assim, seu nascimento sob égide da Lei Chapellier e do Código Penal Francês de 1810 –; não uma simples coalizão, mas uma associação profissional, de reconhecimento legal dispensável, inobstante exigido que não constitua ilícito.

Mario De La Cueva acentua que a origem do contrato coletivo repousa na mentira do contrato individual de trabalho: o livre acordo de vontades, insito neste, cedia espaço à vontade do empresário; e o Estado não acudia essa desigualdade, vertendo-se, pois, o menor salário possível ao trabalhador – "La abstención del Estado es la mejor protección al Capital"⁽⁷⁾.

Parca a existência do contrato individual de trabalho, o empresário baixava o Regulamento de Trabalho, estipulando salários, condições de trabalho, jornadas, descanso, férias, disciplina: quiçá se viria a falar de contrato de adesão do século XIX. Embora fosse regulamentação coletiva das condições de trabalho, sua origem era, evidentemente, unilateral, baseada na vontade do empresário⁽⁸⁾.

O contrato coletivo substituiu o Regulamento de Trabalho: enquanto o liberalismo proclamava a liberdade da economia à custa da do homem, o individualismo ressaltou a liberdade humana, com o sacrifício da economia.

4) Apud SEGADAS VIANNA, op. cit., pág. 128.

5) MARIO DE LA GUEVA, op. cit., pág. 488. "Al lado de las Corporaciones se formaron las asociaciones de compañeros y en diversos periodos de la historia entraron en lucha; los maestros habian cambiado su actitud, pues ya no eran el paterfamilias del taller, sino los propietarios de una pequeña empresa, de la que pretendían obtener las mayores ventajas; los compañeros hubieron de exigir el respeto de sus derechos y condiciones humanas de vida y de trabajo. Así nacieron los pactos a que refieren los autores alemanes entre las corporaciones y las asociaciones de compañeros; el Estado protegía a la corporación y la dejaba que fijara a su arbitrio las condiciones de trabajo de los compañeros y aprendices; los viejos pactos de la Edad Media nacieron, como nuestros contratos colectivos, a iniciativa de hombres que vendían su trabajo".

6) Idem, ibidem, pág. 489.

7) Idem, ibidem, pág. 490.

8) Idem, ibidem, págs. 490/491.

1.4. Evolução

A evolução do contrato coletivo de trabalho está submetida a fases: (a) de proibição, etapa prévia; (b) de tolerância, quanto à coalizão e à associação profissional; (c) de revelação através do direito civil e de reconhecimento através das leis civis; (d) de regulamentação através de leis especiais e, finalmente, (e) de garantia constitucional.

1.4.1. Desde 1824, a Inglaterra conhecia contratos coletivos de trabalho, embora os patrões não fossem obrigados a aceitá-los; aos poucos, a partir da segunda metade do século XIX, generalizaram-se vantajosamente para os trabalhadores, em Inglaterra, Bélgica, França e Alemanha⁽⁹⁾ — em 1910, na Alemanha, existiam 7.800 pactos coletivos interessando 138.785 empresas e 1.139.974 trabalhadores; na Inglaterra, 1.696 contratos coletivos relativos a 2,5 milhões de trabalhadores⁽¹⁰⁾.

1.4.2. Cambaleava a doutrina de direito civil, já que se tratava de regulação de relações entre particulares, aproximando-se da figura contratual.

Inobstante, a legislação civil passava a reconhecer os contratos coletivos: Código Civil Holandês, de 1º.2.1909, e Código Federal Suíço das Obrigações, de 1º.1.1912.

1.4.3. A legitimidade do contrato coletivo de trabalho teria surgido, segundo Consentini⁽¹¹⁾, no art. 10, da Lei Belga de Associações Profissionais, de 1º.3.1898⁽¹²⁾, conquanto a jurisprudência belga tenha assentado que esse artigo se referia aos contratos individuais de trabalho, celebrados pela associação em representação de seus membros⁽¹³⁾.

Regulamentação detalhada do contrato coletivo de trabalho se encontra na lei francesa de 25.3.1919⁽¹⁴⁾, merecendo igual destaque a lei espanhola de 21.11.1931.

Salienta Mario De La Cueva que "las instituciones del derecho colectivo del trabajo nacieron en la vida del Estado liberal y de la misma manera no era posible obligar a una persona a celebrar un contrato individual de trabajo, tampoco se podía imponer un contrato colectivo"⁽¹⁵⁾.

9) Idem, ibidem, pág. 491.

10) SEGADAS VIANNA, op. cit., pág. 128.

11) Apud MARIO DE LA CUEVA, op. cit., pág. 492.

12) Art. 10, da Lei Belga: "As associações têm capacidade para reclamar o cumprimento dos contratos celebrados pela associação para seus membros e o pagamento de danos e prejuízos que tenham causado pela falta de cumprimento".

13) MARIO DE LA CUEVA, op. cit., págs. 492/493.

14) RIVERO et SAVATIER, "Droit du Travail", Presses Universitaires de France, 1956, págs. 221/222, especificam o regime legal do contrato coletivo de trabalho, decorrentemente de (a) condições de validade; (b) efeitos e (c) sanções. Entre as condições de validade, incluem: 1º) partes contratantes — de um lado, "groupement, de droit (syndicat) ou du fait (comité de grève à l'issue d'un conflit)"; de outro, "un seul employeur peut passer une convention avec son personnel"; 2º) conteúdo das convenções, resumido nas condições de trabalho, especialmente as que devem satisfazer os contratos de trabalho; 3º) forma, escrita e pública. Ponto essencial são os efeitos: prevalente a concepção individualista, a convenção vincula o grupo signatário e, de outra parte, seus membros atuais e futuros, não ficando excluída a adesão de outros grupos ou empregadores isolados; contudo, não ficam vinculados os membros não aderentes, enquanto os próprios aderentes podem se desvincular. A lei, que distingue entre ações individuais e do grupo signatário, concede a estes capacidade postulatória, sem mandato especial.

15) MARIO DE LA CUEVA, op. cit., pág. 493.

1.4.4. Finalmente, erigiu-se do contrato coletivo de trabalho a garantia constitucional, concedendo-se às Leis ordinárias declarar-lhe a obrigatoriedade de celebração. Surgiu, também, a sentença coletiva em substituição ao contrato coletivo de trabalho⁽¹⁶⁾.

1.5. Evolução no Brasil

Martins Catharino identifica as três fases evolutivas: 1) a do Decreto n. 21.761, de 23.8.1932; 2) a do Decreto-lei n. 5.452, de 19.5.1943; e 3) a do Decreto-lei n. 229, de 28.2.1967⁽¹⁷⁾.

O Decreto n. 21.761, de 23.8.1932, consubstanciou, no dizer de Segadas Vianna, "o sentido paternalista da legislação revolucionária"⁽¹⁸⁾, como, aliás, o reconheceu o então Ministro do Trabalho Salgado Filho, em Exposição de Motivos⁽¹⁹⁾. A Constituição Federal de 1934 limitou-se ao "reconhecimento das convenções coletivas de trabalho" (art. 121, § 1º, "j"), enquanto a Carta de 1937 implantou o monismo e a representação legal. A primeira lei sobre a matéria consagrou estas espécies: (a) convenção-contrato ou consensual; e (b) convenção-lei ou normativa, por ato de autoridade pública.

Sob égide desta Carta, adveio a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei n. 5.452, de 19.5.1943). A Constituição de 1946 restabeleceu o art. 121, § 1º, "j", da de 1934, literalmente, mantida, ademais, a "representação legal" da associação profissional ou sindical. Outrossim, o caráter normativo do contrato coletivo de trabalho decorre quer da sistemática da Consolidação, quer do "conceito amplo de norma jurídica, abrangendo tanto a produzida pelo Estado, heterônoma, como a autônoma (sentença normativa e 'contrato coletivo de trabalho')"⁽²⁰⁾.

Antes da vigência da Constituição de 1967, o Decreto-lei n. 229, de 28.2.1967, modificou inteiramente o Título VI (arts. 611 a 625) da Consolidação das Leis do Trabalho. Há a vertência de requisitos subjetivos (que dizem quanto à titularidade de negociar e de concluir convenção ou acordo), objetivos (obrigatoriedade de negociação) e especial (habilitação de associação sindical e agrupamento ou coalizão de "empregados de uma ou mais empresas")⁽²¹⁾.

2. Terminologia

Inobstante Segadas Vianna se refira a que Carvalho Santos empresta pouca importância ao problema da denominação⁽²²⁾, Magano refuta tal enfoque e, sob invocação de Aguiinaldo Simões, acentua: "nada dificulta e prejudica mais a exposição metódica, no campo científico, do que a terminologia ou a linguagem técnica vacilante, ambígua ou imprópria"⁽²³⁾.

A doutrina menciona inúmeras denominações que foram propostas, sem êxito, para a instituição⁽²⁴⁾, fixando-se, contudo, ora na de convenção coletiva de trabalho, ora na de contrato coletivo de trabalho.

16) Idem, *ibidem*, pág. 493.

17) MARTINS CATHARINO, "Tratado Elementar de Direito Sindical", Edições LTr, São Paulo, 1977, pág. 224.

18) SEGADAS VIANNA, *op. cit.*, pág. 129.

19) Apud SEGADAS VIANNA, *op. cit.*, pág. 129.

20) MARTINS CATHARINO, *op. cit.*, pág. 226.

21) Idem, *ibidem*, pág. 228.

22) SEGADAS VIANNA, *op. cit.*, pág. 131.

23) MAGANO, "Convenção Coletiva de Trabalho", Edições LTr, São Paulo, 1972, pág. 33.

24) Idem, *ibidem*, págs. 33/36. MAGANO rechaça as propostas de contrato de tarifa, regulamento corporativo, concordata de trabalho, convenção coletiva de condições de trabalho e convênio de normas

Em prol da designação de **convenção coletiva de trabalho** – também preferida por Mascaro Nascimento, porque o termo “contrato coletivo” foi “uma necessidade hoje superada”⁽²⁵⁾ –, Magano arrola a sua aceitação internacional, com recomendação (também quanto a de contrato) da Organização Internacional do Trabalho, em sua 34ª Sessão, realizada em 1951. Acresce, relativamente ao termo **convenção**, “em analogia com o Direito Internacional, que traduz bem o que ocorre no campo do Direito do Trabalho, a saber, um tratado de paz, entre classes sociais em guerra, sendo, por exemplo, o que sucede quando a **convenção coletiva** põe fim a uma greve”⁽²⁶⁾. Alinha, ainda, a “vantagem do termo **convenção** sobre o de contrato, que o último pode engendrar confusões com o termo **contrato de trabalho**”⁽²⁷⁾. E conclui com a opinião de Russomano, de que “técnica e terminologicamente, não existe diferença entre os dois vocábulos: **convenção** ou **contrato**”⁽²⁸⁾.

de trabalho e salário. À de contrato de tarifa (“tarifvertrag”), que destaca a própria fixação de salários, porquanto se limita a uma parte de seu conteúdo, as condições de trabalho. À de **regulamento corporativo**, de COSTAMAGNA, consistente na superação dos conflitos de classe, na unidade estatal, na qual o Estado estende as normas coletivas de trabalho, dando-lhes feição de regulamentos corporativos, porque a denominação se revela inadequada, naquilo em que as normas coletivas são negociadas entre empregados e empregadores e respectivas entidades. À de **concordata de trabalho**, de BALELLA, através da qual se põe fim a uma luta econômica, ou se lhe concede trêgua, posto que não denuncia, de forma alguma, o objeto do instituto ademais de que se não harmoniza com o espírito de nossa legislação (cf. nota n. 19, supra). À de **convenção coletiva de condições de trabalho**, de GALLART Y FOLCH, que busca conciliar a bilateralidade ou pluralidade do ato jurídico com o preponderante aspecto normativo, uma vez que (a) é demasiada extensa; (b) não realça a idéia de normatividade, possibilitando confusão com o contrato individual plúrimo; e (c) não se refere às obrigações assumidas pelas partes. À de **convênio de normas de trabalho e salário**, de CABANELLAS, predominante o foco normativo, de vez que (a) além de normas, há a estipulação de obrigações reciprocamente assumidas; (b) na noção de normas do trabalho já está implícita a possibilidade de regulação de salários; e (c) a extensão do termo coletivo abriga normas emanadas não do Estado e sim de agrupamentos sociais.

CESARINO JR., op. cit., pág. 546, fixa-se na sinonímia das denominações de **convenção coletiva de trabalho** – usada pela legislação francesa e, no Brasil, pelo Decreto n. 21.761, de 25.8.1932, pela Constituição de 1934, art. 121, § 1º, “j” –, pela Constituição de 1946, art. 157, n. XVIII, pela Constituição de 1967, art. 159, pelo Decreto-lei n. 229, de 28.2.67, e pela Emenda Constitucional de 1969, art. 165, n. XIV –, **contrato coletivo de trabalho** – pela legislação italiana e, no Brasil, pela Constituição de 1937, arts. 61, “c”, 137, “a” e “b” e 138, e pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º.5.1943 – e **contrato de tarifa** – usada pela legislação alemã –, apenas mencionando as demais.

SEGADAS VIANNA, op. cit., pág. 130, “lembra que outras denominações podem ser encontradas: “convênio coletivo” (DEVEALI e BARANI); “contratos de tarifas”, nos autores alemães; “concordatas de tarifas” (MESSINA); “regulamento coletivo” (CARNELUTTI); “concordata intersindical” (COSTAMAGNA); “acordo intersindical” (SERMONTI), etc.”.

MARTINS CATHARINO, op. cit., págs. 193/198, não empresta referência a essas denominações.

MARIO DE LA CUEVA, op. cit., págs. 482/483, menciona o **contrato de tarifa** e a **concordata de tarifa**.

25) Apud SEGADAS VIANNA, op. cit., pág. 130.

26) MAGANO, op. cit., pág. 37. Entrementes criticara (pág. 35) a denominação de **concordata de trabalho**, invocando precisamente o argumento de que a paz ou a concordata não se harmonizam com o espírito de nossa legislação “que, ao invés de luta econômica, entre empregados e empregadores, pressupõe a colaboração dos sindicatos com os poderes públicos, no desenvolvimento da solidariedade social”.

À propósito, confira-se o sentido paternalista da legislação: nota n. 19, supra.

27) Idem, Ibidem, pág. 37. Em seguida, todavia (pág. 38), afirma o autor: “o termo ‘contrato coletivo’ guarda melhor sincronia com o seu equivalente nas relações individuais de trabalho, isto é, o contrato individual”.

28) Idem, Ibidem, pág. 37. E acrescenta (págs. 37/38): “a diferença que entre os dois termos se fazia, baseava-se na lição de POTHIER, que concebia a **convenção** como o acordo de duas ou mais pessoas sobre um objeto jurídico, enquanto a expressão **contrato** ficaria reservada àquelas **convenções**, destinadas exclusivamente a criar obrigações.

Todavia, como assinala SÉLVIO RODRIGUES, tal distinção pouco prosperou, sendo certo que, entre nós, as duas expressões são utilizadas como sinônimos. Daí dizermos que **contrato coletivo** é, também, denominação adequada para designar o objeto de nosso estudo”.

Cesarino Jr., acolhendo ambas as designações, revela preferência pela de contrato coletivo de trabalho "pelo seu caráter de oposição ao contrato individual de trabalho"⁽²⁹⁾. Mario De La Cueva, no entanto, assevera que esse termo foi uma necessidade nas origens do instituto, demonstrando-se inadequado, presentemente⁽³⁰⁾.

Segadas Vianna, que não externa clara preferência justifica suas posições: 1) quanto à identidade das denominações de contrato coletivo e convenção coletiva, posto que "a convenção ou contrato coletivo é uma disciplina recente, instável, portanto; não depende sobremodo do intervencionismo estatal, mas do acordo das coletividades, que nem sempre apresentam um aspecto homogêneo e consciência profissional homogênea; varia de acordo com as legislações, por força dos regimes políticos em que estes se fundam, dependendo, destarte da importância que ai desfrutam os vários sistemas econômicos e jurídicos"; 2) quanto à inclinação pela de convenção, porque "o instituto transcende ao contrato entre as partes, e é um ato legislativo elaborado por órgãos para isso autorizados pela lei e que exercem funções delegadas do Estado"⁽³¹⁾. Inobstante, todavia, reconhece que não existe, formalmente, diferenças entre convenção coletiva e contrato coletivo, que podem ser usados, consoante Russomano, como sinônimos jurídicos⁽³²⁾.

Martins Catharino assume posição original, convenção sindical normativa, dispensando o acréscimo "de trabalho", implícito: "convenção, por não ser apenas contrato, embora nascida pela vontade de dois ou mais sujeitos, com interesses materiais opostos; sindical, porque, sempre, um dos sujeitos é associação sindical, pelo menos; normativa, sendo fonte de produção de direito objetivo (de trabalho)"⁽³³⁾. Tal posição, entretanto, não angaria ressonância doutrinária.

Os entendimentos são todos, solidamente sustentados. Não vinga, entretanto, o de Martins Catharino, quer porquanto não encontra qualquer eco doutrinário, quer porque não recebe agasalho legal. As refutações de Magano⁽³⁴⁾, outrossim, encontram guarida, conquanto Cesarino Jr.⁽³⁵⁾ se refira ao contrato de tarifas, sem outro fundamento legal, jurisprudencial ou doutrinário, sob ótica da estrutura jurídico-positiva brasileira. Prefere-se, pois, a colocação de Russomano, de que ambos os termos, convenção ou contrato coletivo de trabalho, são sinônimos jurídicos.

3. Conceito

A tentativa de tratamento unitário do contrato coletivo no campo do Direito Internacional não logrou resultado de convenção internacional do trabalho,

29) CESARINO JR., *op. cit.*, pág. 546. MARTINS CATHARINO, *op. cit.*, pág. 194, assenta: "na então confluência histórica, 'contrato' correspondia ao presente ainda muito impregnado do passado recente, e 'coletivo' ao futuro próximo já contido no mesmo presente".

30) MARIO DE LA CUEVA, *op. cit.*, pág. 481.

31) SEGADAS VIANNA, *op. cit.*, pág. 131.

32) *Idem*, *Ibidem*, pág. 131. RUSSOMANO, "Os Contratos Coletivos de Trabalho, no Sistema Legislativo no Brasil", *Rev. Trabalho*, 1955, pág. 296.

33) MARTINS CATHARINO, *op. cit.*, pág. 195. Em oposição à conotação de sindical, com participação obrigatória da respectiva entidade, já sustentei, à luz do direito positivo brasileiro, ser juridicamente possível a celebração de acordo coletivo, de um lado, por um único empregado e, do outro, uma empresa. Tal entendimento, outrossim, pode ser amoldado a partir das notas ns. 38, 39, 55 e 60, abaixo, especialmente esta, naquilo em que CARNELUTTI se refere ao contrato coletivo impróprio.

34) Vide nota n. 24, *supra*.

35) Vide nota n. 24, *supra*.

senão de simples recomendação, de alcance limitado: "representam uma indicação de princípio, no sentido que efetivamente pressupõem as premissas suficientes para atingir-se uma unificação futura ou, pelo menos, a legislação de cada país orientada em princípios análogos"⁽³⁶⁾.

Sendo designado pelas duas expressões, de *convention collective* e *collective agreement*, a definição, adotada no texto da recomendação, assume a importância de tentativa de determinação de um conceito unitário de contrato coletivo, por sobre a diferente disciplina legislativa dos vários países: "on entend ... tout accord écrit relatif aux conditions de travail et d'emploi conclus entre, d'une part, un employeur, un groupe d'employeurs ou une ou plusieurs organisations d'employeurs, d'autre part, une ou plusieurs organisations représentatives de travailleurs, ou, en l'absence de telles organisations, les représentants des travailleurs intéressés, dûment élus et mandates par ces derniers en conformité avec la législation nationale"⁽³⁷⁾.

A amplitude dessa definição implica em que "podem estipular o contrato coletivo não somente os sindicatos, mas também as organizações não sindicais de trabalhadores, ou, de qualquer maneira, as delegações de trabalhadores eleitas de conformidade com a lei nacional, e com o escopo de estipular a regulamentação coletiva da relação de trabalho" na lição de Mazzoni⁽³⁸⁾. Assevera, ainda, este Autor que essa definição exclui (a) o conceito de contrato coletivo como expresso no Código Suíço das Obrigações – segundo o qual o contrato coletivo não é apenas o concluído entre um empresário e um sindicato, mas também o celebrado entre um empregador e uma simples pluralidade não organizada de trabalhadores – e (b) o instituto do contrato coletivo impróprio – provocando reflexão, contudo, "porque, na realidade, a definição da recomendação tem como base essencial a existência de uma organização, pelo menos de uma das partes; é mister, em suma, que haja interesses coletivos organizados, seja através de uma associação, seja por meio de expressa eleição dos mandatários"⁽³⁹⁾.

Rivero et Savatier comparam a convenção coletiva de trabalho com o contrato individual de trabalho e com a regulamentação por autoridade pública⁽⁴⁰⁾

36) MAZZONI, "Relações Coletivas de Trabalho", trad. Antonio Lamarca, Edições LTr, São Paulo, 1972, pág. 135.

37) Idem, *Ibidem*, pág. 135. SEGADAS VIANNA, *op. cit.*, pág. 133, que se refere a essa 34ª Conferência, em 1950 – o foi, contudo, em 1951 –, dela menciona a "redação mais sucinta e mais precisa".

CESARINO JR., *op. cit.*, pág. 547, não a qualifica, limitando-se a reproduzi-la. MARTINS CATHARINO, *op. cit.*, pág. 196, menciona a "definição amplíssima do BIT", no "recenseamento sistemático das definições" de GALLART FOLCH.

MAGANO, *op. cit.*, págs. 153/155, não ele dedica menção.

38) MAZZONI, *op. cit.*, págs. 135/136.

39) Idem, *Ibidem*, pág. 136.

40) RIVERO et SAVATIER, *op. cit.*, págs. 213/216. No tópico do contrato individual de trabalho, anotam os Autores que o objeto, na concepção contratual do século XIX, tem duplo efeito: a fixação de regime aplicável às relações das partes – o que toca ao âmbito da convenção coletiva, conquanto rendesse melhor homenagem à realidade o termo de *convenção coletiva de regulamentação de trabalho* – e a relação jurídica salarial – cuja função subsiste integralmente no rol do contrato individual de trabalho. A distinção decorre, outrossim, do elemento coletivo: a) a convenção coletiva é sempre concluída por um grupo de trabalhadores, freqüentemente um sindicato, embora, do lado empresarial, possa figurar um único empregador; b) a convenção coletiva produz, entre os signatários, os efeitos ordinários de contrato nas suas relações coletivas; todavia, "cette obligation s'étend, non seulement aux membres actuels du groupement, mais encore à ses membres futurs: c'est la collectivité des travailleurs et des employeurs, conclue non comme une juxtaposition actuelle d'individus, mais comme une réalité permanente, subsistant par elle-même malgré le renouvellement incessant de ceux dont elle se compose, qui se trouve engagée"; c) a dimensionabilidade do interesse coletivo é extremamente variável, podendo, até, se limitar a uma única empresa, ou, mesmo, definir o regime do trabalho de um ramo de economia.

Quanto à regulamentação por ato de autoridade pública, a similitude com a convenção coletiva de trabalho está na forma geral de ambas, naquilo que emprestam conteúdo ao contrato de trabalho. As

e preconizam definição: "la convention collective de travail est un accord par lequel un groupement de travailleurs et un ou plusieurs employeurs fixent le régime de travail applicable dans les relations nées des contrats de travail conclus entre les employeurs et les travailleurs intéressés"⁽⁴¹⁾.

Referindo-se a que a definição de "convenio colectivo" não é uniforme em todas as legislações – inobstante o teor da Recomendação n. 91, das 34ª Conferência da OIT, não mencionada pelo Autor, contudo –, Mario L. Deveali, anota-lhe a característica essencial, de atingir uma categoria de pessoas, ainda não individualizadas, no momento da estipulação, posto que possam, ainda, ingressar ou sair da respectiva categoria profissional.

Servindo-se de fórmula análoga à de Rivero et Savatier e referindo-se a uma proposta semelhante de Charles Vischer, Mario De La Cueva oferece definição: "el contrato colectivo de trabajo se celebra por uno o varios patronos o una asociación patronal y un grupo o asociación de trabajadores, con objecto de fijar las condiciones de prestación de los servicios que deberán observarse en la celebración de los contratos individuales de trabajo"⁽⁴²⁾.

Cesarino Jr. reputa "a melhor definição do contrato coletivo de trabalho" a do art. 1º da lei búlgara, de 1936: "o contrato coletivo de trabalho é uma convenção entre representantes de sindicatos de trabalhadores, legalmente constituídos, a patrões isolados ou representantes de seus respectivos sindicatos profissionais, também legalmente constituídos, cujo objeto é fixar o conteúdo dos futuros contratos individuais (singulares ou coletivos) a serem ajustados entre operários e patrões"⁽⁴³⁾. Considera, outrossim, insatisfatória a definição do art. 611, da CLT⁽⁴⁵⁾, além de "extremamente redundante, na referência ao caráter normativo e ao poder de representação dos sindicatos, que são imanentes às próprias denominações, dado o sistema do nosso direito"⁽⁴⁶⁾.

Martins Catharino concebe definição unitária de convenção sindical normativa, abrangendo a convenção coletiva de trabalho e o acordo coletivo: "é a pela qual uma ou mais associações sindicais, representativas de categoria(s) profissional(is) estipulam com uma ou mais associações sindicais, representati-

diferenças, no entanto, são de três ordens: a) a lei é imposta pelo poder, enquanto a convenção é consentida; b) aquela é, por definição, "l'acte d'une volonté unique"; ao reverso, esta decorre do acordo de vontades opostas; c) a autoridade da convenção será menor que a da lei, conquanto a autoridade pública possa estender aquela sobre todos os membros de uma empresa ou profissão, como "un véritable règlement à l'égard des non-signataires".

41) Idem, *ibidem*, pág. 215. Criticam, contudo, a disposição do art. 31, "a", I, 1º, do Código de Trabalho, que inclui elementos desnecessários à compreensão e negligencia a análise dos efeitos.

42) DEVEALI, *op. cit.*, pág. 448.

43) MARIO DE LA CUEVA, *op. cit.*, pág. 501.

44) CESARINO JR., *op. cit.*, págs. 546/547.

SEGADAS VIANNA, *op. cit.*, págs. 132/133, reporta-se a conceitos doutrinários, de DUGUIT, de CO-TRIM NETO e de DORVAL LACERDA, à definição da OIT e à Recomendação n. 91, da 34ª Conferência; não propõe, contudo, qualquer definição, conquanto, referindo-se ao art. 611, da CLT, com a alteração introduzida pelo Decreto-lei n. 229, de 28.2.67, assevera-a como prerrogativa sindical, distinta dos acordos coletivos.

MAGANO, *op. cit.*, pág. 154, define a convenção coletiva de trabalho: "ato jurídico solene emanado do poder social dos sindicatos ou de outros agrupamentos similares, que os habilitam a criar, através de negociação, direitos e obrigações recíprocas e normas que, embora hierarquicamente inferiores à lei, determinam condições de trabalho, entre empregados e empregadores".

45) CLT, art. 611: "Convenção coletiva de trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho".

46) CESARINO JR., *op. cit.*, pág. 547.

vas de categoria(s) econômica(s), ou com uma ou mais empresas de correspondente categoria, criar normas aplicáveis às relações de trabalho, compreendidas na representação⁽⁴⁷⁾. Em prol da sustentação de sua definição, ademais, empreende tarefa de dissecar-lhe os fundamentos: convenção, determinada e inconfundível; instrumento, formal e solene; bifrontalidade sindical ou, apenas, frontalidade; direito objetivo, de origem autônoma, em cooperação com o Estado – aqui, refere à **normatividade caracterizante**; finalidade de regular as relações de trabalho, não somente de emprego, já existentes quando de sua celebração, ou que venham a ser constituídas enquanto viger⁽⁴⁸⁾.

As conceituações de convenção coletiva de trabalho, ou contrato coletivo, não se erigem, basicamente, a alvo de críticas mais sérias e concretas, naquilo em que revelam matizes comuns relativos aos sujeitos, objeto e efeitos. Ainda assim, quando tal definição venha agasalhada em lei⁽⁴⁹⁾. A crítica de Cesarino Jr., todavia, se faz sentir nos conceitos que pecam pela redundância⁽⁵⁰⁾.

Reserva, ademais, Cesarino Jr. a definição formulada ao contrato coletivo de trabalho típico, "por ser relativo a um acordo intersindical"; em contraposição, o contrato atípico, "o celebrado entre um sindicato operário e uma empresa não só no caso de não haver para a categoria desta um sindicato patronal previsto no enquadramento sindical (CLT, art. 921), mas mesmo quando haja"⁽⁵¹⁾. Sem se valer dessas denominações, perfilha a mesma esteira de Magano, para quem "o acordo coletivo prescinde da participação do sindicato patronal"⁽⁵²⁾; entretanto, "a autonomia do acordo coletivo de trabalho não significa a exclusão de sua convivência com a convenção coletiva"⁽⁵³⁾.

Posto que não haja diferença substancial, Martins Catharino, à luz do texto legal, sustenta que o acordo coletivo é uma espécie de convenção coletiva de trabalho: nesta, há bifrontalidade sindical, enquanto naquela, frontalidade sindical e unidade apropriada empresária, simples ou composta⁽⁵⁴⁾. Não parece, contudo, acertada tal posição, porquanto o texto legal altera substancialmente o pólo subjetivo do acordo coletivo de trabalho, que, ademais, só surtirá efeitos relativamente aos empregados, presentes ou futuros, da empresa ou empresas convenientes.

De outra parte, os acordos coletivos de trabalho preexistiam à lei, criados pelo costume, chegando, inclusive, a ser mais numerosos do que as conven-

47) MARTINS CATHARINO, op. cit., pág. 197.

48) Idem, *ibidem*, págs. 197/198.

49) Vide notas ns. 44 e 45, *supra*.

50) Vide nota n. 46, *supra*.

51) CESARINO JR., op. cit., pág. 547.

O § 1º, do art. 611, da CLT, com a modificação introduzida pelo Decreto-lei n. 229, de 28.2.67, prevê o acordo coletivo de trabalho: "É facultado aos sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar acordos coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho".

52) MAGANO, op. cit., pág. 38.

53) Idem, *ibidem*, pág. 127. Considera, outrossim, injusto sujeitar o empregador, que não pode furtar-se ao encargo da convenção coletiva, pactuada pelo sindicato, a novos encargos decorrentes de acordo coletivo. Entretanto, parece que se houver identidade de objeto, entra a convenção coletiva e o acordo coletivo, não será hipótese de nova sujeição, posto que aquela tenha maior abrangência. Aliás, adiante (pág. 129), o Autor coloca que "não se justifica a proibição legal da celebração de acordo coletivo, na vigência da convenção".

54) MARTINS CATHARINO, op. cit., pág. 197.

ções. Augusta Barbosa de Carvalho Ribeiro aponta-lhes o êxito⁽⁵⁵⁾. Entretanto, a participação subjetiva da associação sindical é irrelevante, porquanto a lei assegura (CLT, art. 617, § 1º) aos interessados prosseguirem "diretamente na negociação coletiva até final". Daí se infere que os pólos subjetivos, no acordo coletivo, podem não coincidir, também, com a frontalidade sindical referida por Martins Catharino⁽⁵⁶⁾.

Finalmente, cabe menção a que (a) os acordos coletivos servem para pôr fim a dissídios coletivos e greves, sendo objeto de sentença homologatória⁽⁵⁷⁾, e (b) consubstanciam o "prévio acordo" para "a redução da jornada de trabalho ou do número de dias do trabalho", da Lei n. 4.923, de 23.12.65, e posteriores alterações⁽⁵⁸⁾.

4. Natureza Jurídica

Em tema de natureza jurídica⁽⁵⁹⁾ da convenção coletiva de trabalho – o "monstro" jurídico, com "corpo de contrato e alma de lei" segundo Carnelutti⁽⁶⁰⁾ –, resume Despax a divergência reinante, em síntese feliz: "sendo impossível, evidentemente, conseguir a unidade de pensamento em torno de uma instituição proteiforme com a convenção coletiva, alguns juristas afirmavam seu caráter contratual, esquecendo o aspecto regulamentar, enquanto outros, pelo contrário, olhavam mais facilmente a predominância do sentido regulamentar, considerando sem importância sua origem contratual"⁽⁶¹⁾.

Mazzoni estabelece que "o problema de formação do contrato pressupõe esclarecida a questão preliminar da natureza jurídica do instituto". E acrescenta que, "nos vários sistemas positivos, o instituto do contrato coletivo do trabalho apresenta natureza diversa, não só no que diz respeito ao modo de formação do ato, como também no atinente ao seu conteúdo e à sua eficácia"⁽⁶²⁾.

Quanto às relações coletivas, salienta Mazzoni a distinção entre os sistemas latino e anglo-saxão: no primeiro (civil law), o instituto do contrato coletivo, *convention collective*, assume o aspecto de contrato ou pacto normativo, naqui-

55) AUGUSTA BARBOSA DE CARVALHO RIBEIRO, "O Contrato Coletivo de Trabalho e a Lei Brasileira", Edições LTr, São Paulo, 1967: "No final de 1934, por exemplo, só no Distrito Federal se haviam registrado 4.558 convenções coletivas, assinadas entre empregador e dois a cinco empregados; 486, envolvendo grupos de 6 a 10 empregados; 295, por grupos de 11 a 50; 15, envolvendo grupos de 51 a 100; e 4, grupos de mais de 100 empregados".

Entenda-se a referência a convenções coletivas como a acordos coletivos, na conformidade da estrutura legal.

56) Vide nota n. 54, *supra*.

57) SEGADAS VIANA, *op. cit.*, pág. 132. A alteração, todavia, através de outro dissídio, quando haja modificação da relação controversa, não dispensa a ação rescisória, se resultarem presentes os requisitos legais (CPC, art. 485).

58) MARTINS CATHARINO, *op. cit.*, pág. 230.

59) CESARINO JR., *op. cit.*, pág. 548, nota n. 596, entende "por natureza jurídica de um instituto a sua colocação na categoria a qual, por seus caracteres, realmente pertence. E por instituto o conjunto orgânico de normas que regulam a atividade de um ente e das ações que do mesmo decorrem, e 'natureza' como conjunto dos caracteres, das propriedades que definem um ser, uma coisa".

MAGANO, *op. cit.*, pág. 43, assenta que: "Indagar pela natureza de algo é perguntar pela sua essência, pelo seu ser, por aquilo em que consiste. É inserir, em seguida, o conceito encontrado, na ordem jurídica".

60) CARNELUTTI, "Teoria del Regolamento Collettivo", pág. 55.

61) DESPAX, "Conventions Collectives", Ed. Dalloz, Paris, 1966, pág. 55.

62) MAZZONI, *op. cit.*, pág. 132.

lo em que, resultando de base legal, esta lhe precisa os pressupostos, as formas, o conteúdo e os efeitos – (cuida-se de dar atuação às normas legais através do instituto do contrato coletivo, que, assim, tem acentuado seu caráter normativo de contrato coletivo obrigatório inderrogável) –; no segundo (*common law*), o instituto, como negócio coletivo (*collective agreement*), pressupõe a autodisciplina dos associados, registrando-se a regulação espontânea, por via contratual e constituindo “um ato privado de efeitos jurídicos”, sem obrigatoriedade, assim, subsequente à sua estipulação⁽⁶³⁾.

Nessa esteira, Carnelutti distinguiu o contrato coletivo próprio do impróprio: naquele, contrato autenticamente coletivo, é o grupo de trabalhadores e o empresário, ou grupo patronal, que regulam as futuras relações; neste, simples contrato plurilateral, “são os indivíduos que compõem a coletividade obreira, e o empresário ou as unidades que formam a coletividade de empregadores, que se obrigam, reciprocamente considerados, a regular de certa forma, as relações futuras”⁽⁶⁴⁾.

Nos sistemas de regime sindical, especial, o contrato coletivo é normativo, inderrogável, obrigatório, ou porque os sindicatos, como pessoas jurídicas de direito público, representam toda a categoria profissional, ou porque os sindicatos representam a profissão no âmbito dos sócios⁽⁶⁵⁾.

Segundo Rivero et Savatier, a concepção da convenção coletiva – de natureza jurídica original e complexa –, como um contrato puro e simples, não lhe permite estender sua autoridade além dos aderentes aos agrupamentos signatários, nem explica, de forma satisfatória, a sua força obrigatória, conduzindo, antes, a soluções práticas de espírito individualista. Da mesma forma, a análise sob ótica regulamentar – (a convenção coletiva seria regulamento de característica profissional) – menospreza traço relevante, de que a convenção coletiva não é ato unilateral. Em realidade, vale-se ela, de modo variável, dos elementos contratual e regulamentar: (a) fundamentalmente de base contratual é sua elaboração, posto que não há convenção coletiva que não decorra de acordo de vontades, sequer supável pela autoridade pública em sede de livre consentimento dos interessados; (b) o elemento regulamentar aparece, unicamente, nos efeitos da convenção – concede-se-lhe força obrigatória, quanto aos aderentes dos agrupamentos, em face da idéia de consentimento implícito, e, quanto aos não aderentes, em virtude de o Estado lhe conferir autoridade de regulamento. “A convenção coletiva mistura, intimamente, a vontade privada e o comando de autoridade, numa síntese que lhe concede originalidade”⁽⁶⁶⁾.

Martins Catharino adota posição de contratualidade-normativa. Os contratos normativos, regulamentares ou contratos-tipos, inconfundíveis com o de adesão, “não obrigam as partes a contratar, mas, se vierem a fazê-lo, ficam obrigadas a respeitar o conteúdo por eles regulado”. “Não há dúvida que, de certo modo e grau, a convenção sindical normativa tem semelhanças com o contrato normativo. Identidade, não”, posto que surge e tem eficácia, imediata ou mediata, generalizada ou não, em área coletiva delimitada profissional e territorialmente”⁽⁶⁷⁾.

Aduz, mais, Martins Catharino que “a normatividade pode ser examinada segundo dois critérios: 1) como surge; 2) qual a sua extensão”. Quanto ao primeiro, a normatividade sê-lo-á instantânea ou automática, quando a lei formal, a priori, a prevê e regula, seja de que forma for, inclusive conferindo poder

63) *Idem*, *Ibidem*, pág. 133.

64) CARNELUTTI, *op. cit.*, pág. 55.

65) MAZZONI, *op. cit.*, pág. 134.

66) RIVERO et SAVATIER, *op. cit.*, págs. 238/239.

67) MARTINS CATHARINO, *op. cit.*, pág. 202.

normativo sindical". Quanto ao segundo, a extensão pode variar em função de elementos objetivos (dimensão sociológica e territorial) e subjetivos. "De qualquer forma, o conteúdo normatizado da convenção sindical, elaborado de modo autônomo, revela que o Estado atual, admitindo e até impondo a negociação coletiva, o livre jogo das forças organizadas do trabalho e do capital, pratica parcial abdicação legisferante, mas não chega ao ponto de renunciar a sua função normativa"⁶⁸⁾.

Para Santoro-Passarelli, a eficácia do contrato coletivo depende de que ou se crie uma organização de Direito Público, ou se institua uma especial de Direito Privado: "a disciplina profissional pública, tendo natureza normativa, vale para todos os pertencentes à categoria profissional, seja ditada diretamente pelos órgãos do Estado ou delegada aos sindicatos, investidos, assim, de um poder público normativo". Manifesta clara tendência, outrossim ao asseverar que "o fim de manter a disciplina coletiva na sua genuína essência, reserva (...) tal disciplina à autonomia, já não normativa, mas contratual, das associações registradas da categoria. Estas defendendo seus interesses (esse é o ponto de fundamental importância), pela maneira particular por que os defendem, são considerados capazes de defender, simultaneamente, o interesse de toda a categoria". Socorre-se, aqui, da regra de direito privado de representação legal, em cujo sentido "o contrato coletivo, com eficácia geral, considera-se expresso, pelas categorias interessadas, ainda que não seja formalmente imputável às mesmas"⁶⁹⁾.

Estas colocações de Santoro-Passarelli foram antevistas por Mario De La Cueva, quando se refere ao duplo aspecto da questão pertinente à natureza do contrato de trabalho⁷⁰⁾.

Efetivamente, é o fenômeno de a obrigatoriedade do contrato coletivo do trabalho se estender às pessoas físicas ou jurídicas integrantes de determinada categoria que inspirou os impulsos classificatórios – e, pois, tentativas de sua explicação –, levados a cabo pela doutrina: impunha-se, assim, equacionar o princípio jurídico que gizava a eficácia ultra-convenientes do contrato coletivo de trabalho.

Comumente, a doutrina perfilha linha de classificação das teorias sobre a natureza jurídica da convenção coletiva de trabalho que as reduz a três correntes: contratualista, normativista e mista⁷¹⁾. São contratualistas a teoria do

68) Idem, ibidem, pág. 204.

69) SANTORO-PASSARELLI, "Noções de Direito do Trabalho", trad. Mozart Victor Russomano e Carlos Alberto G. Chiarelli, Revista dos Tribunais Editora, São Paulo, 1973, págs. 26/28. Refere-se, ainda, aos princípios vigentes para as normas corporativas: a) inserção automática das cláusulas do contrato coletivo no individual, não só posterior, mas também preexistente, salvo as cláusulas mais benéficas ao empregado; b) eficácia do regulamento coletivo depois de atingir o termo e até a renovação, mantendo-se, pois, disciplina unitária; c) revisão antecipada em face de mudança no estado de fato.

70) MARIO DE LA CUEVA, op. cit., pág. 512.

71) MAGANO, op. cit., pág. 44. Idem CESARINO JR., op. cit., pág. 549.

CESARINO JR. (pág. 549, nota n. 597) sistematiza a classificação de GALLART FOLCH: civilista – (teorias do mandato, da gestão de negócios, da estipulação em favor de terceiro, do contrato inominado, da personalidade moral fictícia) – ecléticas ou de transição – (teorias do pacto social, da solidariedade necessária, da representação legal e do uso e costume industrial) – e jurídico-sociais – (teorias da lei delegada, sindicalista integral e do ordenamento corporativo).

SEGADAS VIANNA, op. cit., pág. 136, fala em teorias civilistas ou puramente contratual, de transição ou mista, e institucional.

MARTINS CATHARINO, op. cit., págs. 205/220, as classifica em quatro grupos: 1º) teorias individualistas, compreendendo as da personalidade fictícia ou ideal (a do mandato, a da gestão de negócios, a da estipulação em favor de terceiro e a do contrato inominado), da negativa de personalidade jurídica e da personalidade real; 2º) teorias intermediárias, de transição, ecléticas; 3º) teorias jurídico-sociais, objetivas, publicistas; 4º) teoria pura do direito ou monismo normativo.

mandato, da gestão de negócios e da estipulação em favor de terceiro, mencionando-se, ainda, a da personalidade moral fictícia, de Nast, do contrato inominado (misto de mandato e estipulação em favor de terceiro), de Deslândres, e da solidariedade necessária, de Rouast. São normativistas a teoria da instituição corporativa e do pacto social, referindo-se, também, à da representação legal e à do uso e costume industrial. Finalmente, são mistas a teoria de Carnelutti, seguida, entre outros por Ascarelli, Pergolesi, etc.

Teoria do mandato – Consoante literal expressão do art. 1.288, do Código Civil, “dispositivo de cunho doutrinário”⁽⁷²⁾, opera-se o mandato, quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. “O que caracteriza, portanto, o mandato é a idéia de representação, suprema, básica, fundamental, não figurando em outros contratos”⁽⁷³⁾.

No dizer de Segadas Vianna, não existe concordância mesmo entre seus seguidores⁽⁷⁴⁾; para Bergeron, “o sindicato ao estipular um contrato coletivo representa seus membros, em virtude de um mandato resultante da adesão desses membros aos estatutos do sindicato”, enquanto para Huberto-Valleroux, o mandato é conferido ao sindicato pela lei, a qual lhe permite defender os interesses profissionais, estipular em nome dos operários e representá-los no contrato”⁽⁷⁵⁾. “O sindicato seria mandatário, agindo com poderes recebidos de trabalhadores, mandantes, para, em nome destes, celebrar a convenção. Cada um dos trabalhadores, expressa ou tacitamente, ao ingressar como associado do sindicato estaria constituindo a este como seu representante, pelo negócio jurídico do mandato, apontado por Jean Cruet como típico da legislação fascista”, segundo Martins Catharino⁽⁷⁶⁾.

Inúmeras – e sólidas – críticas foram desferidas contra essa teoria. Magano, partindo da premissa de que, celebrada a convenção coletiva, ela se aplica a todos os membros da categoria profissional, acentua que não se pode cogitar de contrato, sem manifestação de vontade⁽⁷⁷⁾, máxime quando seus efeitos incidirão sobre membros da categoria que não outorgaram mandato expresso, ou se recusaram a fazê-lo, vencidos em assembléia – e o mandato “é contrato em que predomina soberanamente a mútua confiança dos contratantes”⁽⁷⁸⁾. Se-

72) WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, “Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações”, 2ª parte, Saraiva, São Paulo, 1967, pág. 255.

73) Idem, ibidem, pág. 256.

74) SEGADAS VIANNA, op. cit., pág. 136.

75) Apud CESARINO JR., op. cit., pág. 549. De qualquer forma, vinga a observação de EGON FELIX GOTTSCHALK, de que “a idéia de mandato encontra uma expressão viva nas deliberações das assembléias gerais do sindicato, que autorizam a celebração do contrato coletivo...” (Apud MAGANO, op. cit., pág. 47).

76) MARTINS CATHARINO, op. cit., pág. 206.

CESARINO JR., op. cit., pág. 530, esclarece que este sistema de representação legal, embora incompletamente, foi seguido pelo direito brasileiro, cuja Constituição de 1937 “dava ao sindicato, que é o representante legal da categoria de produção para que foi constituído, a atribuição de estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados”.

MAGANO, op. cit., pág. 48, todavia, insurge-se contra essa representação legal, naquilo em que o sindicato não desempenha sempre o papel de intermediário obrigatório, na regulamentação de condições de trabalho. E sentencia: “o artigo 513 da CLT, ao referir-se à representação legal do sindicato, não abarca a hipótese de mandato legal”.

77) MAGANO, op. cit., pág. 47.

78) WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, op. cit., pág. 257.

MARTINS CATHARINO, op. cit., pág. 206, arremata: “os associados vencidos, quanto à realização da convenção, não podem ser considerados mandantes, nem os que nem associados são; inconcebível se tenha como mandantes pessoas indeterminadas e futuras; os ‘mandantes’ que se desligassem do sindicato ficariam liberados das obrigações por ele assumidas pelo ‘mandatário’, bem como perderiam os direitos por este obtidos”.

gadas Vianna, apoiado em Dorval Lacerda, sustenta a precaridade desta teoria e a enfatiza com lastro em Orlando Gomes: a) "concluído o objeto do mandato nenhuma ligação de direito existe entre os mandatários, mas apenas entre os mandantes, enquanto que, concluída a convocação coletiva – (grifos meus; certamente, convenção –, os seus efeitos atingem sempre os sindicatos celebrados (mandatários) e os respectivos associados (mandantes)"⁽⁷⁹⁾; b) para aplacar a concepção de que o sindicato representa apenas os interesses individuais dos associados – e, assim, não enfeixava meios de ação em juízo ou fora dele, para fazer cumprir a convenção coletiva ("nul se plaite par procureur") –, evoluiu a doutrina para reconhecer-lhe representação dos interesses gerais da profissão e, nessa qualidade, procurar em juízo, com apelo em mandato irrevogável, conferido no interesse de terceiros⁽⁸⁰⁾.

Teoria da gestão de negócios – "Gestão de negócios é a atuação desenvolvida por uma pessoa que, espontaneamente e sem mandato, trata de negócio de outrem"⁽⁸¹⁾. Suas características são: a) não se achar o gestor de negócios oficialmente autorizado a tratar do negócio, nem ter obrigação de fazê-lo; b) ser alheio ao negócio; c) agir segundo o interesse e a vontade presumida do dono do negócio; d) estar motivado pela necessidade ou utilidade⁽⁸²⁾.

Esta teoria pressupõe que "o sindicato, ao celebrar convenção coletiva de trabalho, embora sem mandato, atua segundo o interesse dos trabalhadores"⁽⁸³⁾.

Críticas vieram irresponsáveis. Mário De La Cueva externou preocupação, posto que essa teoria destruíria totalmente a força do contrato coletivo de trabalho, máxime porque a obrigação de sua observância coincidia com a celebração do contrato individual de trabalho⁽⁸⁴⁾. Magano convence sobre a inaceitabilidade da teoria: a) a lei dispõe que os sindicatos poderão celebrar convenção coletiva de trabalho, por deliberação de assembleia geral, sendo, ademais, obrigação sua concluí-la; b) o sindicato é titular dos interesses da categoria; não como soma dos interesses de cada membro da categoria, mas como síntese abstrata e típica; c) a convenção pode até ser contrária aos interesses de indivíduos do grupo; d) há, contudo, identificação da utilidade da convenção coletiva para os membros da categoria⁽⁸⁵⁾.

Teoria da estipulação em favor de terceiro – Consoante Washington de Barros Monteiro, sob lição de Clóvis, "há estipulação em favor de terceiro, quando uma pessoa convencionou com outra certa vantagem em benefício de terceiro, que não toma parte no contrato"⁽⁸⁶⁾.

"O sindicato operário (estipulante) forma com um ou mais empregadores (prometedores ou promitentes) as condições de um acordo coletivo contendo

79) SEGADAS VIANNA, op. cit., pág. 136. MAGANO, op. cit., pág. 49, aduz que, para assegurar a observância das cláusulas convencionadas, pode delagar greve e assumir obrigações "per se".

80) SEGADAS VIANNA, op. cit., págs. 136/137, que, entretanto – sob lição de ORLANDO GOMES –, não reconhece ajustar-se esse expediente "a situações típicas do ordenamento do trabalho na empresa, resultantes da liberdade sindical da derrogação da convenção coletiva por indicações mais favoráveis ao trabalhador".

81) WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, op. cit., pág. 298.

82) Idem, ibidem, págs. 298/299; CLÓVIS, "Código Civil Comentado", Francisco Alves, São Paulo, 1952, pág. 83 (vol. V).

83) MAGANO, op. cit., pág. 50.

84) MARIO DE LA CUEVA, op. cit., pág. 544.

85) MAGANO, op. cit., pág. 51. Na mesma linha, MARTINS CATHARINO, op. cit., pág. 207. Idem SEGADAS VIANNA, op. cit., pág. 137.

86) WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, op. cit., pág. 53.

cláusulas em favor de 'terceiros', os sindicalizados ou membros da categoria (beneficiários)⁽⁸⁷⁾. Há, aí, um quase-contrato.

Logo surgiram robustas críticas: a) a figura da estipulação cria direitos em favor de terceiro, mas não obrigações, ao passo que a convenção coletiva de trabalho cria uns e outras⁽⁸⁸⁾; b) recusável a estipulação, as cláusulas do contrato coletivo de trabalho se estendem aos trabalhadores, que não gozam da faculdade de recusá-las⁽⁸⁹⁾; c) o trabalhador não pode ser considerado como terceiro, já que os interesses abstratos da categoria profissional justificam a existência do sindicato⁽⁹⁰⁾; d) como a celebração de contrato individual de trabalho, que renderia eficácia à convenção coletiva, depende do empregador, "daí resulta que se estaria diante de estipulação em favor de terceiro, dependente tanto do estipulante como do promitente, o que é incompatível com a natureza do instituto"⁽⁹¹⁾.

Teoria da personalidade moral fictícia – Engenhosa, porém ultrapassada, já que "não é possível negar-se a personalidade jurídica do sindicato, como fez Nast"⁽⁹²⁾. Confere "ao sindicato uma existência fictícia, para, propositadamente, confundi-lo, identificá-lo, com os seus associados, de forma que celebrando ele a convenção coletiva, seriam estes quem, na verdade, tê-lo-iam pactuado"⁽⁹³⁾.

Inobstante se tenha desenvolvido sobre base, o quanto possível, de direito coletivo, sua estrutura é tênue e não resiste às críticas. Dela Martins Catharino diz conduzir à "contratualidade em série, servindo o sindicato de biombo, quando, na verdade, ele é parte na convenção e age em defesa dos interesses da profissão. Em suma, pode-se dizer que a teoria de Nast defende um plurindividualismo real, negativo da própria essência coletiva-normativa do instituto"⁽⁹⁴⁾. Mario De La Cueva, registrando que "o contrato coletivo de trabalho não tem uma natureza especial"⁽⁹⁵⁾, proclama vício de morte desta teoria, consistente em que "nada impedia sua destruição, porque cada trabalhador e empresário podem chegar a um acordo distinto"⁽⁹⁶⁾. Segadas Vianna completa o círculo, dizendo que "nem o sindicato é pessoa fictícia, nem os seus interesses se confundem com os dos respectivos associados. Os destes são individuais, os do sindicato são coletivos e representam uma média geral muitas vezes bem diferente dos anseios de cada trabalhador"⁽⁹⁷⁾.

Teoria do contrato inominado – Mistura de mandato e estipulação em favor de terceiro, encerrava que o empresário se obrigava e não ajustar com terceiros cláusulas contrárias às convencionadas anteriormente com um grupo de operários ou com a organização que os representa.

87) CESARINO JR., op. cit., pág. 55; SEGADAS VIANNA, op. cit., pág. 137; MAGANO, op. cit., pág. 52; MARTINS CATHARINO, op. cit., pág. 207; MARIO DE LA CUEVA, op. cit., pág. 516.

88) MAGANO, op. cit., pág. 52; MARTINS CATHARINO, op. cit., pág. 207; MARIO DE LA CUEVA, op. cit., pág. 517.

89) MAGANO, op. cit., pág. 53; MARTINS CATHARINO, op. cit., pág. 207; MARIO DE LA CUEVA, op. cit., pág. 517.

90) MAGANO, op. cit., pág. 53; MARTINS CATHARINO, op. cit., pág. 207; MARIO DE LA CUEVA, op. cit., pág. 517.

91) MAGANO, op. cit., pág. 53.

92) MARTINS CATHARINO, op. cit., pág. 208, que denomina essa teoria de negação da personalidade jurídica do sindicato.

MAGANO, op. cit., e CESARINO JR., op. cit., não cuidam desta teoria

93) SEGADAS VIANNA, op. cit., pág. 138.

94) MARTINS CATHARINO, op. cit., pág. 208.

95) MARIO DE LA CUEVA, op. cit., pág. 517.

96) Idem, ibidem, pág. 518.

97) SEGADAS VIANNA, op. cit., pág. 138.

Sobre ser nominado – (contrato coletivo de trabalho) –, as críticas anteriores, no tópico do mandato e da estipulação, demonstram-lhe a inadequação. Martins Catharino enfatiza o reconhecimento de a convenção coletiva atingir terceiros futuros e diretamente, em função de efeito normativo. E arremata com a possibilidade de derrogação pelos próprios trabalhadores, mediante renúncia, se na celebração de contrato de trabalho não exigirem do empregador a unilateral obrigação de fazer⁽⁹⁸⁾.

Teoria da solidariedade necessária – Vinculada ao princípio da solidariedade, consagra o da subordinação da vontade do indivíduo à da maioria, impregnada de **contratualismo impuro**, o que lhe vale a expressão de dualismo da convenção coletiva: a parte regulamentar da convenção não está submetida às mesmas regras que a parte criadora de obrigações⁽⁹⁹⁾. Assevera-a Segadas Vianna "contraditória em seus fundamentos, visto como, em direito sindical não existe, necessariamente, uma subordinação de interesses individuais a interesse coletivo, senão tal subordinação a interesse de ordem coletiva que não se confunde com interesses da maioria"⁽¹⁰⁰⁾. Martins Catharino critica-lhe a comparação im-perfeita com a concordata comercial, resultante de uma **solidariedade necessária**, "porque a solidariedade dos credores na concordata é passageira e inspira-se nos interesses particulares de cada um, circunstancialmente coincidentes"⁽¹⁰¹⁾.

Teoria da instituição corporativa – Busca explicar "a eficácia ultra-contrantes do contrato coletivo que é o ponto nevrálgico da questão, pelo caráter institucional do sindicato, ao qual se une uma certa soberania, que faz com que o contrato coletivo seja uma lei profissional oferecida à adesão dos operários admitidos ao trabalho"⁽¹⁰²⁾.

"Se o sindicato pode ser considerado 'instituição-grupo', *universitas personarum*, união de pessoas naturais sob o impulso de uma idéia a ser posta em execução, não há dúvida que a c.s.n. não pode ser como tal considerada. Por outro lado, como as normas convencionais não são internas de uma instituição, e sim produção da ação e vontade de duas, pelo menos (dois sindicatos, ou mais; um sindicato e uma empresa, ou mais) de órgãos e poderes de instituições diversas, a c.s.n. seria uma 'instituição-regra', com efeitos externos, e também de uma 'instituição-coisa', *universitas rerum*"⁽¹⁰³⁾.

Mario De La Cueva reproduz a definição de Haurion: "una institución corporativa es una organización social objetiva, en la que se ha realizado el más alto estado de derecho, esto es, que posee la soberanía del poder, la organización constitucional del poder y la autonomía jurídica". E aduz-lhe precaução de inteligência: a) a soberania de poder significa que os órgãos da instituição podem usar o poder necessário para a realização do fim da instituição: não poder ilimitado e absoluto, mas autonomia para consecução de seu fim; b) a orga-

98) MARTINS CATHARINO, op. cit., págs. 207/208.

99) MARTINS CATHARINO, op. cit., pág. 210. SEGADAS VIANNA, op. cit., pág. 138. CESARINO JR., op. cit., pág. 551, apenas a refere.

100) SEGADAS VIANNA, op. cit., pág. 138.

101) MARTINS CATHARINO, op. cit., pág. 210.

102) CESARINO JR., op. cit., págs. 551/552.

MAGANO, op. cit., pág. 55, elenca as peculiaridades da corrente normativista: a) caráter geral e abstrato de suas cláusulas; b) origem heterônoma e não autônoma; c) efeito inderrogável do determinar o conteúdo de futuras relações individuais de trabalho; d) fato de obrigar todos os membros das categorias representadas pelos sindicatos convenientes.

103) MARTINS CATHARINO, op. cit., pág. 216.

nização constitucional de poder é necessário, porque, se faltasse, tenderia a uma relação de domínio, comprometida a idéia visada pela organização social; c) a instituição corporativa supõe certa autonomia jurídica, na medida de dicção de normas de regência interna e externa⁽¹⁰⁴⁾.

Teoria do pacto social – "Entre trabalhadores e empregadores não há contrato, mas coincidência de interesses e por isto o acordo sobre condições de trabalho é um 'ato complexo', da mesma natureza que a fundação de uma associação, sendo, portanto, uma 'convenção-lei', um 'ato-regra', uma 'lei profissional', disciplinando de maneira objetiva e permanente as relações profissionais entre duas ou mais categorias"⁽¹⁰⁵⁾.

Martins Catharino desincumbe-se de esmiuçar esta categoria. O ato jurídico, quanto ao objeto e efeito, divide-se em **ato-regra**, **ato-condição** e **ato subjetivo**. "A c.s.n. é 'ato-regra', tendo por objeto e efeito criar situação jurídica, impessoal e objetiva. Ato, portanto, normativo, pluramente objetivo, com a lei, o regulamento, a sentença coletiva e o estatuto de associação". **Ato-condição**: "um ato funcionando como condição de aplicabilidade a determinado indivíduo de uma situação legal preexistente". **Ato subjetivo** é o contrato. Cria uma situação jurídica particular para as pessoas que nele intervêm". Quanto ao concurso de vontades, no aspecto formal, o ato jurídico divide-se em **unilateral** e **plurilateral** e este em **ato coletivo**, **ato-união** e **contrato**. "No 'ato coletivo' há unidade de objeto e de fins; no 'ato-união', de objeto, apenas; no 'contrato', diversidade de objeto e de fins". E finaliza: "o sindicato nasce de um 'ato coletivo' e a c.s.n., 'ato-regra', de um 'ato-união', como a convenção internacional e o tratado"⁽¹⁰⁶⁾.

A essa construção teórica, Martins Catharino revela-lhe aspecto a descoberto: "as convencionais, principalmente se sindicatos, também celebram 'ato subjetivo', ficam em situação subjetiva"⁽¹⁰⁷⁾.

Teoria da representação legal – Ubicada por Cesarino Jr. junto à **teoria do mandato**⁽¹⁰⁸⁾, embora classificada na corrente eclética ou de transição⁽¹⁰⁹⁾, inspirou-se na lei italiana que concedia ao sindicato, como representante legal da categoria de produção, a atribuição de estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados⁽¹¹⁰⁾. Conquanto não seja civilmente incapaz, o empregado o é economicamente, de contratar em pé de igualdade com o empregador devido à sua hipossuficiência.

104) MARIO DE LA CUEVA, *op. cit.*, pág. 565.

105) SEGADAS VIANNA, *op. cit.*, pág. 139, tece crítica em ordem de não poder ser aceita a teoria da instituição corporativa "nos regimes democráticos, porque, nela, a vontade preponderante é a que é imposta pelo interesse do Estado e não da vontade dos integrantes dos sindicatos participantes". Tal crítica, entretanto, destoa da apresentação técnico-jurídica da matéria, parecendo mais dirigir-se a outra posição teórica.

106) CESARINO JR., *op. cit.*, pág. 551. SEGADAS VIANNA, *op. cit.*, pág. 138, diz: "é essa teoria extracontratual porque, segundo ela, o indivíduo que ingressa ao sindicato celebra um pacto social, em virtude do qual assume a obrigação de aceitar as decisões da maioria dos associados naquilo que disser respeito ao exercício profissional. Logo, a convenção coletiva lhes é aplicável, em virtude do pacto que realizou com a coletividade sindical".

107) MARTINS CATHARINO, *op. cit.*, págs. 214/215.

108) *Idem*, *ibidem*, pág. 215. SEGADAS VIANNA, *op. cit.*, pág. 138, limita-se a renovar a indagação de FOLCH: "Tem o ato de ingresso numa associação profissional o valor de uma renúncia à autonomia da vontade? E que tivesse, pode o Estado permitir que renúncias de tão grande importância se promovam no quadro do direito contratual privado, no qual a lei suprema é a vontade dos contratantes?"

109) *Idem* nota n. 76, *supra*.

110) *Idem* nota n. 71, *supra*.

111) CESARINO JR., *op. cit.*, pág. 550: "a representação legal dos sindicalizados não seria grande novidade em direito".

Magano insurgiu-se contra essa representação legal⁽¹¹¹⁾. E Martins Catharino sentença que "a 'representação legal' é muito menos uma teoria do que consequência de lei expressa. No caso do Brasil, um mandamento constitucional"⁽¹¹²⁾.

Teorias mistas – Canelutti considera a convenção coletiva de trabalho um contrato híbrido, com "corpo de contrato e alma de lei"⁽¹¹³⁾; Semo nela vê um "negócio jurídico contratual, mas radicado no fecundo e multiforme terreno do direito público" e Gracco D'Agostino nela admite das partes: "uma contendo as obrigações que as associações legalmente reconhecidas assumem reciprocamente (*atto negoziale*); e outra que contém verdadeiras normas jurídicas (*atto normativo*)". "O contrato coletivo de trabalho, embora entrando, sob um certo aspecto, no campo do direito público, tem, entretanto, a estrutura intrínseca de um regulamento contratual, preordenado à disciplina das relações de trabalho"⁽¹¹⁴⁾.

O perfil dessas teorias denota o quão controvertida é a matéria da natureza jurídica da convenção coletiva de trabalho, já referida a posição de Catharino⁽¹¹⁵⁾.

Cesarino Jr. confessa-se partidário da tese **contratual**, que "afirma ser o contrato coletivo um contrato de direito público (para nós de Direito Social), cuja eficácia em relação a indivíduos diversos dos que o estipularam, se explica pela relação de representação legal dos membros da categoria por parte das associações profissionais"⁽¹¹⁶⁾ – "não se contesta a existência do contrato de direito público", ademais de que desapareceu "a distinção romanística entre **convenção e contrato**"⁽¹¹⁷⁾. Sob lição de Corso, aponta os efeitos contratuais da convenção coletiva: "a) as regras de interpretação do contrato coletivo, que são as dos contratos e não as das leis; b) a inadmissibilidade da aplicação analógica; c) a inapreciabilidade (*incensurabilità*) do contrato coletivo pela Corte de Cassação"⁽¹¹⁸⁾.

Assevera-o Martins Catharino⁽¹¹⁹⁾ que Magano adota concepção mista. E, efetivamente, di-lo Magano que "a convenção coletiva não pode reduzir-se a qualquer dos esquemas respectivos", de verdade de ambos os lados, **contratualista e normativista**, reconhecendo-se-lhe posição original nos quadros do Direito⁽¹²⁰⁾.

Segadas Vianna propende para a **teoria da lei delegada**, a qual "encontra apoio na realidade jurídica contemporânea em que o Estado divide sua ação, sua responsabilidade e seus poderes com outras instituições. A convenção coletiva é, na verdade, uma regra de direito geral, abstrata, que elege um número indefinido de situações jurídicas semelhantes e interessa a todas as pessoas que se acharem na situação de fato que ela prevê". Recusa, outrossim, ao contrato coletivo a categoria de contrato, porque não cria, uma vez celebrado, situações jurídicas individuais; a não ser o argumento "da falta de expressa homologação

111) Vide nota n. 76, *supra*.

112) MARTINS CATHARINO, *op. cit.*, pág. 212.

113) Vide nota n. 60, *supra*.

114) CESARINO JR., *op. cit.*, pág. 552.

115) Vide notas ns. 67 e 68, *supra*.

116) CESARINO JR., *op. cit.*, pág. 552.

117) *Idem*, *ibidem*, pág. 553. Vide nota n. 28, *supra*.

118) *Idem*, *ibidem*, pág. 554. MAGANO, *op. cit.*, pág. 45, apenas não menciona a inapreciabilidade.

119) MARTINS CATHARINO, *op. cit.*, pág. 223.

120) MAGANO, *op. cit.*, pág. 59.

pelo Estado", nenhum outro se lhe opõe de peso contrário. "Há caso, uma delegação dada através da lei maior, concedendo ao sindicato a prerrogativa de legislar, em âmbito menor, sobre as relações contratuais de sua classe, como verdadeira lei de grupo". Enfim, "uma verdadeira função legislativa é, assim, exercida por órgãos não estatais"⁽¹²¹⁾.

Ajusta-se, com efeito, à realidade jurídico-positiva vigente a sustentação de merecer a convenção coletiva de trabalho posição deveras original, conquanto Mario De La Cueva lhe tenha negado natureza especial⁽¹²²⁾. E essa originalidade, com profundo caráter de especialidade, não a poderia confinar em termos, exclusivos e definitivos, de corrente *contratualista*, ou *normativista*, ou *mista* – (tomada, aqui, como a mistura mais ou menos homogênea e consistente das correntes *contratualista* e *normativista*) –, ou de *transição* – (aqui, empregada na sua primitiva concepção de passagem da corrente *contratualista* para a *normativista*, não se excluindo, no entanto, o fluxo contrário e recíproco). Ainda que fique ubicada em uma dessas correntes, não resultará pura e estanquamente conformada e confrontada em face do conjunto de circunstância que "acabou por condicionar o direito do trabalho moderno, investindo contra a sua função clássica de tutela compensatória"⁽¹²³⁾. E, "nesse particular, são importantes os Pactos de Concertação Social, desde que pressuponham a impossibilidade de superar a situação existente pelos mecanismos de governo disponíveis e correspondam a um entendimento, coalizão ou parlamentação que resulta na mobilização de inteligências e esforços"⁽¹²⁴⁾. Preferível, contudo – e em face desses mesmos motivos –, que se cristalize e corporifique a convenção coletiva de trabalho em sede própria, de cunho original e especial, em respeito à sua grande destinação histórica.

BIBLIOGRAFIA:

- 1) BEVILACQUA, Clóvis, "Código Civil Comentado", Editora Francisco Alves, São Paulo, 1952, vol. V.
- 2) CARNELUTTI, Francesco, "Teoria del Regolamento Collettivo", Roma, 1951.
- 3) CATHARINO, José Martins, "Tratado Elementar do Direito Sindical", Edições LTr, São Paulo, 1977.
- 4) CESARINO JR., A. F., "Direito Social", Edições LTr, São Paulo, 1980.
- 5) COSTA, Orlando Teixeira da, "A função do Direito do Trabalho na situação econômica e social contemporânea", LTr Edit., vol. 48, n. 7.
- 6) COTRIM NETO, A. B., "Dos Contratos Coletivos de Trabalho", Rio, 1940.
- 7) CUEVA, Mario de la, "Derecho Mexicano del Trabajo", Editora Porrúa, México, 1949.
- 8) DESPAX, Michel, "Conventions Collectives", Ed. Dalloz, Paris, 1966.
- 9) DEVEALI, Mario L., "Lineamientos de Derecho del Trabajo", Buenos Aires, 1953.

121) SEGADAS VIANNA, op. cit., págs. 139/140.

122) Vide nota n. 95, supra.

123) TEIXEIRA DA COSTA, "A função do Direito do Trabalho na situação econômica e social contemporânea", LTr Edit., volume 48, n. 7, pág. 802.

124) Idem, ibidem, pág. 803.

- 10) MAGANO, Octavio Bueno, "Convenção Coletiva de Trabalho", Edições LTr, São Paulo, 1972.
- 11) MAZZONI, Giuliano, "Relações Coletivas de Trabalho", trad. Antonio Lamarca, LTr Edit., São Paulo, 1972.
- 12) MONTEIRO, Washington de Barros, "Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações", 2ª parte, Saraiva, São Paulo, 1967.
- 13) PASSARELLI, Francesco Santoro, "Noções de Direito do Trabalho", trad. Russomano e Chiarelli, Rev. Trib. Editora, São Paulo, 1973.
- 14) RIBEIRO, Augusta Barbosa de Carvalho, "O Contrato Coletivo de Trabalho e a Lei Brasileira", Edições LTr, São Paulo, 1967.
- 15) RIVERO, Jean, e SAVATIER, Jean, "Droit du Travail", Presses Universitaires de France, 1966.
- 16) RUSSOMANO, Victor Mozart, "Os Contratos Coletivos de Trabalho, no sistema legislativo no Brasil", Rev. Trabalho, 1955.
- 17) VIANNA, José Segadas, "Direito Coletivo do Trabalho", Edições LTr, São Paulo, 1972.

A EFICÁCIA DAS CONVENÇÕES, ACORDOS COLETIVOS E DAS SENTENÇAS NORMATIVAS, EM FACE DOS PLANOS ECONÔMICOS DO GOVERNO FEDERAL

José Antonio Pancotti (*)

A propósito das sucessivas e profundas alterações da política salarial impostas pelo Governo Federal, a partir de fevereiro de 1986, surgem situações jurídicas que exigem reflexões, do aplicador do direito, porquanto os diplomas legais que implementam "planos, pacotes econômicos" vêm sempre acompanhados de congelamento de preços e salários logo em seguida de descongelamentos, colhendo sempre em plena vigência normas coletivas (acordos, convenções coletivas e sentenças normativas), envolvendo as mais diversas categorias profissionais e econômicas.

É evidente que as normas coletivas, em matéria de reajuste salarial, são limitadas e se submetem a parâmetros de normas de ordem pública, de acordo com as leis de política salarial em vigor na época em que são editadas.

A questão que se coloca é quanto à eficácia das cláusulas de reajustes salariais, estatuídas em função de determinada política salarial e no curso de vigência das normas coletivas, altera-se a política salarial.

A nova lei salarial "revoga" a cláusula?

Não se pode pretender responder a esta questão sem perquirir da natureza jurídica dos acordos, convenções coletivas e sentenças normativas.

DOS ACORDOS E DAS CONVENÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO

Estas espécies de normas coletivas, de acordo com a melhor doutrina, são institutos híbridos⁽¹⁾, identificando-se com os contratos, pelo seu modo de formação; assemelhando-se à norma jurídica, pelo seu conteúdo⁽²⁾.

É inegável, contudo, que promanam de acordo de vontade dos convenientes, ao estabelecerem previamente o conteúdo dos contratos individuais de trabalho que celebrarão, em certo período de tempo, no âmbito das categorias envolvidas.

Interferem na formação da vontade de cada parte, no decorrer das negociações, circunstâncias fáticas de natureza econômica e sociais que afetam direta ou indiretamente os seus respectivos interesses normalmente presentes ou subjacentes nas propostas e contrapropostas veiculadas pelos protagonistas das negociações. A par disso, em verdadeira limitação à autonomia da vontade dos contratantes, em matéria de reajuste salarial, há que se respeitar normas

(*) José Antonio Pancotti é Juiz Presidente da JCJ de Votuporanga.

de ordem pública que estabelecem um conteúdo mínimo de proteção ao obreiro e um limite máximo de preservação dos interesses superiores da coletividade. Não se permite, aí que transijam validamente as partes.

A autonomia da vontade que se traduz na liberdade das partes é exercida na faixa de tolerância reservada pelo legislador, permitindo que se estabeleça validamente "piso salarial" e as bases de reajustes salariais, além de condições de trabalho a serem observadas na vigência da norma coletiva. Eis aí a presença de dois princípios fundamentais do regime contratual: autonomia da vontade e consenso.

Celebrado o acordo ou a convenção, com observância dos pressupostos e requisitos essenciais à sua validade, têm os mesmos força de lei entre as partes, – "lex inter partes" –, vinculando-as na observância do pactuado – "pacta sunt servanda" –. O primeiro impede a alteração e o segundo obriga ao cumprimento do pactuado, consubstanciando o "princípio da força obrigatória"⁽³⁾.

No Direito Civil o "princípio da força obrigatória" é abrandado, pela "teoria da imprevisão" e nos "contratos de duração ou execução deferida"⁽⁴⁾, pela presunção de trazerem implícitos a cláusula "rebus sic stantibus".

A convenção coletiva e os acordos coletivos de trabalho são pactos nítidos de "contratos de duração" de que nos fala Orlando Gomes, porquanto as obrigações assumidas são de prestações sucessivas. Aditem, portanto, alterações para se adequarem a uma nova realidade, em função de radical modificação do estado de fato e de direito não previsto e impossível de se prever pelas partes, no momento de sua celebração. Isto sob pena de tornar o pactuado excessivamente oneroso para uma das partes, a ponto de não suportá-la.

É esta e não outra a razão de o artigo 615 da CLT, contemplar a possibilidade, dentre outras coisas, de revisão do acordo ou convenção coletiva de trabalho.

O que vem ocorrendo é que múltiplos fatores – velocidade de alterações da política salarial, ceticismo com que se encara os planos e programas oficiais, ou por puro comodismo – não se procedem as necessárias revisões destes convênios, deixando-os permanecerem intactos, supondo ser possível a discussão do tema em ação de cumprimento, ou dissídio individual. Isto porque, superada pela jurisprudência a discussão do cabimento da ação de cumprimento, em relação às convenções coletivas de trabalho.

Sem a indispensável revisão destes convênios (via negociação, ou negando-se uma das partes, por dissídio coletivo) as cláusulas, sejam de que natureza for, permanecem intactas e inalteradas, pelo "princípio da força obrigatória", dada a natureza contratual.

Inadmissível a discussão em ação de cumprimento porque não é dado ao Juízo de primeiro grau atuar em substituição à vontade das partes, relativamente ao conteúdo de cláusulas normativas, o que só se admite em sede própria, qual seja em Dissídio Coletivo de natureza econômica.

Dir-se-á que os argumentos acima enfatizam o aspecto contratual dos institutos, esquecendo-se do seu caráter normativo. A normatividade decorre de constituírem-se de comandos gerais, abstratos e impessoais, com força obrigatória, no seio das categorias envolvidas. Isto em nada afeta a natureza de direito privado que são.

A normatividade é elemento acessório, quando se examina a convenção ou acordo coletivo no momento de sua aplicação, ante o poder majestático da vontade das partes, neles consubstanciada que são a sua essência.

Com efeito, o essencial é a vontade consignada, tanto que o Estado se limita a reconhecê-la a nível Constitucional (art. 7º, inciso XXVI, CF/88), em profundo respeito a autonomia da vontade.

DAS SENTENÇAS NORMATIVAS

Assim se denominam as decisões proferidas pelos Tribunais Regionais e pelo Tribunal Superior do Trabalho, em dissídios coletivos de natureza econômica, a que nos preocupamos, sejam julgando ou homologando acordos, como corolário do Poder Normativo.

A sua natureza é de sentença constitutiva-substitutiva, conforme a melhor doutrina. É importante destacar a substitutividade, na medida em que frustrada a autocomposição, o poder normativo peculiar à Justiça do Trabalho atua, em substituição à vontade das partes, ditando uma "convenção coletiva" que se impõe às categorias envolvidas com força de lei.⁽⁵⁾ Daí a perscrutante observação de Carnelutti, "tem alma de lei e corpo de sentença".

A força obrigatória das sentenças normativas se verifica antes do seu trânsito em julgado, porquanto após o vigésimo dia subsequente ao julgamento do dissídio, não havendo concessão de feito suspensivo, poderá ser objeto de ação de cumprimento (§ 6º, artigo 6º da Lei 7.701/88). Aliás, a sua exigibilidade antes do trânsito em julgado era assunto pacífico, ante a iterativa jurisprudência do Col. TST, cristalizada no Enunciado 246.

É extrema de dúvida, outrossim, que a decisão homologatória pelo Tribunal em acordo em dissídio coletivo, por ser uma das formas de composição do conflito coletivo de trabalho, faz coisa julgada material, ante os termos do art. 863 da CLT, extinguindo o processo com julgamento de mérito, nos termos do inciso III do art. 269, do Código de Processo Civil vigente.

Assim tem se manifestado a doutrina: "Realmente, a sentença homologatória vale como sentença coletiva, para todos os efeitos"⁽⁶⁾, como se expressava o saudoso Coqueijo Costa. Ao homologar a conciliação celebrada entre as partes, o Tribunal examina o seu mérito, assevera Russomano, para logo mais sentenciar: "Quanto aos efeitos do acordo em ação coletiva só nasce a coisa julgada depois de homologada pelo Tribunal competente"⁽⁷⁾.

As mais diversas manifestações doutrinárias tiveram eco na Lei 7.701/88, que no parágrafo 5º do já citado art. 6º prescreve: "Formalizado o acordo pelas partes e homologado pelo Tribunal, não caberá qualquer recurso, salvo por parte do Ministério Público".

PECULIARIDADES DA COISA JULGADA EM DISSÍDIO COLETIVO

Por se tratar de sentença de natureza constitutiva que cria obrigações de trato sucessivo, cujas prestações devem ser implementadas ao longo de sua vigência, traz ínsita a cláusula "rebus sic stantibus". São as chamadas sentenças "determinativas"⁽⁸⁾, de que nos fala Moacyr Amaral Santos, que, todavia, fazem coisa julgada, na medida que permitem a sua revisão, para a "integração, decorrente da situação superveniente"⁽⁹⁾, aludidas por Frederico Marques.

A subsidiariedade do Código de Processo Civil é indispensável, particularmente o preceito do inciso I do art. 471, de oportuna atualidade, ao referir-se

aos efeitos da coisa julgada, atinentes às relações jurídicas continuativas a que sobrevém "modificação de estado de fato ou de direito", para permitir a "revisão do que foi estatuído na sentença".

Farta a manifestação jurisprudencial a respeito, merecendo destaque invulgar acórdão do Col. TST, que teve por relator o saudoso Coqueijo Costa: "A sentença normativa, traz implícita a cláusula *"rebus sic stantibus"*, faz coisa julgada. A possibilidade de revisão visa manter atualizada a *"res iudicata"*" (Ac. TST - Pleno - DJU 30.12.75).

A Consolidação das Leis do Trabalho, a seu modo, prevê expressamente nos artigos 873 a 875, o procedimento de revisão das sentenças normativas. A condicionante temporal do art. 873 está defasada, porquanto atualmente as decisões normativas têm vigência de um ano, o que uma vez decorrido, caberá a instauração de novo dissídio, não a sua revisão.

Com efeito, enquanto não se promover a revisão da sentença normativa, permanecem inalterados os efeitos da coisa julgada.

Impossível a discussão da inatualidade da cláusula em ação de cumprimento, face o rígido preceito do art. 872, parágrafo único da CLT, na parte final, *"ipsis verbis"* "... sendo vedado, porém, questionar sobre a matéria de fato e de direito já apreciada na decisão".

É evidente, portanto, que a revisão será indispensável para a atualização da norma coletiva, sob pena de ser passível de exigência, nos moldes em que foi constituída. Esta revisão só é passível em sede de dissídio coletivo, perante o Tribunal que tiver proferido a decisão revisanda, *"ex vi"* art. 875 da CLT. Jamais em ação de cumprimento, ou dissídio individual.

Elucidativos são alguns julgados do Tribunal Superior do Trabalho, abordando o tema:

"Lei posterior não pode se sobrepor à cláusula de sentença normativa transitada em julgado, pois isso importaria em ofensa ao preceito do art. 153, § 3º da Constituição Federal de 1969, vigente à época dos fatos" (TST, EE-RR 4.678/88-4, Rel. Ministro Orlando Teixeira da Costa).

"Reajuste Salarial - Dec.-Leis 2.283/86 e 2.284/86. Os citados Dec.-Leis não contêm preceito que afaste do mundo jurídico e fático sentenças transitadas em julgado e somente passíveis de serem revistas mediante as demandas de que cogitam os artigos 471 e 485 do CPC. Assim, se a categoria profissional é beneficiária de sentença normativa que prevê reajustamento em 1º de março de 1986, descabe empolgar estes decretos-leis, objetivando afastá-lo. Impossível é confundir a conversão em cruzados o com direito a reajustamento" (TST, RR n. 1.763, Rel. Min. Marco Aurélio - Ac. 1ª Turma 3.490/88).

No mesmo sentido, acórdão do TST n. 3.491/89, Rel. Min. Guimarães Falcão.

Tudo conforme in *"Nova Jurisprudência em Direito do Trabalho"*, Valentin Carrion, ano de 1990.

Por derradeiro, mas oportuno, aventamos a hipótese, perfeitamente factível, de o Tribunal proferir decisão ou homologar acordo que contenha cláusula que conspire contra a política salarial em vigor, supondo-se que não houve

recurso de parte ou do Ministério Público. A coisa julgada fere frontalmente o artigo 623 da CLT. Nesse caso, o único remédio processual cabível é Ação Rescisória, com amparo no artigo 485, inciso V do CPC. Entendo não ser cabível a revisional, porquanto trata-se de julgamento contra expressa disposição de lei. Aqui, igualmente, por força do art. 872, parágrafo único da CLT, impossível discutir a matéria em sede de ação de cumprimento, ou dissídio individual, sob pena de afronta à coisa julgada.

A conclusão a que se chega é que as normas coletivas, sejam elas de que espécie for, não perdem a sua eficácia pela superveniência de lei que altere a política salarial, enquanto não sofrerem a revisão dos seus termos. Não se procedendo a revisão, continuam elas possíveis de serem exigidas tal como foram editadas. A lei superveniente não "revoga" as cláusulas salariais das convenções ou acordos coletivos, porque esbarram na autonomia da vontade das partes, reconhecida a nível Constitucional (art. 7º, inciso XXVI, CF/88), nem tira a eficácia de cláusula idêntica em sentença normativa, face coisa julgada material, igualmente de garantia Constitucional (art. 5º, inciso XXXVI, CF/88).

Eis o nosso entendimento, salvo melhor juízo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1) MOZART VICTOR RUSSOMANO, in "O Empregado e o Empregador no Direito Brasileiro, 7ª ed., pág. 200 – Ed. Forense.
- 2) COQUEIJO COSTA – in Rev. LTr n. 48-5/519 a 525.
- 3) ORLANDO GOMES, in "Contratos", pág. 40, Editora Forense.
- 4) ORLANDO GOMES, in "Contratos", págs. 42 a 44.
- 5) GERALDO BEZERRA DE MENESES, in "Dissídio Coletivo e Direito de Greve", pág. 125.
- 6) COQUEIJO COSTA, in "Direito Processual do Trabalho", pág. 397, Editora Forense – 2ª edição.
- 7) MOZART VICTOR RUSSOMANO, in "Comentários à CLT", págs. 942 e 943.
- 8) MOACYR AMARAL SANTOS, in "Comentários ao CPC", Forense, pág. 453.
- 9) JOSÉ FREDERICO MARQUES, in "Instituições de Dir. Proces. Civil", Forense, vol. V, pág. 72.

NOTAS SOBRE MEDIDA CAUTELAR, EM FACE DO INADIMPLEMENTO SALARIAL E LICENÇA-MATERNIDADE

Milton de Moura França (*)

A falta de regras específicas sobre os instrumentos cautelares no processo do Trabalho, resulta necessária a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, medida que encontra respaldo no artigo 769 do Diploma Consolidado.

Entretanto, é imprescindível que as medidas cautelares se revelem compatíveis com a natureza do processo trabalhista e, mais do que isso, que sua aplicação não elimine o seu traço característico, ou seja, a sua instrumentalização capaz de fazer atuar o direito material.

Como leciona Sérgio S. Fadel, o processo cautelar "constitui um instrumento da função jurisdicional, que tem escopo, através de uma prestação provisória, preparar ou resguardar a obtenção de uma outra tutela, esta definitiva, acautelando os interesses das partes diante da demora na obtenção da prestação jurisdicional principal" – (Código de Processo Civil – comentado – vol. 4, pág. 8).

De outra parte, não se pode olvidar que sempre que o legislador pretendeu outorgar a antecipação provisória da prestação jurisdicional o fez expressamente, como por exemplo no caso de transferência do empregado (art. 659, inciso IX, da Consolidação).

Não menos verdadeiro também, que os requisitos fundamentais da ação cautelar são: o perigo da demora da prestação jurisdicional definitiva, com sérios riscos ao direito da parte ("periculum in mora") e a plausibilidade desse direito ("fumus boni juris").

De outra parte, não comporta dúvida que o salário possui natureza tipicamente alimentar.

Mas competiria à jurisdição trabalhista, exatamente em função desse aspecto, a tarefa de socorrer-se das normas cautelares inseridas no CPC para assegurar ao empregado o direito à paga de parcela do seu ganho, quando inadimplente o empregador?

De acordo com uma interpretação sistemática da CLT e Legislação Complementar, é fácil constatar que o legislador ciente do aspecto alimentar da contraprestação salarial, procurou resguardar os direitos do empregado com remédios jurídicos, de natureza material e processual, específicos, peculiares, próprios, providência que de um lado repele a idéia de omissão e, de outro, afasta o pressuposto que poderia legitimar uma incursão do intérprete e aplicador da lei aos instrumentos cautelares prescritos no CPC.

(*) Milton de Moura França é Juiz Togado do TRT da 15ª Região e Prof. Assistente de Direito do Trabalho da Universidade de Taubaté.

Realmente, ao cuidar da hipótese do empregador não pagar os salários fixados em sentença normativa (artigo 872 da CLT), o legislador, mesmo ante este fato de real gravidade, optou por eleger a via da reclamação, em inconfundível demonstração de repúdio a qualquer outro remédio processual capaz de resguardar o direito violado.

No mesmo sentido agiu, quando cuidou de disciplinar o problema da mora contumaz, sem dúvida alguma muito mais grave que a primeira hipótese mencionada, considerando-se que abrange não apenas parcelas de salários, mas a sua própria integralidade durante 3 ou mais meses, "ex vi" do que estabelece o DL. n. 368, de 19.12.68.

Outra também não foi sua posição, ao cuidar do descumprimento das obrigações contratuais e legais (letra "d" do artigo 483 da CLT), quando, mais do que silente sobre todo e qualquer tipo de procedimento cautelar, também prescreveu o instrumento da reclamação para compelir o patrão a satisfazer os direitos do empregado.

Por conseguinte, se o legislador deixou de instrumentalizar o processo trabalhista com medidas cautelares, salvo a prevista no inciso II, do artigo 659 da CLT, inobstante ciente dos problemas que geram o não pagamento, total ou parcial, do salário por parte do empregador, identificando apenas a reclamatória ordinária como meio de defesa dos interesses do empregado, em clara demonstração de que não pretendeu alçar o inadimplemento salarial a nível de "periculum in mora", razoável concluir-se que a medida cautelar deve ter restrita aplicação no âmbito do Judiciário Trabalhista, constituindo-se mesmo uma exceção.

Excluí-la de forma absoluta, seria uma atitude incompatível com a realidade, pois não se desconhece, embora em pequena escala, que comprova que toda regra comporta exceção, que situações existem que reclamam pronta e eficaz providência do Juízo, sob pena de perecimento do direito material.

A propósito, enquanto se discute se a ampliação do período de afastamento da mulher grávida, de 84 para 120 dias, conforme prescreve o artigo 7º, inciso XVII, da Carta Maior em oposição ao artigo 392 da CLT, constitui direito trabalhista ou previdenciário, e a quem compete o pagamento dos 36 dias que foram ampliados, controversa que subsiste porquanto se dividem as opiniões sobre a auto-aplicabilidade de norma constitucional, inúmeros são os pedidos cautelares formulados por gestantes.

Objetivam, em última análise, o direito de afastamento por 120 dias, sem prejuízo de, em ação principal, ver discutido o mérito de uma pretensão material.

Sem dúvida alguma, os pressupostos da cautelar, nestes casos, estão presentes.

O perigo de esvaziamento da pretensão, se não deferida a medida, considerando-se que o uso da licença-maternidade fora do momento próprio inviabiliza sua finalidade, subsiste ao lado da aparência do bom direito, na medida em que se revela razoável a interpretação de que a norma constitucional independe de regulamentação, ou seja, é auto-aplicável, face manifestação do Supremo Tribunal Federal (Mandado de Injunção n. 70-1-SP, in Rev. LTr 53-6/701) e do próprio Ministério da Previdência e Assistência Social (Parecer MPAS/CJ – CEP n. 21/89 – 31.3.89 – DJU 02.06.89).

Conclui-se, portanto, que a medida cautelar encontra aplicação no âmbito do Judiciário Trabalhista, em casos excepcionais, preservada sua característica de instrumentalidade, sem prejuízo da ação de cognição plena para apreciação e outorga definitiva da pretensão material resistida.

ANISTIA CONSTITUCIONAL, EM FACE DA COISA JULGADA, E SEU REFLEXO NA EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO – BREVES CONSIDERAÇÕES

Milton de Moura França

Reza o "caput" do artigo 8º, da Disposições Constitucionais Transitórias:

"É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.

§ 1º – O disposto neste artigo somente gerará efeitos financeiros a partir da promulgação da Constituição, vedada a remuneração de qualquer espécie em caráter retroativo.

§ 5º – A anistia concedida nos termos deste artigo aplica-se aos servidores públicos civis e aos empregados em todos os níveis de governo ou em suas fundações, empresas públicas ou empresas mistas sob controle estatal, exceto nos Ministérios Militares, que tenham sido punidos ou demitidos por atividades profissionais interrompidas em virtude de decisão de seus empregadores, bem como em decorrência do Decreto-Lei nº 1.632 de 04 de agosto de 1978, ou por motivos exclusivamente políticos, assegurada a readmissão dos que foram atingidos a partir de 1979, observado o disposto no § 1º".

A redação da norma constitucional em exame revela que a anistia foi ampla, no sentido de assegurar aos servidores públicos civis e aos empregados em todos os níveis de governo ou em suas fundações, empresas públicas ou empresas mistas sob controle estatal, punidos, demitidos ou compelidos ao afastamento das atividades remuneradas, por motivos exclusivamente políticos, o direito de readmissão com suas consequências jurídicas.

A única restrição imposta pelo constituinte foi no pertinente aos efeitos financeiros, ao preconizar serem os mesmos devidos somente a partir da promulgação da Constituição, proibida toda e qualquer remuneração em caráter retroativo.

A anistia é medida essencialmente política, como manifestação soberana do Estado e assim, insusceptível de restrição, salvo aquela expressamente definida no instrumento normativo que traz ao mundo jurídico.

Oportuna a lição do inigualável Rui Barbosa quando afirma que "a anistia é desmemória plena, absoluta, abrangendo a própria culpa em sua existência primitiva. Não só apaga a sentença irrevogável, aniquilando, retroativamente, todos os efeitos por ela produzidos, como vai até a abolição do próprio crime, punido ou punível" (apud Pinto Ferreira, in "Enciclopédia Saraiva do Direito" – São Paulo – vol. 6 – pág. 434 – grifamos).

Por isso mesmo, e considerando os amplos termos do enunciado na norma constitucional, nem mesmo a coisa julgada fica imune aos seus efeitos.

Aliás, se a anistia, segundo a própria etimologia da palavra, significa uma espécie de olvido e perdão antecipado pelo qual, no dizer de Braz Florentino "o soberano se reconcilia com seus súditos, lançando sobre seus crimes passados o mais denso véu, e concedendo-lhes a mais completa impunidade, qualquer que seja o estado da causa" (apud "O Poder de Graça", de Reailda Saraiva de Moraes – Forense – 1979 – pág. 12 – grifamos), inaceitável, data venia, subtrair de sua área de abrangência a coisa julgada.

Primeiro porque, se o seu objetivo é reparar injustiças praticadas em períodos de exceção vigentes em determinados momentos da vida de uma nação, a subsistência de "res judicata", embasada em fatos e atos que a nova ordem jurídica veio de anistiá-los, redundaria na perpetuação da injustiça que se procurou corrigir, o que caracterizaria um contra-senso inaceitável.

Segundo porque, como já destacado, o constituinte não restringiu seu alcance. Ao contrário, adotou-a de forma mais ampla e explícita.

Mas "ad argumentandum", se clara não fosse e eventual dúvida pudesse ensejar, por certo que a melhor solução seria encontrada na interpretação extensiva da norma que a criou, segundo a máxima "favores ampliandi", para que incidisse sobre a "res judicata".

Bem leciona Carlos Maximiliano quando enfatiza que "Decretos de Anistia, os de indulto, o perdão do ofendido e outros atos benéficos, embora envolvam concessões ou favores e, portanto, se enquadram na figura jurídica dos privilégios, não suportam exegese estrita... Assim se entende, por incumbir ao hermenêuta atribuir à regra positiva o sentido de que dá eficácia maior à mesma, relativamente ao motivo que a ditou, a ao fim colimado..." ("Hermenêutica e Aplicação do Direito") – Edição Freitas Bastos – 1965 – pág. 250).

Deste contexto emerge que toda dispensa de empregado de empresas públicas ou empresas mistas, fundamentada em razões políticas, no período compreendido pela norma constitucional em análise, carece de validade.

Em consequência, revelam-se juridicamente corretos pedidos de admissão no emprego, fundamentados em resilição contratual que teve como motivação a participação de empregado em greve considerada de natureza política.

Possível argumentação de que empregado e empregador, em processo instaurado anteriormente à atual Carta Política, transacionaram sobre títulos rescisórios e até mesmo sobre estabilidade, não infirma a conclusão exposta, visto que a causa de pedir na reintegração encontra seu suporte em norma constitucional ampla, que, pela sua natureza e conteúdo, como já salientado, repele a prejudicial ("res judicata") que poderia inviabilizar o exame de mérito da pretensão.

MEDIDA CAUTELAR SATISFATIVA ALGUMAS NOTAS

Edson de Arruda Camara (*)

"Não cometerás injustiça no Juízo. Não favorecerás o pobre, nem serás complacente para com o poderoso. Julgarás o teu próximo com imparcialidade".

(Levítico, 19:15)

Acabamos de ler, assim que recebida a publicação, interessante artigo do Dr. Cláudio Armando Couce de Menezes ("MEDIDA CAUTELAR SATISFATIVA", in Suplemento Trabalhista LTr n 33/91) no qual o articulista, com veemência, sustenta a tese da satisfatividade das medidas cautelares em contraposição específica a trabalho do Dr. Estevão Mallet recentemente publicado no mesmo Suplemento LTr (8/91 – "IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA CAUTELAR SATISFATIVA"), por seu turno opondo-se a trabalho anterior daquele Autor e Magistrado do Trabalho ("MEDIDA CAUTELAR SATISFATIVA DA PRETENSÃO", in Suplemento LTr n. 138/90). Já nesse primeiro trabalho o seu Autor sustentava a possibilidade cautelar satisfativa no Processo Trabalhista, neste com maior ênfase que no Civil, "em razão da natureza dos créditos trabalhistas" e dos princípios que informam esse direito.

Vemos que o tema se torna polêmico, a dialética se enfatiza e, se é verdadeiro que "da discussão nasce a luz", lucra o Direito e seus destinatários, os jurisdicionados, a comunidade jurídica...

Já antes de estabelecida a polêmica entre os dois respeitados Autores, eu mesmo me vi honrado com a acolhida e publicação de matéria de minha lavra sobre o mesmo tema ("MEDIDAS CAUTELARES – MODISMO QUE SE INSTALA NA JUSTIÇA DO TRABALHO. A REINTEGRAÇÃO LIMINAR. BREVES NOTAS CRÍTICAS") em alguns renomados periódicos especializados em Direito do Trabalho de nosso País como o próprio Suplemento Trabalhista LTr (nº 150/90), o Jornal Trabalhista, de Brasília (n. 321/90) e a Revista ADT (Advocacia Trabalhista, n. 39/90, do Rio de Janeiro). Em meu trabalho, sustentava eu, numa suma, especificamente quanto à reintegração liminar que "em realidade – e aí repousam os meus despachos denegatórios de liminares – o processo do trabalho (seu objeto) tem nuances e características tais e tais que não comportam a concessão de liminares como pretendem os postulantes. Nesse ponto não andou mal a CLT quando restringiu a dação de liminares – art. 659, IX – ao caso da trans-

(*) Edson de Arruda Camara é Magistrado – Mestre em Direito.

ferência de empregado o qual, concretizada a liminar, pendente, claro, à perquirição de fundo, com esta evita o Juiz a desorganização da vida do obreiro e de sua família, desnecessariamente; e caso julgada improcedente uma reclamatória nesse sentido nenhum dano ocasionará ao patrão que apenas se vira tolhido de poder movimentar em dado instante empregado seu". "Diferentemente do enfoque da liminar concedida no caso do art. 659, IX, da CLT, é o da reintegração do empregado, liminarmente. Se a perquirição, a nível instrutório, for no sentido de entender do correto e justo da reintegração, nenhum problema. Todavia, se ao final da instrução o decisor pender-se para o indeferimento do pleito já aí ter-se-á concretizado um dano irreparável: o obreiro, por força da liminar concedida teria trabalhado, por exemplo, por mais um ou dois meses e, nesse interregno, atingiu a mais um período de férias, alcançou-lhe mais um aumento salarial, concretizou-se a estabilidade dos dez anos, etc." e, sendo a mão-de-obra irrestituível, não há como voltar-se atrás e o patrão seria o injustificado, sendo certo que, acima da decantada fragilidade do obreiro (hoje discutível a sua hipossuficiência) está o compromisso do Juiz com a realização do valor JUSTIÇA e com o propiciar às partes igualdade de tratamento processual.

Cremos que, por razões diferentes, afinamo-nos, em nossas teses, eu e o Dr. Estevão Mallet.

No tocante às teses do Dr. Cláudio Armando Couce de Menezes, acreditamos que alguns reparos, *data maxima venia* do douto colega magistrado, se deviam fazer.

Não podemos afastar inicialmente a idéia, na interpretação temática oferecida, de ESTADO DE DIREITO, de império da CONSTITUIÇÃO, da cogência das LEIS PROCESSUAIS e da permissividade – ou não – das leis ordinárias com relação à possibilidade de o julgador (abstraindo-se a idéia de que, como jurista que é, antes de ser, como Juiz um aplicador da norma aos casos concretos, caber-lhe a tarefa exegética) conceder a cautela pretendida pela parte. Neste caso é preciso que a lei o permita, que a lei, ao menos, disponha sobre a questão (e aqui não vale a invocação da existência de "lacuna da lei"), sendo, caso vertente, de plena cabença os brocardos: *ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit* e *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Assim, a existência na esfera laboral da norma do art. 659, IX, CLT.

Para a introdução ao tema – que já começa a se mostrar tormentoso – é fundamental que se coloque a idéia de ESTADO DE DIREITO (embora que, por reparo, deva reconhecer que o Brasil – mormente no instante em que vivemos, onde o desrespeito à Constituição e às leis são a tônica procedimental de quem governa o País) – longe está de ser um Estado de Direito, mas o ideal de atingimento de tal status deva remanescer no cérebro e no coração de cada jurista, não apenas como dado insculpido no art. 1º da Magna Carta, mas como elemento emergente do Texto Constitucional para o mundo exterior.

O Estado de Direito é a grande aspiração daqueles que querem ver respeitados os direitos do indivíduo. Submisso o Estado, pois, à ordem jurídica de modo a salvaguardar as liberdades, evitando-se as arbitrariedades do Poder (este com a feição tripartite que lhe deu Montesquieu). Daí o princípio da legalidade segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei; além disso, o poder deve ter o seu exercício limitado por uma superlegalidade que subordina as normas desse Poder emanadas e que, sejam as normas elaboradas em termos tais que assegurem a certeza do direito. Assim é que o Estado de Direito pressupõe para sua existência mesmo, a subordinação

do governo e de seus agentes, do corpo legislativo, da magistratura – de todos, enfim, à ordem jurídica.

Apesar de estar o pensamento moderno referente ao Direito e ao Estado transformado, neste século, num amplo e tormentoso debate sobre suas relações com as próprias condições em que existem o Direito e o Estado, prevalece o dado conceitual de que o Estado de Direito deve ser assim: dominado e limitado pelo Direito, concretizada, pois, a expressão já utilizada por Rudolf Von Jhering: "domesticação do Poder" ou, em nosso País, com Pontes de Miranda, "diminuição do quantum despótico" ou, ainda, com Miguel Reale, "Jurisfação do Poder". Há, pois, no Estado de Direito, o prestígio da norma jurídica como algo que deve reger as relações humanas no sentido geral (e, aí, por óbvio, as relações processuais) como algo supremo. Em tal medida, o respeito absoluto às normas processuais que, por sua natureza – de ordem pública – são cogentes e a elas deve estar cingido o atuar judicante, pena de que o arbítrio se instale nessa fração de Poder, sem que isto implique em que se tenha o Juiz como cego escravo da lei.

Em tal linha de raciocínio discordamos do ilustrado doutrinador que defende, em nome dos princípios que aponta, o caráter de satisfatividade das cautelares.

Inicia, assim, o douto Cláudio Armando Couce de Menezes seu discurso apoiando-se em magistério do professor Galeno de Lacerda, segundo o qual o alentado Mestre insistia em sustentar o caráter satisfativo das cautelares mercê dos aspectos alimentários dos salários – que induziriam tal satisfatividade –, alvo de "uma proteção social que transparece da própria CLT", pelo que não poderíamos "aceitar a suspensão do salário, por exemplo". E indaga o Mestre tomado pelo articulista como espelho: "Muitas vezes temos que determinar a reintegração no emprego e não podemos fazer isto de modo cautelar? Daí, adota, em sua preleção realizada em Congresso realizado pela AMATRA-I, em Búzios, RJ, por argumentação o fato da concessão de alimentos provisionais, dados em liminar, inclusive sem a obrigação, por parte do Autor, caso decaia do direito a tais alimentos em devolvê-los.

Data venia, labora em equívoco o professor Galeno de Lacerda, tomado, por sua doutrina, como ponto de apoio.

Com efeito, os alimentos provisionais têm previsão legal, inclusive sua ir-restituibilidade – o que nos afigura grande injustiça: *summum jus, summa injuria*, pois. Mas tem previsão legal, o que incorre com o caso dos salários dados por antecipação. Em face dessa previsão legal (para os alimentos provisionais) beneficiadora mesmo daqueles que postularão ainda por uma paternidade indefinida (ação de alimentos cumulada com a de investigação de paternidade). À custa de tal normatização, muita gente já foi condenada a prestar alimentos durante largo espaço de tempo, de modo provisional, a quem, bem mais tarde, não conseguiu provar que seria merecedor de tal concessão. Quid inde? Nada! Contentar-se com o injusto do episódio. Afinal, *lex habemus* ... mas não para o caso da reintegração liminar, com paga de salários e aquisição de novos direitos com o transcurso do tempo e o caráter de irrestituição da mão-de-obra prestada a consolidar tais direitos. Melhor que não se conceda a liminar (até mesmo por inexistir, como no caso dos alimentos provisionais, norma a esse respeito) que, se concedida seria gênese de direitos novos que subsistirão, de modo injusto, com o julgamento improcedente da ação principal. Se julgada procedente esta, aí, sim, que se paguem os direitos vencidos e ainda não pagos.

Parece-nos mais prudente (e, Direito, prudência pura o é...) e afasta-nos do indesejável enfoque da "Justiça a Robin Hood". Afinal, fazer justiça não é tirar de quem supostamente tem (e nem sempre o patrão o tem, como é o caso de miseráveis microempresários e mesmo de pequenas e médias empresas em situação econômica de extrema dificuldade mercê da má administração, pelo Poder Público, da economia em nosso país) para dar a quem não tem (o chamado "hipossuficiente" hoje nem tanto como sempre se apregoeou – mercê de sua vinculação com uma estrutura sindical que, diferentemente da época da edição da CLT, tem muito e muito mais para dar a seu tutelado).

Por todo o exposto – e por mais argumentos que poderiam seguir alinhados – reitero todas as afirmativas que produzi no trabalho que intitulei "MEDIAS CAUTELARES – MODISMO QUE SE INSTALA NA JUSTIÇA DO TRABALHO, A REINTEGRAÇÃO LIMINAR, BREVES NOTAS CRÍTICAS", aduzindo, por não ocioso, que o tema tal como até aí conduzido, parece levar a questão, digamos, da antecipação de salários, da reintegração liminar, para o princípio consagrado no art. 126, do CPC. E leva, já que normatização específica inexistente, existindo apenas aquela que trata do poder cautelar geral do Juiz (arts. 798 e 799, CPC). Exatamente aí, o bom senso. O avaliar, o julgador que tipo de consequências acarretará – a ambas as partes – a concessão ou não concessão da liminar.

Reza o art. 126, do CPC que inexistindo norma legal a regular a matéria o Juiz não se eximirá de decidir, e o fará recorrendo à "analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito". Nestes, a grande reflexão do magistrado ao lembrar que "jura praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.

Além dos aspectos doutrinários aí expendidos, fixamo-nos nos aspectos de ordem legal dos quais não posso negligenciar à conta do conteúdo da questão suscitada pelos ilustres debatedores, Drs. Cláudio Couce de Menezes e Estevão Mallet, já que questão de Direito Processual e, portanto, vinculada a uma normatização de ordem pública que maior acatamento merece à conta mesmo dessa preocupação em se ter nosso País como ESTADO DE DIREITO no qual, como o Executivo e o Legislativo, o Poder Judiciário deva como parte desse estado, submeter-se à normatização que lhe sobrepara.

É bem verdade, já disse, que não é o Juiz um mero escravo da lei. Verdade, ainda que tem o julgador o poder geral de cautela, verdadeiros poderes ilimitados, sendo a fonte geradora de tais poderes a própria lei – arts. 798 e 799, do CPC, além de outros. Embora genérico esse poder cautelar – que, conforme Lopes da Costa, não é limitado, "a medida não deve transpor os limites que definem sua natureza provisória" ("Medidas Preventivas"), já que visam tão-só a conservação do estado de fato e de direito dos interesses do processo principal (e, aí, vê-se que a cautela se acha voltada para o próprio processo, não para a parte), não tem feição "satisfativa" e, sendo apenas "conservativos", não devem ter conteúdo igual ao da extrema pretensão, devendo, o Juiz, por derradeiro, ao exercer seu poder geral de cautela, avaliar, não só o *fumus bonis juris* e o *periculum in mora* (que são meros vislumbres, sucumbíveis, pois, diante de uma perquirição mais detalhada a nível de processo principal), também verificar se o atender a tais vislumbres não poderá, ao final, estabelecer dano irreparável à parte contrária caso improcedente a ação principal da qual a cautelar é preparatória ou incidental, como é no caso da concessão de liminares reintegratórias.

Assim é que, Humberto Theodoro Jr. ("Processo Cautelar") adverte que "a lei, na realidade, investe o magistrado de um poder discricionário, de amplísimas dimensões" que com arbitrariedade não se confunde, mas que é possibilidade de escolha dentro dos parâmetros da lei. Em tal medida, o prudente arbítrio é *conditio sine qua non* e, como adverte, ainda, João Batista Lopes ("Medidas Cautelares Inominadas", Rev. Tribunais, 605:17) "o futuro do processo cautelar está nas mãos dos Juizes, cuja probidade, equilíbrio e bom senso, constituem, felizmente, a regra, sendo excepcionais os casos de desonestidade, desvirtuamento ou distorções".

Estas, as notas que o tema posto em debate nos oferece para momentâneas colocações e são, *data venia*, nossos inarredáveis pontos de vista, sob os quais, com o arrimo de uma Teoria Geral de Processo – comum, pois, ao Processo Civil e ao Trabalhista –, a uma doutrina unânime, à sistemática de Direito Positivo e, sobretudo, a uma boa dose de bom senso, posso colocar, sem medo de errar: A SATISFATIVIDADE DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS INEXISTE.

ASPECTOS DA AÇÃO RESCISÓRIA NO PROCESSO DO TRABALHO INCOMPETÊNCIA E VIOLAÇÃO LITERAL DE LEI

Eurico Cruz Neto (*)

A ação rescisória objetiva desconstituir sentença transitada em julgado e, eventualmente, novo julgamento da matéria apreciada na aludida decisão.

Visa, pois, esta espécie de ação atacar a coisa julgada total ou parcialmente, em qualquer grau de jurisdição, que, embora irrecorrível, é passível de execução.

Assim sendo, se impõem como pressupostos o trânsito em julgado da decisão, a irrecorribilidade e a sujeição do duplo grau de jurisdição.

A ação enfocada tem caráter de decisório de outro decisório e seu surgimento se verifica além dos limites das fases recursais e de execução da ação originária, tendo a eficácia de substituí-la no *judicium rescissorium*, limitando-se ao *judicium rescindens* quando o fundamento tem por base a inobservância de coisa julgada e quando esta é restabelecida.

Em geral, apenas as decisões de mérito que vulneram direito objetivo material ou processual é que são passíveis de rescindibilidade, porém há possibilidade de cabimento de sentença na fase executória no caso de nulidade de pleno direito, como no caso em que houve irregularidade de citação do processo em sua fase cognitiva ou se houver sido apreciado aspecto meritório na fase de execução.

Como exemplo desta segunda possibilidade podemos citar a hipótese dos embargos do devedor, da liquidação por artigos e embargos de terceiro eis que é necessária a cognição.

Os doutrinadores afirmam a viabilidade de reconvenção de rescisória contra outra rescisória, se houve rescisão do processo pela rescisória sem apreciação meritória na rescisória ulterior se deverá observar o lapso decadencial regulador da ação antecedente.

A diferenciação fundamental entre a ação rescisória e os recursos é que estes podem ter efeitos suspensivo e devolutivo enquanto que a ação rescisória, cuja sentença transitou em julgado, provoca o desfazimento da sentença cujo trânsito em julgado se operou, cindindo-a após a consumação da sua eficácia no processo em sua fase cognitiva.

(*) Eurico Cruz Neto, é Juiz Togado do TRT da 15ª Região e Professor da Faculdade de Direito da PUC-CAMP.

No tocante à competência originária, na regra geral do direito pátrio os Tribunais são competentes para apreciar seus próprios acórdãos, bem como as decisões de primeira instância e, na Justiça do Trabalho, nos termos do Enunciado 158 do TST, as decisões dos Tribunais Regionais são recorríveis para o TST.

As espécies de vícios que ensejam a desconstituição da sentença originária são os erros de procedimento (erros in procedendo) e erros de julgamento (erros in iudicando), abrangendo, ambos os juízos, o *judicium rescindens* e o *judicium rescissorium*. A limitação, quanto ao *judicium rescindens*, ocorre quando o fundamento é ofensa à coisa julgada, que simplesmente pode ser restaurada.

No *judicium rescissorium* a decisão de mérito pode ser declaratória constitutiva ou declaratória negativa, esta última quando a rescisória é julgada improcedente.

Quanto à eficácia no tempo, há duas correntes a respeito, a primeira entendendo que em se tratando de ação declaratória constitutiva, há apenas efeitos *ex nunc*, salvo existência de dispositivo de lei em sentido contrário, o que se verifica no direito brasileiro. A segunda corrente vislumbra a possibilidade de eficácia *ex tunc*, com força retrooperante eis que, nos termos do artigo 158 do CPC, a anulação do ato provoca o restabelecimento do *status quo ante* e em caso de inviabilidade de restituição, surge a hipótese de recebimento do pagamento indenizatório equivalente.

INCOMPETÊNCIA

Apenas em se tratando de incompetência absoluta é que se configura hipótese permissiva de rescindibilidade e não em caso de incompetência relativa, vez que, neste segundo caso, trata-se de arguição sob a forma de exceção (CPC, artigos 112, 304 e 507). Se não há manifestação da parte interessada ocorre prorrogação (artigo 114).

Porém, em se tratando de incompetência absoluta, esta pode ser arguida em qualquer oportunidade, não sendo prorrogável e, conseqüentemente, se constitui em fundamento para ajuizar a ação rescisória.

Surgem, na questão da incompetência, dois pólos diametralmente opostos, ou seja, o conceito positivo expresso no mandamento judicial e o conceito negativo, que é o da incompetência.

Como ensina Pontes de Miranda, se evidencia a nulidade *ex defectu potestatis* e, assim sendo, se viabiliza a rescindibilidade.

De início surgem as hipóteses mais claras em que a sentença pode ser rescindida, como a incompetência hierárquica e *ex ratione materiae*.

Nos casos de incompetência *ratione loci* apenas no caso que o juiz aplicou norma que entendeu revogada e infringiu o direito em tese é que cabe a rescisória, eis que a discussão passou a se situar no âmbito de questão de direito e não de feição meramente factual.

Assim sendo, a incompetência absoluta é aquela que se origina das normas sobre incompetência em razão da matéria e da hierarquia, a saber, os artigos 111 e 113 do CPC.

VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI

O artigo 485 do CPC, em seu inciso V, estabelece que quando vulnerada disposição de lei há viabilidade de que seja decretada a rescisão de sentença.

A violação de lei não deve ser considerada em sentido estrito, apenas se levando em conta os limites da norma e sim com amplitude eis que o contexto prevalente é representado pelo ordenamento jurídico.

É certo, portanto, que a ordem jurídica não se revela pela literalidade de cada dispositivo e sim pelas leis substantiva, complementar, ordinária ou delegada, o decreto-lei, o decreto legislativo, o decreto emanado do Executivo, o ato normativo baixado por órgão do Poder Judiciário, sendo consideradas as normas de âmbito Federal, Estadual e Municipal.

Deste modo, o objeto da vulneração é o direito em tese, configurado na aludida contextura harmônica.

Tanto os *erros in procedendo* como os *erros in iudicando*, os primeiros resultantes da inobservância por parte do Juiz de preceitos diretamente vinculados à atividade jurisdicional, tais como o respeito aos limites de competência, os impedimentos, a observância da coisa julgada e outras situações. O importante é que fique claro que tais comandos legais sejam atinentes a atribuições ao exercício da função judicante, onde o magistrado é o exclusivo destinatário.

Tais vícios, embora tenham eficácia no sentido de propiciar o surgimento da relação jurídico-processual, deveriam ter sido sanados *oportuno tempore*.

Quanto aos *erros in iudicando*, têm sua origem na aplicação incorreta da lei, onde se verifica no decisório conteúdo dispositivo aplicando, equivocadamente, a lei (sentença se contrapondo ao direito em tese) incorreta informação do Juiz com base em notações falsas, o que acarreta, em última análise, a distorção do objetivo precípua constituído pela correta declaração da lei, erro causado pelo enquadramento ilógico dos fatos, pela subsunção incorreta.

A Súmula 353 do STF fixou que, em se tratando de interpretação controvertida de decisões de Tribunais a respeito de determinado preceito legal, não cabe ação rescisória.

BIBLIOGRAFIA

COSTA, Coqueijo, "Ação Rescisória", LTr Edit.

MIRANDA, Pontes de, "Tratado da Ação Rescisória".

DA PROVA ORAL

L. C. Diehl Paolieri (*)

*"Probare oportet, non sufficit dicere".
(Não basta dizer; é preciso provar).*

Considerando que um grande contingente de empregados ainda trabalha sem registro e que, em muitos casos, a prova documental produzida pelo empregador merce sérias restrições, a prova oral, no processo trabalhista em nosso país, adquire excepcional importância.

A prova oral, a prova produzida em audiência, na presença do juiz da instrução, é fundamental nos processos que têm como principal ponto de divergência a relação empregatícia, a prática de falta grave, a prestação de serviços extraordinários e a equiparação salarial.

Daí não entendemos o porquê da atitude de alguns magistrados, dispensando as partes da prestação de seus depoimentos, a pedido delas.

Os dispositivos legais que regem a matéria deixam bem claro que compete ao juiz da causa, em primeiro lugar, decidir sobre a tomada dos depoimentos pessoais (arts. 130 e 342 do CPC e 820 da CLT).

O mestre dos mestres, Pontes de Miranda, ensinava que "o depoimento tem, não raro, força convincente que, no processo com o princípio do livre convencimento do juiz, pode fazê-lo um dos fundamentos da convicção. Assim o dito "Quando a parte confessa faz prova contra si mesma, e o quanto diz a seu favor de nada vale" (Corte de Apelação do Distrito Federal, 13 de novembro de 1922, R. do STF, 50, 60) deve ser repellido" (apud "Coment. ao Cód. de Proc. Civ." - 1ª ed. - tomo IV - págs. 267 e 268 - Edit. Forense).

Não cometeríamos nenhuma heresia dizendo que a procedência das reclamações resulta mais do depoimento pessoal da reclamada do que da prova testemunhal produzida pelo reclamante.

Quanto a esta, invocando, ainda, o festejado jurista, "o indeferimento da inquirição supõe que seja desnecessária, por haver prova documental, ou confissão da parte, ou se foi exigido, como elemento insubstituível, outro meio de prova" (op. cit., pág. 393), como sói acontecer nos pedidos que dependem da prova técnica.

Não entendemos o porquê da dispensa da inquirição de testemunha arrolada pelo reclamante, procedimento esse que está se tornando comum ultimamente

(*) L. C. Diehl Paolieri é Juiz Togado do TRT da 15ª Região.

sob a alegação de estar ela impedida de depor por interesse na solução da causa, em vista de também ter reclamatória ajuizada contra o mesmo empregador.

Primeiramente, o art. 829 do texto legal consolidado, que se refere ao momento em que a testemunha presta compromisso, não fala em impedimento desse tipo.

Em segundo lugar, ao estabelecer que "são suspeitos", e não incapazes ou impedidos, o parágrafo 4º, do art. 405, da lei processual civil inclui, entre aqueles que não podem depor como testemunha, "o que tiver interesse no litígio" (inciso IV).

Patente que o dispositivo legal está fazendo referência à pessoa que tem interesse no processo que está sendo instruído, e não em outro procedimento.

Cumpra fazer lembrar, neste breve comentário, a chamada "prova emprestada", que colocamos no mesmo patamar da famigerada "contestação por negação geral", de tão triste memória.

Como estatui o art. 336 do CPC, "salvo disposição especial em contrário", e não conhecemos nenhuma, "as provas devem ser produzidas em audiência".

Referindo-se à tomada do depoimento pessoal da parte, dispõe o art. 343 do citado texto legal que ela deve ser interrogada "na audiência de instrução e julgamento".

Certamente que, assim o fazendo, o legislador determinou que o depoimento fosse colhido pelo juiz que instrui a causa e que certamente irá julgá-la, não podendo ser aceita prova oral produzida em outro processo e trazida aos autos mediante certidão ou cópia autêntica.

Na lição de Moacyr Amaral Santos, "as provas são propostas, admitidas e produzidas no processo, para sua instrução, perante o juiz da causa, que delas participa em todos os momentos e mais particularmente na sua admissão, que é ato de sua exclusividade, e na sua produção, em que o mesmo exerce função preponderante" (apud "Direito Processual Civil" – 3ª ed. – 2º vol. – pág. 308, item 534 – Edit. Max Limonad).

DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO

Ismal Gonzalez (*)

I – Precedentes e Fundamentos

Coube ao industrial inglês Robert Owen a primazia na luta para obtenção de normas internacionais com o escopo de melhorar a condição dos trabalhadores, ofertando as experiências praticadas em sua empresa. Com esse desiderato, já em 1818 escreveu aos soberanos dos Estados de Santa Aliança pedindo-lhes o apoio às suas idéias avançadíssimas para a época.

Secundou-lhe nessa missão precursora o francês Daniel Le Grand que nos meados do Século XIX dirigiu-se aos principais estadistas europeus propondo-lhes a adoção de leis internacionais para o trabalho.⁽¹⁾

A Suíça, segundo o magistério de Scelle⁽²⁾, foi a precursora em nível estatal, na propositura de uma legislação internacional.

Doutrina o mestre Mário De La Cueva⁽³⁾ que "a idéia de um Direito Internacional do Trabalho era um sonho a mais do proletariado, mas outro impossível na Sociedade individualista e liberal e naquele mundo de estados imperialistas que postulavam uma concepção radical da soberania, segundo a qual, a vontade do Estado não podia ficar limitada em nenhuma das questões relacionadas com a sua vida interna. Houve algumas vozes e tentativas isoladas no século passado e no presente, mas foi a guerra de 1914 a que haveria de converter o sonho em realidade".

Realizou-se em Berlim em 1890, reunidos os principais países da Europa, a 1ª Conferência Internacional do Trabalho por iniciativa do Imperador Guilherme II e com a liderança de Bismarck.

O Imperador solicitou naquela oportunidade o apoio do Papa Leão XIII à idéia de criação de uma repartição internacional para estudos relacionados ao trabalho e à adoção de normas com escopo de protegê-lo em âmbito internacional.

A Encíclica "Rerum Novarum" surgiu no ano seguinte e constituiu o maior marco na história do Direito do Trabalho em razão de seu elevado conteúdo sobre a problemática da questão social e a indicação de grandes caminhos que passariam a ser trilhados por todos os povos cristãos.

As conferências de Lides (1916) e a Conferência Sindical Internacional de Berna, em fevereiro de 1919, constituíram antecedentes imediatos ao Tratado

(*) Ismal Gonzalez é Juiz do Trabalho Aposentado e Professor de Direito - PUCCAMP.

(1) VÁLTICOS, NICOLAS, "Derecho Internacional del Trabajo", Madrid, Tecnos, 1977, pág. 29.

(2) SCELLE, GEORGE, "Précis Élémentaire de Législation Industrielle", Paris, Sirey, 1927, pág. 122.

(3) LA CUEVA, MÁRIO DE, "El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo", México, Editorial Porrúa S/A., 1972, pág. 26.

de Versalhes. Nesta última conferência foi aprovada a "Carta do Trabalho", com inserção de alguns princípios orientadores do futuro Tratado de Paz. Relata Arnaldo Sússekind⁽⁴⁾ que a Conferência de Berna pleiteou a "instituição de um "Ofício Internacional du Travail" como parte integrante da Sociedade das Nações. Essa repartição deveria constituir um verdadeiro parlamento internacional e interprofissional do Trabalho, com igual representação dos Estados e dos Sindicatos filiados à Federação Sindical Internacional, competindo-lhe adotar convenções internacionais com a eficácia de leis nacionais para os respectivos países.

A seguir, o Congresso Internacional de Sindicatos Cristãos deliberou que o Tratado de Paz "deveria relacionar as medidas sociais que os Estados signatários se obrigariam a transformar em leis nacionais, devendo ser criado um "Instituto Internacional do Trabalho" com delegações constituídas de dois representantes governamentais, dois de trabalhadores e dois de empregadores, com o encargo de colaborar na elaboração das legislações nacionais e velar por sua efetiva aplicação por meio de uma inspeção internacional organizada"⁽⁵⁾.

II – Organização Internacional do Trabalho (OIT)

Ao estudar as relações do Direito do Trabalho com o Direito Internacional Público, do qual o Direito Internacional do Trabalho é uma parte, Magano destaca a importância da Organização Internacional do Trabalho, por sua relevância máxima na produção de normas internacionais, derivadas de suas convenções e recomendações⁽⁶⁾.

A Conferência de Paz instalou-se no Palácio de Versalhes em 25 de janeiro de 1919 e nesse mesmo dia foi aprovada a designação de uma Comissão de Legislação Internacional do Trabalho destinada ao estudo preliminar de regulamentação internacional do Trabalho. Em 24 de março de 1919, o projeto elaborado pela comissão foi aprovado pela Conferência e passou a constituir a Parte XIII do Tratado de Versalhes.

A competição entre os países foi durante muito tempo o argumento mais destacado na justificativa de criação do Direito Internacional do Trabalho, mas "o fator mais poderoso e permanente do seu desenvolvimento é a preocupação de realizar Justiça Social, "como assinalado por Válticos, citado por Magano⁽⁷⁾.

Com o precípua escopo de realizar a Justiça Social entre os povos, sobretudo à luz da Encíclica "Rerum Novarum", foram insculpidos na Parte XIII do Tratado de Versalhes os ideais inspiradores e os fins da OIT, transcritos:

"Considerando que a Liga das Nações tem por fim estabelecer a paz universal, e que tal paz só pode ser fundada sob a justiça social;

considerando que existem condições de trabalho, implicando para grande número de indivíduos misérias e privações, o que gera descontentamento tão grave, que põe em perigo a paz e harmonia universais;

e considerando que urge melhorar essas condições, no que se refere, por exemplo, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão-de-obra, à luta contra a paralisação

(4) SÚSSEKIND, ARNALDO, *Direito Internacional do Trabalho*, S. Paulo, LTr Edit., 1987, págs. 96/97.

(5) Idem, pág. 97.

(6) MAGANO, OCTAVIO BUENO, "Manual de Direito do Trabalho", São Paulo, LTr Edit., Parte Geral, pág. 76.

(7) Idem, pág. 76.

do trabalho, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à proteção dos trabalhadores contra as doenças gerais ou profissionais e os acidentes do trabalho, à proteção das crianças e adolescentes, e das mulheres, às pensões de velhice e invalidez, à defesa do interesse dos trabalhadores empregados no estrangeiro, à afirmação do princípio de liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico e outras medidas análogas;

considerando que o alheamento de qualquer nação a um regime de trabalho realmente humano cria obstáculos aos esforços das outras nações desejosas de melhorar a sorte dos trabalhadores nos seus próprios territórios;

As Altas Partes Contratantes, movidas pelo sentimento de justiça e humanidade, como pelo desejo de assegurar uma paz mundial, convencionam o seguinte:

Art. 387. Fundar-se uma organização permanente encarregada de trabalhar pela realização do programa exposto no preâmbulo. Os membros fundadores da Liga das Nações serão membros fundadores desta organização e, de ora em diante, a qualidade de membro da primeira implica a de membro da segunda.

Art. 388. A organização permanente compreenderá:

- 1) uma conferência geral dos representantes dos membros;
- 2) uma repartição internacional do trabalho, sob a direção de um conselho administrativo".

Essa Parte XIII do Tratado de Versalhes pode ser considerada como a Constituição Jurídica da OIT que veio a ser complementada pela Declaração de Filadélfia de 1944 e pelas reformas da Reunião de Paris de 1945, da própria OIT, como ensina Mascaro Nascimento⁽⁸⁾.

Os princípios e os objetivos da OIT foram definidos com a "Declaração de Filadélfia", de 10 de maio de 1944. Dentre eles se destacam: proteção adequada da vida e da saúde dos trabalhadores em todas as ocupações; a plenitude do emprego de mão-de-obra; um salário mínimo; o reconhecimento efetivo do direito de estipulação coletiva; a extensão dos seguros sociais. Após a Segunda Guerra Mundial, a Constituição da OIT foi modificada a fim de ajustá-la à nova sociedade internacional: a Organização das Nações Unidas.

Segundo o relato de Gomes Gottschalk⁽⁹⁾ a ONU havia criado como uma de suas agências internacionais, um "Conselho Econômico e Social" aparentemente em choque com os objetivos da própria OIT. O conflito de atribuições foi resolvido por acordo havido em maio de 1946 entre as duas instituições. Mediante os termos desse acordo, passaram os dois órgãos internacionais a desenvolver uma atividade harmônica e coordenada, sem perda das respectivas autonomias.

Em 30 de maio de 1946, as Nações Unidas, reconheceram a OIT como "organismo especializado competente para empreender a ação que considere apropriada, de conformidade com o seu instrumento constitutivo básico, para cumprimento dos propósitos nele expostos".

(8) NASCIMENTO, AMAURI MASCARO, "Curso de Direito do Trabalho", Editora Saraiva, 9ª edição, 1991, pág. 61.

(9) GOMES, ORLANDO e GOTTSCHALK, ELSON, "Curso de Direito do Trabalho", Forense, 11ª edição, 1990, pág. 59.

III. Estrutura da Organização Internacional do Trabalho

Estrutura-se a OIT em três órgãos:

A Conferência ou Assembléia Geral, o Conselho de Administração e a Repartição Internacional do Trabalho.

A Conferência ou Assembléia Geral tem por atribuição elaborar os textos destinados a formar, em certa medida, o Direito Internacional do Trabalho. Cada Estado, membro da OIT, é representado na "Conferência" por dois elementos. Um elemento governamental (dois membros) e outro profissional, este compreendendo um delegado-empregador e um delegado-empregado. Ao todo quatro delegados que são designados pelo Governo de cada um dos Estados-membros. Este sistema de composição visa a realizar o equilíbrio entre os interesses gerais representados pelos dois delegados governamentais e os interesses profissionais, sob seus dois aspectos: empregador e empregado.

A escolha dos delegados profissionais, segundo a Constituição da OIT, é feita mediante designação do governo de cada país, de acordo, porém, com as organizações profissionais mais representativas. O procedimento seguido na "Conferência" aproxima esta instituição mais das assembleias legislativas do que das conferências diplomáticas. Com efeito, os delegados de cada Estado votam individualmente segundo suas convicções pessoais, ao contrário das conferências diplomáticas, em que seus membros se põem de acordo sobre um voto único. Além disso, e também em sentido contrário àquelas, as decisões não exigem unanimidade, mas a maioria de dois terços⁽¹⁰⁾.

A Conferência da Organização Internacional do Trabalho reúne-se periodicamente, votando decisões que podem obrigar os Estados-membros. Essas deliberações revestem-se da forma de convenções internacionais. Diferem, portanto, dos tratados internacionais porque, ao contrário destes, não resultam de entendimentos diretos entre os países interessados, mas sim de discussões ocorridas nos quadros da OIT, em cujo seio é processada a sua elaboração e posterior aprovação de caráter oficial⁽¹¹⁾.

O Conselho de Administração é o órgão diretivo da OIT, verdadeiro ministério integrado pelos delegados representantes dos governos, das entidades de empregados e de empregadores, de cada país-membro. Geralmente, reúne-se quatro vezes ao ano. Renovam-se, a cada três anos, os quadros do Conselho de Administração. Sua principal função consiste em orientar e fiscalizar a atividade da Repartição, fixar a ordem do dia para as reuniões da Conferência e observar o processo de ratificação e fiscalizar gastos da OIT⁽¹²⁾.

Segundo Sússekind, este Conselho tem por finalidade: 1) a tarefa de documentação e difusão; b) o preparo das "Conferências Internacionais"; c) o controle à aplicação das "Convenções". Está sediado em Genebra. Conta, atualmente, com 56 membros; 28 governamentais, 14 empregadores e 14 empregados. O "Conselho" tem por missão, em suma, dirigir a ação do escritório Internacional do Trabalho⁽¹³⁾.

A Repartição Internacional do Trabalho é a secretaria permanente e centro de documentação, dedicando-se, especialmente, à divulgação de atividades da

(10) GÔMES e GOTTSCHALK, obra citada, pág. 60.

(11) NASCIMENTO, AMAURI MASCARO, obra citada, pág. 62.

(12) Idem, pág. 63.

(13) SÚSSEKIND, ARNALDO, "Direito Internacional do Trabalho", edição LTr, SP, 1983, pág. 137.

OIT e publicação das Convenções e Recomendações, da Revista Internacional do Trabalho e da Série Legislativa, exposição das leis trabalhistas dos países-membros.

A Repartição Internacional do Trabalho organiza um boletim levado pelo Diretor Geral à Conferência Geral. Existe uma Comissão de Aplicação das Convenções, encarregada de estudar essas informações. Uma outra forma de controle é a reclamação, formulada por uma associação profissional, nacional ou internacional, apreciada por um Conselho de Administração com poderes para ouvir o governo interessado e solicitar-lhe informações. Se não houver resposta ou no caso de explicações não satisfatórias, a reclamação é tornada pública por meio do Boletim Oficial da Repartição Internacional do Trabalho. Também os Estados podem apresentar queixas. Em casos especiais, exerce-se a intervenção da Corte Internacional de Justiça. A Conferência poderá eventualmente invocar a atuação do Conselho de Segurança da ONU sobre a recusa de um Estado em executar decisão dessa Corte. Para os assuntos de liberdade sindical, existe uma comissão especial constituída pela OIT, conforme magistério de Mascaro Nascimento⁽¹⁴⁾.

IV – Convenções e Recomendações

Convenções internacionais, como as conceitua Mascaro Nascimento⁽¹⁵⁾, "são normas jurídicas emanadas da Conferência Internacional da OIT destinadas a constituir regras gerais e obrigatórias para os Estados deliberantes que as incluem no seu ordenamento interno, observadas as respectivas prescrições constitucionais".

As decisões tomadas pela Conferência são de duas categorias:

- a) as convenções;
- b) as recomendações.

As primeiras podem adquirir força obrigatória. Só se tornam obrigatórias para um Estado se forem ratificadas. As decisões da Conferência são, assim, quanto à sua eficácia, sujeitas ao mesmo regime dos tratados diplomáticos.

No Brasil, para que um convênio internacional adquira validade e eficácia internas, podendo ser invocado pelos interessados, necessita como ocorre em outros países, previamente, de um ato legislativo próprio.

Assim dispõe a Constituição: "É competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre os tratados celebrados pelo Presidente da República". De modo que, também entre nós, convenções e atos internacionais somente após a ratificação pelo Congresso é que começam a ter validade na ordem interna (art. 49, I, da Constituição).

Uma vez ratificada, a Convenção passa a vigorar como fonte de Direito do Trabalho, embora seja, em sua origem, de produção internacional.

A distinção entre a Recomendação e a Convenção dá lugar a freqüentes controvérsias. Os participantes à Conferência Internacional devem determinar sob qual forma a decisão a ser tomada merece ser adotada. A Recomendação será a forma preferida se a matéria tratada não propicia a ratificação por um número importante de Estados. É, assim, uma primeira etapa na elaboração do Direito Internacional do Trabalho, assinalando a orientação a seguir⁽¹⁶⁾.

(14) NASCIMENTO, AMAURI MASCARO, obra citada, pág. 82.

(15) Idem, pág. 63.

(16) GOMES e GOTTSCHALK, obra citada, pág. 60.

A OIT exerce controle sobre o cumprimento das convenções. Cada ano os Estados devem apresentar um relatório sobre as medidas adotadas no sentido de executar as disposições da convenção.

Os Estados podem denunciar uma convenção adotada. Findo o prazo de duração da vigência, uma convenção pode ser denunciada por um Estado. Se não o fizer, opera-se a sua prorrogação automática, passando a vigorar por tempo indeterminado. A denúncia é o aviso prévio pelo qual o Estado comunica à OIT a sua disposição de não continuar aplicando as normas contidas na convenção.

Revisão é o processo pelo qual a convenção é adaptada à realidade econômica e social. O Regulamento da Conferência Internacional contém regras que permitem aos Estados demandar as modificações totais ou parciais das convenções. Cabe ao Conselho decidir sobre essa pretensão, depois do que a matéria é incluída na ordem do dia da Conferência, à qual compete deliberar.

A interpretação das convenções internacionais, em virtude do art. 37 da Constituição da OIT, é confiada à Corte Internacional de Justiça. Praticamente, no entanto, sendo a convenção uma norma jurídica, os Tribunais de cada Estado poderão interpretá-la no exercício das suas atribuições jurisdicionais normais⁽¹⁷⁾.

Os convênios e as recomendações, emanadas da Organização Internacional do Trabalho, constituem as principais fontes do Direito Internacional do Trabalho. Os primeiros criam obrigações internacionais para os Estados que os ratificam e as segundas se destinam a complementar convenções e orientar a ação dos governos. A reunião sistemática de ambos forma o Código Internacional do Trabalho. Outras fontes importantes de Direito Internacional do Trabalho são: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; a Carta Social Européia, de 1961; a Convenção Européia de Direitos Humanos, de 1950; a Carta Internacional Americana de Garantias Sociais, de 1948, conforme doutrina Magano⁽¹⁸⁾.

V – Conclusão

A Organização Internacional do Trabalho "constitui a consagração da preocupação dos povos para dar, às relações do trabalho, um nível universal adequado", na expressão de Nestor De Buen L.⁽¹⁹⁾.

"Em um futuro próximo, assistiremos, sem dúvida alguma, a tentativas internacionais para unificações de disposições trabalhistas, em termos parecidos ao que se fez no campo do Direito Mercantil". Prossegue afirmando Nestor De Buen que "a existência de zonas internacionais de comércio, como são os mercados comuns europeu e latino-americano constituirão, ainda que se mantenha uma fórmula capitalista, em motor formidável para fixação de regras unitárias"⁽²⁰⁾.

OBRAS CONSULTADAS

1. BUEN, Nestor De, "Derecho del Trabajo", México, Editorial Porrúa S/A. – 1979, tomo I.
2. GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson, Curso de Direito do Trabalho, Forense, 11ª edição, 1990.

(17) NASCIMENTO, AMAURI MASCARO, obra citada, pág. 65.

(18) MAGANO, OCTAVIO BUENO, obra citada, pág. 76.

(19) BUEN, NESTOR DE, "Derecho del Trabajo", México, Editorial Porrúa S/A. – 1979, tomo I, pág. 119.

(20) Idem, págs. 119/120.

3. LA CUEVA, Mário de, "El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo", México, Editorial Porrúa S/A., 1972.
4. MAGANO, Octavio Bueno, "Manual de Direito do Trabalho", São Paulo, LTr Edit., Parte Geral.
5. NASCIMENTO, Amauri Marcaro, "Curso de Direito do Trabalho", Editora Saraiva, 9ª edição, 1991.
6. SCELLE, George, "Précis Élémentaire de Législation Industrielle", Paris, Sirey, 1927.
7. SÜSSEKIND, Arnaldo, "Direito Internacional do Trabalho", São Paulo, LTr Edit., 1987.
8. VÁLTICOS, Nicolas, "Derecho Internacional del Trabajo", Madrid, Tecnos, 1977.

O REAL FUNDAMENTO DO DIREITO DO TRABALHO

José Roberto Reis de Oliveira (*)

Existe, na área do Direito do Trabalho, uma como que despreocupação com o problema dos seus fundamentos. Poucos autores, nas obras destinadas à iniciação ao DT, referem-se aos seus fundamentos. Outros, desavisadamente, preferem narrar a proto-história do DT, assinalando os momentos marcantes da sua evolução, com isso pretendendo estar discutindo a temática.

Evidentemente este não é o nosso posicionamento, porque sempre entendemos que o homem, desde os tempos primitivos, embora desconhecendo o sentido da lei, como estrutura lógica, sempre teve preocupação constante com seu fundamento.

Por isso mesmo, à época da concepção do Direito Natural, por entender que as leis representavam a vontade divina, o homem curvava-se obediente, sem maiores indagações, convicto de que era a vontade dos deuses o fundamento do Direito!

Já na Grécia clássica, os filósofos helênicos transmudavam o fundamento para o próprio homem, na sua factível condição de ser humano. Nos seus "Diálogos", Platão afirmava que, para uns, a vontade dos mais fortes era o fundamento do direito; outros entendiam que o fundamento estava na vontade dos mais astuciosos; em oposição, outros consideravam-no o resultado da aliança dos mais fracos, para prevenirem-se contra os abusos da força ou da astúcia. Ainda outros mais, consideram-no sob o ponto de vista das conveniências coletivas, do ajuste de interesses da sociedade, havendo, mais, quem considere, como fundamento, a paz e a felicidade geral!

A verdade é que, de uma forma ou de outra, o fundamento está no homem, na sua contingência humana, plena de virtudes e defeitos. Na verdade, segundo Emmanuel Kant, "o homem é sempre um misto de boas ou más tendências, com um pé no céu e outro na terra, capaz de subir a alturas extraordinárias, mas também capaz de descer a abismos insondáveis".

Mas, o que é fundamento?

A indagação filosófica implica no estudo dos valores, enquanto deles vierem a resultar fins, que venham a movimentar relações intersubjetivas. Importa no exame axiológico dos valores da ação humana, do homem enquanto ser, no sentido do dever ser.

Para Miguel Reale, fundamento é "o valor ou o complexo de valores que legitima uma ordem jurídica, dando a razão da sua obrigatoriedade, e dizemos que uma regra tem fundamento quando visa realizar ou tutelar um valor, re-

(*) José Roberto Reis de Oliveira é Juiz do Trabalho - Aposentado e Professor da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

conhecido necessário à coletividade". E arremata, em conclusão: "a regra jurídica deve procurar realizar ou amparar um valor, ou impedir a ocorrência de um desvalor".

Ora, segundo Kant, o direito é tridimensional, importante no conhecimento e exame de três elementos: – fato, valor e norma.

Por isso, toda regra jurídica deve ter sempre três requisitos de validade:

a) uma **validade social**, que corresponde ao querer coletivo, que chamamos **EFICÁCIA**;

b) uma **validade formal**, que corresponde à edição da lei pelo poder competente, observados os trâmites de elaboração, que chamamos **VIGÊNCIA**;

c) uma **validade ética**, de ordem axiológica, que chamamos **FUNDAMENTO**.

O **fundamento** é aquilo que dá sentido ético, aquilo que atribui valor à norma jurídica. É a razão de ser da norma, ou sua "ratio juris".

Rudolf Von Ihering, numa impressionante síntese, assim considerou a razão de ser do Direito: Todo o direito que existe no mundo foi alcançado através da luta; seus postulados mais importantes tiveram de ser conquistados num combate entre as coortes dos opositores; todo e qualquer direito, seja o direito dum povo, seja o direito do indivíduo, só se afirma numa disposição ininterrupta para a luta. O direito não é uma simples idéia, é uma força viva. Por isso, a Justiça sustém numa das mãos a balança com que pesa o direito, enquanto na outra segura a espada por meio da qual o defende. A espada, sem a balança é a força bruta; a balança sem a espada, a impotência do direito" (A luta pelo Direito).

Ora, a evolução histórica do Direito do Trabalho, a partir da Revolução Industrial, foi concretizada numa incessante luta pela **liberdade do trabalho**, como meio de dignificar o ser humano. Porém, a palavra "liberdade" haverá de ser compreendida e meditada, para que não seja interpretada como ato liberticida!

Para entender o seu alcance, valemo-nos de um manifesto de homens livres: "Liberdade é, para nós, a musa de quase todos os homens, de quase todos os indivíduos. De quase todos, porque, controlados de uma forma ou de outra por técnicas ou pela violação de suas vontades, há indivíduos que se despersonalizam de tal maneira, que já não podem sequer entender o que é liberdade.

Liberdade é expressão que se prende ao conceito de ação, de atuação. E ação é ato volitivo, com íntima e indestrutível relação com a vontade. Não é livre o homem que não tem vontade!

Ser livre é ter vontade própria e buscar condições para satisfazê-la. Ser livre é ter consciência de seus apetites e, mediante arte própria, supri-los ou remediá-los. Ser livre é ter sonhos e, confrontando-os com a realidade, saber até onde se pode sonhar e até onde se pode caminhar. Ser livre é ter condições de respirar, a longos haustos, o ar puro à beira de um penhasco, tendo a consciência de que um passo em falso, com o abuso da liberdade, levará à inexorável morte. Ser livre é ter consciência de sua liberdade e, por amor a ela, saber respeitar a dos outros. Ser livre é poder escalar os montes à procura das nuvens, tendo porém a consciência de que se está a pisar solo escorregadio e pedregoso. Ser livre é poder caminhar olhando para o alto, com certeza de que os pés estão na terra".

Liberdade, é, pois, uma sensação humana, própria dos que têm vontade, dos que têm consciência dos seus direitos e deveres.

Quem assim age, tem plena consciência da responsabilidade de seus atos. A liberdade, pois, caminha com a responsabilidade, porque, irrecusavelmente, liberdade é um atributo de quem é responsável.

Transpostas estas considerações para o Direito do Trabalho, só poderemos concluir que o seu fundamento real, a sua "ratio juris", é a liberdade com responsabilidade!

Só isto justifica a imposição de normas imperativas de ordem pública, limitando a vontade das partes, ou suprimindo, em grande parte, a vontade dos trabalhadores, para assegurar a verdadeira liberdade social e a dignidade da condição de trabalho.

Conforta-nos, sobretudo, tal afirmação, quando ouvimos, do Santo Padre o Papa João Paulo II, na sua fala aos brasileiros, no início deste ano litúrgico de 1991, que "o verdadeiro e único fundamento do direito do trabalho é a liberdade com responsabilidade".

O SISTEMA DA PERSUASÃO RACIONAL E O MAGISTRADO

Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira Gulla (*)

Consagrado no direito brasileiro que dispõe no art. 131 do CPC vigente:

"O Juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe forneceram o convencimento".

O princípio em questão hodiernamente adotado, concede ao intérprete grande amplitude conceitual, o que é melhor, liberdade de decidir (evidentemente dentro dos limites dos fundamentos).

Com efeito, esta liberdade que tem o Juiz moderno que aprecia a prova conforme seu próprio convencimento, constitui-se em um avanço saudável de nossa legislação, porquanto não restringe o Magistrado as regras impositivas de nenhum diploma legal.

Deve apenas circunstanciar os fatos e mencionar os motivos pelos quais optou por esta ou aquela conclusão fática; não há sequer obrigatoriedade de lançar os fundamentos legais que ensejaram a decisão. Não deve se arvorar o Juiz entretanto, em alçar "vãos livres", além do que foi estabelecido em Lei, ou indo contra esta. O que se quer dizer e deixar claro, é a desnecessidade de que a sentença se refira expressamente a dispositivos legais pertinentes à matéria que contempla.

A nossa valoração de prova, que poderia ser apreciada por outros sistemas (prova legal, ou *secundum conscientiam*) constitui-se em verdadeiro primor para o Magistrado do Trabalho, de vez que outros ordenamentos processuais acolhem o sistema de prova legal, que fixa e tolhe a liberdade do Magistrado, restringindo-a e restringindo-o. O outro tem o pecado de poder levar a situações arbitrárias, deixando-o à mercê de sua própria consciência, concedendo integral liberdade de avaliação; perigoso sistema que pode levar a devaneios e a arbitrariedades, pela falibilidade que contém, e pela própria vulnerabilidade de todo o ser humano, a que não escapa o Magistrado.

Temos assim que o acerto não poderá ser maior e o meio-termo sensato é a liberdade em que o Juiz forma livremente seu convencimento, todavia dentro de critérios racionais que devem ser indicados na motivação da sua decisão. Isso gera tranquilidade ao jurisdicionado e também ao Magistrado que conhece de seus limites dentro do contexto social, não o deixando totalmente à mercê, de seus próprios valores e até de variações psicológicas de humor...

Mister é ainda não olvidar que o Processo Penal também tem a mesma diretriz quando no seu artigo 157 CPP, o legislador dispõe:

(*) Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira Gulla é Juíza Presidente da JCM de Guaratinguetá.

"O Juiz fornecerá sua convicção pela livre apreciação de prova".

Saudável orientação que deveria ser adotada em todos os sistemas jurídicos modernos, democrática versão e sensata mensagem legal, que revestida do melhor bom senso, que deve ser o norteador de toda a valoração da prova, capítulo de tão difícil aplicação, suscetível de tantas e várias interpretações.

É o final deste, que não pretendeu inovar na matéria mas apenas e parodiando – "apreciar livremente o tema".

O FGTS DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Manuel Soares Ferreira Carradita (*)

Com a promulgação da nova Constituição da República, algumas Prefeituras e outros órgãos públicos simplesmente pararam de recolher o FGTS de seus empregados sob a alegação de que estão isentos desse ônus por força do artigo 3º, parágrafo segundo, da atual Lei Magna.

Porém, *data venia*, esse comportamento resulta de interpretação equivocada do texto constitucional.

Diz o citado artigo em seu caput que

"A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas".

Por sua vez, a Lei 5.107, de 13.09.66, dizia em seu artigo segundo:

"Para os fins previstos nesta lei, todas as empresas sujeitas à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) ficam obrigadas a depositar, até o dia 30 (trinta) de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a 8% (oito por cento) da remuneração paga no mês anterior, a cada empregado, optante ou não, excluídas as parcelas não mencionadas nos artigos 457 e 458 da CLT".

Atualmente, a Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990 que revogou a Lei n. 7.839, de 12 de outubro de 1989 e dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), estabelece em seu artigo 15 o seguinte:

"Para os fins previstos nesta Lei todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o dia sete de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a oito por cento da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas na remuneração as parcelas de que tratam os arts. 457 e 458 da CLT e a Gratificação de Natal a que se refere a Lei 4.090, de 13 de julho de 1962, com as modificações da Lei 4.749, de 12 de agosto de 1965".

E em seguida no parágrafo primeiro:

"Entende-se por empregador a pessoa física ou a pessoa jurídica de direito privado ou direito público, da administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes, da União, dos Estados, do

(*) Manuel Soares Ferreira Carradita é Juiz Presidente da JCCJ de Tupã

Distrito Federal e dos Municípios, que admitir trabalhadores a seu serviço, bem assim aquele que, regido por legislação especial, encontrar-se nessa condição ou figurar como fornecedor ou tomador de mão-de-obra, independente da responsabilidade solidária e/ou subsidiária a que eventualmente venha a obrigar-se".

Também o Regulamento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS publicado pelo Decreto n. 99.684, de 8 de novembro de 1990 diz em seu artigo segundo:

"Para os efeitos deste Regulamento considera-se:

I – empregador, a pessoa natural ou jurídica de direito, público ou privado, da Administração Pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que admitir trabalhadores a seu serviço, bem assim aquele que, regido por legislação especial, encontrar-se nessa condição ou figurar como fornecedor ou tomador de mão-de-obra;

II – trabalhador, a pessoa natural que prestar serviços a empregador, excluídos os eventuais, os autônomos e os servidores públicos civis e militares sujeitos a regime jurídico próprio".

Embora a Lei 5.107/66 falasse em "empresas sujeitas à Consolidação das Leis do Trabalho", a doutrina e a jurisprudência sempre foram unânimes em entender que sua aplicação direta, indireta, autárquica e fundacional dos três Poderes da República, abrangendo a União, os Estados e os Municípios. Porém, se alguma dúvida conceitual poderia, em tese, existir na vigência da lei anterior, ela foi definitivamente afastada pela lei atual, que é expressa a respeito, incluindo em seu comando todos os empregadores, pessoas físicas e jurídicas de direito público ou privado.

Ora, a Lei n. 8.036/90 e o Decreto n. 99.684/90, ambos foram promulgados em plena vigência da atual Constituição, o que quer dizer que o legislador, em sua elaboração, levou em conta o dispositivo constante do art. 39 da Lei Maior.

Portanto, considerando os dispositivos legais e constitucionais, conclui-se que, em relação aos servidores públicos da administração direta, das autarquias e das fundações públicas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário da União, dos Estados e dos Municípios contratados pela CLT, continuam sendo devidos os depósitos de FGTS até sua efetiva inclusão em regime jurídico único, nos termos do art. 39, caput, da Constituição Federal. Somente quando incluídos naquele regime, nos termos do parágrafo segundo do mesmo artigo, deixarão de fazer jus ao FGTS, sendo-lhes devidas as verbas expressamente ali mencionadas, ou sejam: a) salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado; b) irreduzibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; c) garantia de salário nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; d) décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; e) remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; f) salário-família para os seus dependentes; g) duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, facultada a compensação de horários e redução de jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; h) repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; i) remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% à do normal; j) gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, 1/3 a mais do que o salário normal; k) licença à gestante, sem prejuízo do

emprego e do salário, com duração de 120 dias; l) licença-paternidade nos termos fixados em lei; n) redução dos riscos inerentes ao trabalho; o) adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas na forma da lei; e p) proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

LIBERAÇÃO DE FGTS ATRAVÉS DE ALVARÁ

Ronald Soares (*)

Há, em curso, na Justiça, mais uma avalanche de processos envolvendo o FGTS. Trata-se, agora, do problema resultante da mudança de regime que motivou imediata procura, por parte dos servidores metamorfoseados, de uma rápida liberação dos depósitos do FGTS.

Alguns profissionais do Direito, então, arquitetaram uma petição dirigida aos Juízes do Trabalho, federais ou da própria Justiça Estadual, solicitando a liberação dos depósitos por meio de alvará.

Qual o fundamento de tal pedido?

Evidentemente, a mudança de regime. Os servidores requerentes perdem, em virtude do regime jurídico único, a condição de empregados públicos e passam a ser estatutários. Então, no raciocínio da maioria, rompeu-se o liame empregatício.

Teria, realmente, acontecido tal rutura?

Creio, particularmente, que tal não ocorreu.

A relação de trabalho sofreu uma modificação na sua natureza, porém, o relacionamento persiste. O empregado não está na rua, não há desemprego, inexistente a necessidade premente de sacar o fundo que, inclusive, tem uma destinação social inegável.

No que pertine, especificamente, à Justiça do Trabalho, dada a ausência de dissídio, existe uma flagrante impossibilidade de concessão do alvará pretendido, já que exorbita de competência da Justiça especializada, segundo estabelece o art. 114 da Constituição Federal.

A matéria é polêmica e, há muito tempo, suscita debates dos estudiosos: uns, enxergando meridianamente a competência irrecusável da Justiça do Trabalho, outros, ao contrário, vendo com a mesma nitidez a incompetência do Judiciário Trabalhista.

Ao firmar o alvará, o Magistrado trabalhista tem que tomar consciência de que o aspecto social buscado pelo indivíduo entra em choque com a desti-

(*) Ronald Soares, é Juiz do Trabalho e Vice-Presidente do TRT da 7ª Região.

nação social do próprio Fundo de Garantia, cuja arrecadação serve de arrimo para inúmeros programas de moradias populares, saneamento básico e infraestrutura urbana e que, na realidade, refoge à competência da Justiça do Trabalho liberação do FGTS, na ausência de litígio.

Portanto, o saque indiscriminado desencadeia problemas no sistema, fazendo periclitar seu funcionamento, inviabilizando-o.

Mas, os advogados têm sempre novas fórmulas para requerer: após a tentativa de liberação via alvará que, conforme se demonstrou acima, não tem muita consistência, idealizaram uma reclamação trabalhista que não se complementou por inteiro à falta da liberação do FGTS. Entretanto, uma vez mais, a tese peca fundamentalmente: Onde as outras parcelas indenizatórias? Por que razão é pedida, apenas a liberação do FGTS?

Todavia, como ficou dito alhures, o assunto é novo e vai absorver os estudos durante algum tempo. Idéias contraditórias surgem no campo das disputas forenses. É preciso esperar que a poeira assente.

Lentamente, no trabalho formidável da cristalização jurisprudencial, as cortes trabalhistas procurarão interpretar os dispositivos legais com a seriedade e o apurmo indispensáveis.

Seguramente, isto pode ser antecipado, deverá prevalecer o entendimento de que à Justiça do Trabalho falece competência para, por meio de alvará, fazer a liberação dos depósitos do FGTS.

VÍNCULO EMPREGATÍCIO: CONDIÇÕES DA AÇÃO OU QUESTÃO PREJUDICIAL

Francisco Antonio de Oliveira (*)

1. **Introdução** – Do ponto de vista doutrinário, os entendimentos se bifurcam em vertentes que buscam fundamentos diversos. Primeira, a daqueles que entendem que a negativa de vínculo empregatício é matéria que diz respeito às condições da ação. E essa vertente, por coerência de raciocínio, ausentes os requisitos do art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, entende que o processo deverá ser extinto sem julgamento do mérito. A segunda vertente propugna pelo entendimento de que o juiz, ao adentrar na análise crítica dos elementos dos autos em consonância com os parâmetros probatórios e ao declarar a inexistência de vínculo empregatício, estaria, desenganadamente, adentrando ao próprio mérito. Passaremos à análise da matéria em consonância com as condições da ação, da questão prejudicial e do próprio mérito.

2. **Das condições da ação** – Os defensores da primeira vertente – negativa do vínculo conduz à extinção do processo – colocam no âmbito das condições da ação o fato de o postulante não ser empregado. Ter-se-ia, pois, para chegar-se à análise do mérito, de superar-se a fase da existência ou não das condições da ação. A premissa não nos parece correta e é justamente isso que tentaremos demonstrar. Três são as condições da ação: interesse para agir ou interesse processual; legitimidade ou qualidade para agir e possibilidade jurídica do pedido. Faremos breve enfoque sobre as condições da ação.

2.1. **Do interesse para agir** – fixa residência quando o titular do interesse substancial tem obstado o seu direito pela inadimplência do devedor, v.g., nota promissória vencida e não paga. O interesse de agir está intimamente ligado à necessidade que tem a parte de convocar o Poder Judiciário para exercer o poder jurisdicional. Na síntese de Salvatore Satta ("Direito Processual Civil", Ed. Borsoi, Rio, 1973) é uma exigência da "necessidade da proteção jurisdicional, necessidade da tutela jurídica pelo Estado-Juiz". Sem que haja inadimplência, sem que haja resistência no cumprimento da obrigação, não haverá lide e, conseqüentemente, não existirá qualquer interesse em convocar o Poder Judiciário, posto que ausente o interesse processual. Tem-se, ainda, o interesse processual, quando a lei exige expressamente a intervenção do Poder Judiciário. É o que ocorre, v.g., nas ações constitutivas de nulidade de casamento, que somente por via de ação poderá ser decretada. Entre o interesse processual e o interesse substancial deve existir uma relação de adequação. Assim, inútil a tutela jurisdicional se não for apta a ação para corrigir a lesão, v.g., alguém que é proprietário e se vê esbulhado em sua posse não terá legítimo interesse processual

(*) Francisco Antonio de Oliveira, é Juiz Presidente da 5ª JCI de São Paulo.

para pedir ao Poder Judiciário a declaração de que é proprietário. Ora quanto à propriedade não há dúvida, devendo o Judiciário dizer apenas se houve ou não esbulho. A ação interposta deve mostrar-se adequada para conseguir o fim perseguido.

2.2. Da possibilidade jurídica do pedido – Tem sede na admissibilidade do pedido com respaldo em norma jurídica (legal, analógica, consuetudinária etc.). Pressupõe a formulação de pretensão que exista na ordem jurídica, como possível. Duas teorias procuram explicar essa condição da ação. Segundo Vicente Greco Filho ("Direito Processual Civil Brasileiro", Ed. Saraiva, 1984, p. 76, 1º vol.) "as teorias sobre o direito da ação podem ser reunidas em dois grupos: as teorias contratistas da ação e as teorias da ação como direito abstrato. As primeiras subordinam o direito de ação à existência de um direito para o autor, como, por exemplo, a posição de Chiovenda, para a qual a existência da ação depende de uma vontade da lei em favor do autor. As teorias da ação como direito abstrato procuram desvincular ao máximo o direito de ação do direito subjetivo invocado e da análise de o direito material ser favorável, ou não, bastando, para a existência da ação, que o pedido seja juridicamente possível, independentemente do prognóstico de sua procedência". Alerta o autor que "o problema não é meramente de discussão teórica ou acadêmica, porque se a decisão for de mérito, ocorrerá em relação a ela o fenômeno da coisa julgada material (arts. 467 e s., combinados com o art. 485 do CPC), que impedirá, posteriormente, a repetição da demanda; se a decisão for apenas relativa à condição da ação, admitir-se-á a renovação da demanda". Nesta última hipótese há o trânsito em julgado que a doutrina (Moacyr Amaral Santos, Frederico Marques) denomina de preclusão *pro iudicato*, permitindo a renovação da demanda em busca da prestação jurisdicional (art. 268 do CPC). Por óbvio, quando se fala que o autor poderá intentar nova ação, di-lo com vistas à apreciação do mérito, cuja prestação jurisdicional não restou prestada com a extinção.

Assim, não poderá intentar ação idêntica a parte que foi considerada parte ilegítima, através de sentença terminativa, de cuja decisão não recorreu ou, em tendo recorrido, restou confirmada pelo Tribunal Superior. Como bem preleciona Moacyr Amaral Santos ("Primeiras Linhas", 3º vol., p. 157) "as sentenças terminativas, transitadas em julgado não produzem coisa julgada, mas apenas preclusão *pro iudicato*". Vale dizer, repetida a ação com a mesma falha (a parte considerada ilegítima na ação anterior propõe novamente a ação) oponível pela parte adversa será a exceção *pro iudicato*. Não se olvide que a verificação da existência dos pressupostos processuais e das condições da ação é dever de ofício do julgador, mesmo em sendo revel a parte contrária. E enquanto a coisa julgada (formal e material) desafia a ação rescisória, a preclusão *pro iudicato*, posto que proveniente de sentença terminativa (arts. 162 e 486 do CPC), não desafia, sequer, ação anulatória.

2.3. Da qualidade de agir – Refere-se a ambas as partes (*legitimatatio ad causam* ativa e passiva). Está legitimado a demandar aquele que for titular de pretensão de direito material (interesse substancial) contra aquele que também esteja colocado na mesma relação desse direito material, em conotação de autor e réu. Alerta Greco (ob. cit., vol. 1º, p. 69) que se não pode demandar por tudo e contra todos. Legitimado para propor ação de despejo é o locador. Do mesmo modo ter-se-ia no pólo passivo o locatário. E em seguindo esse mesmo raciocínio, dizemos nós que legitimado para propor a ação em busca da declaração de vínculo empregatício é o trabalhador que prestou o trabalho com personalidade (*legitimatatio ad causam* ativa) e legitimado (*legitimatatio ad causam* passiva) para figurar no pólo passivo é a empresa que usufruiu da força de trabalho.

A legitimidade, segundo Buzaid, "é a pertinência subjetiva da ação". Por consequência, tem qualidade para propor ação aquele que está colocado no pólo ativo da relação material, não se inferindo daí, e só por isso, da veracidade de suas declarações. A ação poderá ser julgada procedente; também poderá ser julgada improcedente e nem por isso concluir-se-á pela ausência de qualidade para agir, o que levaria, a rigor processual, à extinção do processo sem julgamento do mérito. A legitimação de que cuida a norma processual é para postular em juízo, tão-somente. Se é empregado ou não, é matéria que refoge ao estrito campo das condições da ação. Só não terá legitimidade aquele que não estiver titularizado na relação de direito material, v.g., "A" presta serviços a determinada empresa e "B", seu irmão, pleiteia vínculo. Neste caso, a ausência de legitimidade é flagrante. Milton Moreira de Oliveira, em alentado artigo sobre o assunto ("Inexistência da relação de emprego: carência ou improcedência da ação", in Rev. LTr 46-8/923) alerta com argúcia que "a legitimação para a causa deve necessariamente ser examinada sob a perspectiva da relação processual. Sendo o processo um instrumento de realização do direito material, não se pode fazer abstração total do conflito de interesses disciplinado pelo direito substantivo, na busca da existência da legitimação para a causa. Tenha-se em vista, porém – e este ponto é fundamental para a análise – que não se "cuida da legitimação para adquirir ou transferir direitos, mas de legitimação para postular a tutela de determinado interesse material (de conteúdo previsto e protegido pelo direito material)".

3. Do vínculo empregatício como condição da ação – Os que enfocam a matéria a esta ótica, fazem a seguinte pergunta: o autor tem qualidade para propor a ação, isto é, tem legitimidade para figurar no pólo ativo da demanda? E em concluindo, após a instrução do processo, pela ausência dos requisitos do art. 3º da Consolidação, propugnam pela extinção do processo sem julgamento do mérito, por faltar ao demandante uma das condições da ação (qualidade para agir). Todavia, vênha concessa da corrente majoritária que trilha esse entendimento e na qual nos incluíamos (*parva licet componere magnis*), não nos parece que a discussão da existência ou não de vínculo se inclua nos estreitos contornos de uma das condições da ação. O fato de ter ou não o direito de ser considerado empregado não se confunde com o fato de ter legitimidade para pedir a declaração. A primeira hipótese, reunir ou não os requisitos para ser declarado empregado, tem sede em direito material (art. 3º, CLT) e a segunda hipótese, legitimação para pleitear o vínculo reside no único fato de haver participado na relação empresa/trabalhador (direito processual). Não vislumbramos como possa essa situação ser atrelada à condição da ação. Temos para nós que a matéria está contida em questão prejudicial. E sob esta ótica passaremos a analisar o assunto.

4. Da questão prejudicial – É matéria que deve ser obrigatoriamente superada antes que se adentre à análise do mérito da causa. Doutrina Celso Agrícola Barbi, com supedâneo em Chiovenda ("Comentários", Ed. Forense, vol. I, p. 105), que pode ser objeto de ação declaratória incidente "a existência de uma relação jurídica que seja condição da existência de outra". Conclui que "princípio geral que se pode estabelecer é que cabe a declaração incidental sempre que a questão prejudicial puder ser objeto de ação declaratória autônoma". Preleciona Moacyr Amaral Santos ("Comentários", Ed. Forense, vol. IV, p. 478) que "num sentido restrito, mais técnico, questões prejudiciais são pontos de direito material controvertidos, que, além de serem antecedentes lógicos da sentença, poderiam constituir objeto de uma ação autônoma". Já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo (RJTJSP-82/246) que "A ação declaratória incidental admi-

tida pelo Código pressupõe existência de questão prejudicial capaz de modificar a sentença de mérito da ação em que é proposta, com um interesse de agir específico, diferente do interesse de agir da ação principal".

Na Justiça do Trabalho, o assunto mereceu a atenção do saudoso Ministro do Tribunal Superior do Trabalho e insigne jurista Coqueijo Costa ("Direito Judiciário do Trabalho", Ed. Forense, Rio, 1978, pp. 82, 83, 84): "A relação de emprego, quando contestada, é resolvida na sentença final trabalhista como questão prejudicial. Sendo a Justiça do Trabalho a que é constitucionalmente competente para dizer sobre a existência dessa relação de trabalho subordinado, ela não a decidirá incidenter tantum, porque é no dispositivo ou conclusão da sentença que se declara existente, ou não, esse liame empregatício, gerador das pretensões legais do empregado. É o caso do julgamento implícito: quando o juiz trabalhista julga procedente a indenização, implicitamente deu pela existência da relação de emprego, que não poderá ser questionada noutro processo, entre as mesmas partes (coisa julgada material). O julgamento implícito que a lei, a jurisprudência e os autores não proibem (Aubry et Rau Lacombière, Laurent, Demolombe e Garçonnet), é consequência necessária da disposição contida no julgamento (Lacoste, "La chose jugée", n. 143 e págs. 83 e 84), citado em voto do Ministro Orozimbo Nonato, no RE 7.402, STF, DJ de 6.6.49, apenso ao n. 231, pág. 3.216". E prossegue o autor: "A brilhante processualista Ada Pellegrini Grinover entende pertinente a declaratória incidental na Justiça do Trabalho, pois não haveria incompatibilidade com os limites da coisa julgada trabalhista, nem com o rito procedimental, nem com a decantada celeridade. Segundo a melhor doutrina, o momento do julgamento das duas ações, no mesmo processo, é simultâneo – argúi Grinover – e no processo trabalhista, tão cioso da celeridade, agasalha-se a reconvenção, que é decidida conjuntamente com a ação. (...) Mas os exemplos que a famosa processualista ítalo-paulista dá não encorajam à admissão da declaratória incidental na Justiça do Trabalho, por inútil em última análise. A questão da relação de emprego, como explicado, mesmo não suscitado em declaratória incidental, faz coisa julgada na Justiça do Trabalho, dada a sua competência constitucional específica. (...) na Justiça do Trabalho a falta de legitimatio ativa ou passiva (dado ao autor não corresponder a posição de empregado e ao réu o empregador) resolve a lide de mérito, porque outra Justiça não terá competência constitucional para decidir em contrário ao ponto nuclear da relação de emprego". Discordamos, todavia, do Eminentíssimo processualista quando afirma que "a relação de emprego pode ser objeto de pura ação declaratória, cuja sentença, entretanto, não fará coisa julgada, valendo, apenas, com preceito". Em artigo que publicamos na "Revista de Direito do Trabalho", Ed. RT, n. 55, dissemos que "indiscutivelmente, a sentença declaratória faz coisa julgada". Essa a doutrina universal, única e possível no entender de Celso Agrícola Barbi. Entendimento em contrário importaria em retirar de todo o valor do instituto e reduziria esse tipo de sentença a simples parecer. No entanto, o juízo declaratório era tão pouco conhecido no Brasil algumas décadas passadas, que Guilherme Estellita, em seu projeto (Projeto Estellita, arts. 20 e 22, parágrafo único), achou conveniente declarar isto com todas as letras, o mesmo fazendo o projeto Costa Manso, em seu art. 5º e a Lei Mineira em seu art. 3º. Em matéria fiscal, veja-se acórdão do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, afirmando a coisa julgada, na RT 260/557. Como consequência desse princípio, a declaratória positiva que reconhecer ou negar a existência de uma relação jurídica, afirmando ou negando a relação deduzida pelo autor, terá também o mesmo efeito entre as partes. É bem de ver que os limites da coisa julgada nessas sentenças são os mes-

mo admitidos para as de outra natureza, afirmação essa não discutida pelos doutos (Celso Agrícola Barbi, "Ação Declaratória", Ed. Sug. Literárias, 1968). Nesse sentido, doutrina Frederico Marques ("Instituições", vol. II, Ed. Forense, Rio, 1971, pp. 51 e 52): "A finalidade da ação declaratória é alcançar sempre uma certeza jurídica". E arremata Alfredo Buzaid ("Ação Declaratória", 1943, p. 153) que essa certeza obtém "através de uma sentença revestida de autoridade de coisa julgada".

4.1. **Da questão prejudicial e a declaratória incidente – Dispensa de formalidades** – De conformidade com preceitos processuais que regem a espécie no processo comum (arts. 5º, 325 e 470), a matéria discutida em ação declaratória incidente somente fará coisa julgada se a parte assim o requerer. Surge aqui a primeira dificuldade. No processo trabalhista, onde não existe a obrigatoriedade da presença do advogado, não se poderá exigir que leigos penetrem em tais particularidades. E ainda para aqueles que entendam da imprescindibilidade da presença do advogado, o assunto não traria qualquer controvérsia, pelo simples fato de que a declaração de vínculo é matéria constitucional em sua competência e somente a Justiça do Trabalho está apta a dizê-la. Assim, entendemos com Coqueijo Costa, que o juiz, ao decidir da matéria, fá-lo-á com força de coisa julgada (formal e material), adentrando ao *meritum causae*. E não se veja nessa afirmação um desprestígio ao princípio dispositivo, mas a harmonização das regras do processo comum com a realidade do processo trabalhista. Todavia, parece-nos de bom alvitre, por questão mesma de exigência formal, que o juiz de primeira instância ou segunda instância, ao decidir sobre a existência ou inexistência de vínculo, conste expressamente no *decisum* essa parte declaratória (questão prejudicial).

5. **Das conseqüências jurídicas** – a) a extinção do processo sem julgamento do mérito transita em julgado, mas não faz coisa julgada formal e material. Tem-se o que a doutrina chama de preclusão *pro iudicato* (Amaral Santos e Frederico Marques); b) da improcedência, já que presente o julgamento do mérito, faz coisa julgada formal e material, dando à sentença a qualidade de inimpugnabilidade dentro do processo (formal) e projetando os seus efeitos extra processo (material). Ganha, pois, a qualidade de imutabilidade, com autoridade além do processo na qual foi proferida.

Na primeira hipótese, não seria admitida a ação rescisória, vez que pressuposto substancial é a coisa julgada material.

Todavia, a matéria discutida – existência de vínculo – estaria proibida de nova discussão, já que se a parte propuser ação idêntica (suponha-se que o autor considerado parte ilegítima em processo extinto proponha outra ação com a mesma finalidade), a parte adversa poderá apresentar por ocasião de sua resposta (art. 297 do CPC) a exceção "*pro iudicato*" a qual será fatalmente acolhida, pois que "nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas" (art. 471 do CPC).

Suponha-se, olhando por outro ângulo, que no julgamento em que não fora reconhecido o vínculo empregatício cometa-se erro material e a decisão venha a ser confirmada pela instância *ad quem*. O vício (erro material) está previsto no art. 485 do Código de Processo Civil, mas não desafiará ação rescisória porque não há coisa julgada. E por ser decisão terminativa isto é, por constituir sentença nos termos do art. 162 do Código de Processo Civil também não propiciará ação anulatória (art. 486 do CPC), modalidade de ação somente admitida para desfazer atos judiciais e não sentenças.

6. Das conclusões

a) a análise concernente ao vínculo não é matéria atrelada à legitimação, bastando a existência da relação trabalhador/empresa;

b) a questão prejudicial poderá ser resolvida através de ação autônoma ou de declaratória incidental. Em ambos os casos decide-se **de meritis** e faz coisa julgada;

c) inaplicáveis ao processo do trabalho as exigências do art. 470 do Código de Processo Civil, em face de peculiaridades próprias.

DO SALÁRIO "IN NATURA"

Júlio Bernardo do Carmo (*)

1. Regulamentação Legal

O salário *in natura* tem regulamentação legal no art. 458 da CLT e respectivos parágrafos, assim redigidos: "Art. 458. Além do pagamento em dinheiro, compreendem-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário, ou outras prestações *in natura* que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas. § 1º Os valores atribuídos às prestações *in natura* deverão ser justos e razoáveis, não podendo exceder, em cada caso, os dos percentuais das parcelas componentes do salário mínimo (arts. 81 e 82, da CLT). § 2º Não serão considerados como salário, para os efeitos previstos neste artigo, os vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos ao empregado e utilizados no local de trabalho, para a prestação dos respectivos serviços".

A enumeração constante do art. 458 da CLT não é taxativa (*numerus clausus*), ao contrário, é meramente exemplificativa, pois outras prestações *in natura* ali não especificadas poderão ser proporcionadas pelo empregador, devendo ser apurado em cada caso concreto, o justo valor da utilidade, por arbitramento judicial.

Além da alimentação, habitação e vestuário, outras prestações *in natura* são contempladas em dispositivos esparsos do Estatuto Consolidado, como o transporte e a higiene que são citados quando da composição do salário mínimo, nestes termos: "o salário mínimo será determinado pela fórmula $SM = a + b + c + d + e$, em que a, b, c, d e e, representam, respectivamente, o valor das despesas diárias com alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte necessários à vida de um trabalhador adulto".

Determinados empregadores proporcionam a seus empregados, geralmente executivos, parte do pagamento do salário sob a forma de um cartão de crédito para compra em lojas comerciais, respeitado um limite de valor prefixado pelas partes. O cartão de crédito preenche na hipótese a finalidade iniludivelmente remuneratória, pois de posse dele, o empregado reitera compras com habitualidade. Sendo sua natureza tipicamente salarial, representa o cartão de crédito uma forma não especialmente prevista na legislação consolidada de salário *in natura*, pelo que, o valor das compras mensais incorpora-se no ganho do empregado para todos os fins legais próprios do salário, compondo sua maior remuneração quando do acerto resilitório.

(*) Júlio Bernardo do Carmo, é Juiz Presidente da 15ª JCM de Belo Horizonte - MG.

José Martins Catharino critica a expressão *in natura*, por não ser correta, salvo quanto ao conteúdo do art. 506, da CLT. Isto porque a remuneração em utilidade, quase sempre, não é efetuada em coisas em estado natural e sim em produtos, coisas especificadas, em serviços ou, ainda, como no caso das gorjetas, em oportunidade de ganho (In "Compêndio de Direito do Trabalho", 1981, pág. 101).

A prática judicante e a consulta reiterada à jurisprudência dos nossos tribunais especializados nos têm proporcionado a constatação de inúmeras outras utilidades não contempladas expressamente na legislação consolidada, mas que, como componentes salariais, dado seu caráter eminentemente econômico, revestem-se da qualidade de autênticas prestações *in natura*, oriundas quer do contrato de trabalho ou do costume. Quando discorrermos sobre as modalidades das prestações *in natura* não especificadas legalmente, enfocaremos, em item distinto, as mais encontradas nas lides trabalhistas.

2. Conceito e Critérios Distintivos

Consiste o salário *in natura* no fornecimento de utilidades pelo empregador ao empregado, geralmente de forma habitual, quer em razão do contrato de trabalho ou do costume, observados os preceitos legais. Antes de se perquirir como se faz na prática a distinção entre utilidade salarial e a não salarial, urge deixar consignado desde já que a Consolidação das Leis do Trabalho, no art. 458, não foi muito feliz ao se referir às prestações *in natura*, uma vez que prescreve serem elas as que "a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado". Com muita propriedade observa Messias Pereira Donato que "... se as prestações resultam do contrato de trabalho, desnecessário se torna a habitualidade. Regem-se desde logo pela cláusula ajustada. Se provém do costume, é de se pressupor sejam de observância habitual, *perene*" (In "Curso de Direito do Trabalho", Saraiva, 1975, pág. 179). Assim, a habitualidade preconizada pelo art. 458, da CLT, parece ter sido enfatizada quando a prestação *in natura*, longe de vir consagrada em cláusula expressa do contrato de trabalho, é fruto da liberalidade patronal, e reiteradamente outorgada através dos tempos, acaba por revestir a natureza de salário, ainda que esta não tenha sido a vontade do dador de trabalho. Se fruto do costume, a expressão é deveras redundante, pois é de sua essência sua observância iterativa e habitual.

Como se faz na prática a distinção entre a utilidade salarial e a não salarial? Catharino, no seu excelente "Tratado Jurídico do Salário", enuncia uma regra bastante singela para a caracterização do salário-utilidade. "Toda vez que ele seja meio necessário e indispensável para determinada prestação de trabalho subordinado, a resposta será negativa; será afirmativa quando a utilidade é fornecida pelo serviço prestado, como típica contraprestação" (op. cit., pág. 171). Para o serviço e pelo serviço, eis a distinção. Feita abstração desta regra singela, os demais critérios preconizados pelos doutrinadores ou encontrados na jurisprudência são distintos, ora enfocando a onerosidade do fornecimento da vantagem pecuniária ao empregado, ora a necessidade individual do trabalhador, sem as quais as utilidades não se revestem de cunho salarial, quando, e.g., concedidas gratuitamente ou fornecidas para se atender às necessidades do serviço aproveitado pela empresa. Outros enfocam a natureza salarial do proveito na habitualidade de sua concessão, ou em sua natureza retributiva decorrente do trinômio onerosidade, comutatividade e sinalagmaticidade, fomentador do contrato de trabalho.

Enfoquemos, *prima facie*, o binômio onerosidade-gratuidade, como pólo conducente ou repelente à caracterização do salário-utilidade. Deve ser perquirido em cada caso concreto se a utilidade foi atribuída pelo empregador ao empregado a título oneroso ou gratuito. Se a concessão é onerosa, a utilidade reveste-se de cunho salarial; se gratuita, não integra o salário e nele não pode ser imputada. A onerosidade significa que a utilidade deve corresponder ao princípio da comutatividade, ou seja, é atribuída em troca do labor ou das situações nas quais o salário é devido. Ora, sendo o contrato de trabalho oneroso, comutativo e sinalagmático, toda e qualquer vantagem oferecida ao empregado o integra e dele é decorrente, até porque, "tecnicamente toda retribuição de trabalho é salário" (Orlando Gomes, "O Salário no Direito Brasileiro", 1987). Em consequência, as parcelas relativas a estas vantagens têm natureza retributiva e, portanto, salarial. A onerosidade é encarada como um substrato do próprio contrato de trabalho, pois nele se acha congenitamente incrustada; e não como uma prestação unilateral a cargo do trabalhador, como se para desfrutar da utilidade tivesse que pagar por ela. Esta última interpretação confunde o conceito buscado de onerosidade, pois mesmo quando uma utilidade é outorgada gratuitamente, sem que por ela o empregado tenha que efetuar pagamentos ao empregador, ela poderá ainda assim ser visualizada como salário. É o caso da habitação fornecida gratuitamente ao empregado rural ou ao urbano (zelador de edifício de apartamentos), que dela se utiliza sem ônus, mas cujo valor é considerado para a composição do pagamento do salário. Como se explica a natureza salarial da utilidade-habitação em epígrafe? Pelo fato de que a mesma foi outorgada ao trabalhador em troca de seu trabalho, e face à comutatividade, onerosidade e sinalagmaticidade inerentes ao pacto laborativo, referida utilidade-habitação o integra e dele é decorrente. A concessão da moradia pelo patrão, *in casu*, é onerosa; não porque o empregado tenha que pagar por ela, até porque dela desfruta sem nada desembolsar, mas sim porque a recebe em troca de seu trabalho, pois feita abstração dele, não a teria. Igual situação não ocorre quando o empregador, v.g., como acessório do contrato de trabalho, dá ao empregado, em comodato (logo, a título gratuito) casa para morar. Nesta hipótese, a concessão da moradia a título gratuito (comodato) não foi efetuada em troca do trabalho, mas apenas para tornar mais cômoda sua realização. Em que pese haja a obrigação patronal de se respeitar o comodato enquanto perdurar a relação de emprego, a habitação marginada não se traduz como salário-utilidade, pelo que é vedado ao patrão descontá-la da remuneração do empregado e a este invocá-la como "plus salarial", com o fito de ver mais polpudas suas verbas resilitórias. A regra é a concessão onerosa (a título retributivo) de toda e qualquer vantagem pecuniária atribuída ao empregado no decurso da relação de emprego, pelo que compete ao empregador o ônus da prova atinente à sua gratuidade (art. 818, da CLT c/c. art. 333, inciso II do CPC). Dita presunção "pro misero" decorre da onerosidade que caracteriza o contrato de trabalho, a qual afasta a conclusão simplista de ser gratuita a concessão da utilidade.

Quanto à necessidade individual, as prestações *in natura* revestem-se de cunho salarial, dado seu conceito primordialmente econômico, quando representam um ganho para o trabalhador, ou seja, quando satisfaçam total ou parcialmente um consumo que, não existissem elas, o trabalhador só teria podido realizar às suas próprias expensas. Cite-se, por oportuna, a lição de Justo Lopes, segundo a qual "toda vantagem atribuída ao trabalhador, sem a qual teria que desembolsar numerário para alcançá-la, consubstanciaria salário-utilidade, implicando em desvantagem para o empregador e, portanto, componente da

característica comutativa do contrato de trabalho" (in TST, ERR-4.155/82 Ac. TP-254/87, de 26.2.87, Relator Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, Rev. LTr 51-11/1.334). Na esteira deste raciocínio, constitui salário-utilidade a alimentação gratuita fornecida pelo patrão ao empregado, devendo seu valor integrar o salário para todos os efeitos legais. Já não se reveste da natureza de salário-utilidade a alimentação fornecida aos marítimos embarcados (etapas), pois longe de atender a uma necessidade individual do trabalhador, consulta antes aos interesses primaciais da empresa, haja vista que sem o fornecimento da alimentação o trabalho não poderia ser prestado. Encaixa-se aqui a exceção do § 2º do art. 458 da CLT, quando não são considerados como salários, para os efeitos previstos neste artigo, os vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos ao empregado e utilizados no local de trabalho, para a prestação dos respectivos serviços. Com proficiência enfatiza Messias Pereira Donato que "o local de trabalho não se confunde com o da sede do estabelecimento ou da empresa. Tanto o balconista, por exemplo, que recebe uniforme ou avental para uso quando em trabalho, como o trabalhador que presta serviços externos e durante os quais usa vestuário fornecido pelo empregador, estão a utilizar-se de instrumentos de trabalho, no local de trabalho. Seu uso decorre, em regra, de exigência do empregador, quer por motivo de boa apresentação dos empregados, quer mesmo para chamar a atenção do público para o nome comercial da empresa, quer para melhor identificação dos que lidam externamente. Outras vezes, resulta exigência do próprio serviço, como no caso de equipamentos (v.g., em caso de trabalho em local insalubre), ou de meios para a execução do contrato (transporte para o local de trabalho)".

Feita abstração do fundamento contratual ou costumeiro, elemento fundamental e constante do salário-utilidade, e já reportado o trinômio onerosidade-comutatividade-sinalagmaticidade de contrato de emprego como "vís atrativa" de sua configuração, resta analisar o requisito da habitualidade.

A prestação *in natura* pode igualmente redundar em salário, desde que, como impõe a legislação consolidada, seja fornecida habitualmente ao empregado, por força do contrato ou do costume (art. 458, da CLT).

Quando há o acordo expresso entre o empregado e o empregador, mediante a inserção de cláusula específica no contrato de emprego, por força da qual estipula-se a obrigação de se pagar o salário-utilidade, em havendo inadiplência patronal, pode o obreiro em ação trabalhista, se revelada insatisfatória a composição amigável, exigir o cumprimento da condição contratual inadimplida, desde o início da relação empregatícia, até porque aqui resulta a habitualidade da própria execução do contrato.

Resultando a utilidade-salário de ajuste tácito oriundo do costume atinente à determinada empresa ou à atividade profissional empreendida, só se comprova o ajuste tácito se, com irreprochável habitude, for a utilidade concedida ao empregado. Como sói acontecer, a dúvida atinente à caracterização do salário-utilidade só aflora quando sua concessão deixou de ser expressamente pactuada no contrato de emprego; e exatamente por inexistir cláusula contratual expressa sua prova resolve-se pela evidência da habitualidade em sua outorga. Provada ser indiscutível a habitualidade do fornecimento da prestação *in natura*, reveste-se a mesma de nítido cunho salarial, assentando-se a obrigação patronal de continuar assegurando sua fruição pelo empregado na condição tacitamente acordada.

Com razão Dorval Lacerda quando, com muita acuidade, enfatiza ser preciso que o empregado considere a utilidade "... como uma resultante de seu trabalho, e, para tanto, somente a habitualidade pode criar tal situação. Não são válidas quaisquer ressalvas do empregador tendentes a não considerar, nessas condições, a habitação e a alimentação como salários, mas proventos atribuídos ao empregado a título gracioso, porque a habitualidade influi de tal modo na situação econômica do trabalhador, que não admite tenham tais proventos um aspecto aleatório e variável que semelhante caráter gracioso lhes daria, submetendo-os, outrossim, "à vontade do empregador" (In O Contrato Individual de Trabalho", 1939, pág. 173).

A habitualidade é requisito integrante do salário-utilidade porque sem ela, quando a obrigação não decorre de cláusula específica da relação de emprego, é bem provável que a prestação tenha por finalidade, não a contraprestação efetiva do labor tomado ao empregado, mas sim a mera satisfação de ímpeto altruístico do empregador, quando, e.g., contribui eventualmente para a alimentação do assalariado ou lhe cede, por ocasião de determinado inverno mais rigoroso, um agasalho para proteger o frio. No exemplo citado, o leite esporadicamente oferecido ou o agasalho eventualmente cedido, sem a expectativa de ganho certo por parte do empregado, não são elementos resultantes de seu trabalho, pelo, que afastada a habitualidade de sua concessão, nem de longe poderiam ser tidos como salário-utilidade.

Por outro lado, quando o empregado paga pela utilidade, o pagamento a descaracteriza como salário. Cite-se os casos mais freqüentes: pagamento pelos empregados das refeições feitas nos restaurantes da empresa; da passagem de ônibus da empresa que os transporta do domicílio até o local de trabalho e vice-versa; do veículo adquirido pelo empregado através de financiamento da empresa, sendo as prestações descontadas no salário do empregado vendedor-viajante. Nesta última hipótese, irrelevante seja o veículo usado indistintamente para o lazer ou para o trabalho, haja vista que o mesmo é adquirido e pago pelo empregado. Como enfatiza Amauri Mascaro Nascimento, "... o pagamento de uma utilidade pelo trabalhador a afasta da esfera salarial tornando-se um negócio jurídico paralelo ao contrato de trabalho, uma vez que nesses casos o empregado não está recebendo o bem como parte do salário, mas adquirindo um bem mediante um pagamento que faz ao empregador" (In "Manual do Salário", In LTr Edit., 2ª edição, pág. 222).

No que tange à cobrança do transporte, quando o local de trabalho não é servido por condução pública regular, sendo de difícil acesso, tal prática tem confundido os tribunais trabalhistas, os quais, não raras vezes, entendem que a cobrança do transporte elide igualmente os supostos fáticos do Enunciado n. 90/TST. A confusão não tem razão de ser. Se o local de trabalho é de difícil acesso, mormente por não provido por condução pública regular, o fornecimento do transporte ao empregado é feito no interesse exclusivo da empresa, pois sem ele não seria possível o recrutamento da mão-de-obra indispensável à consecução dos fins econômicos buscados pelo dador de trabalho. O transporte, só por essa circunstância (atendimento às necessidades econômicas da empresa e não às necessidades individuais do trabalhador), deixa de representar salário-utilidade, sendo irrelevante a cobrança, ainda que simbólica. Nesta hipótese não pode o empregado invocar o valor estimativo do transporte como integrante de sua remuneração, visto inexistir, a rigor, fornecimento de utilidade. Todavia, em que pese não seja salário, o transporte cedido pela empresa, uma vez satisfeitos os pressupostos fáticos do Enunciado n. 90/TST, im-

prime elastério, por ficção, à jornada de trabalho do empregado, quando o tempo nela despendido é considerado como de serviço para os fins legais. Os tribunais têm entendido que a cobrança do transporte elide os pressupostos fáticos do Enunciado n. 90/TST, verdadeiro despautério, porque a elisão é apenas do salário-utilidade ou *in natura*, ficando assegurado ao trabalhador o direito à percepção das horas de trânsito consumidas no interior da condução patronal, até porque a gratuidade não se erige como suposto fático à percepção da jornada itinerante.

Enumerados os critérios legais, doutrinários e jurisprudenciais, temos que as utilidades proporcionadas ao empregado revestem-se de cunho salarial apenas quando reúnam os seguintes requisitos basilares: habitualmente de gozo, fundamento contratual ou costumeiro, onerosidade no fornecimento e atendimento às necessidades individuais do trabalhador e não às necessidades do serviço ou da empresa.

Contrário senso, descaracteriza-se a utilidade como salário se, quanto à forma de utilização, for outorgada eventualmente, sem respaldo contratual ou costumeiro ou quando pagas pelo empregado; quanto à natureza do bem, não são revestidas de cunho salarial as seguintes utilidades: equipamentos, vestuários e outros acessórios fornecidos ao empregado e utilizados no local de trabalho, para a prestação dos respectivos serviços; bebidas alcoólicas e drogas nocivas (art. 458, "in fine" e § 2º, da CLT).

3. Valores das Utilidades

O parâmetro genérico vem traçado no art. 458, § 1º, da CLT, nestes termos: "Os valores atribuídos às prestações *in natura* deverão ser justos e razoáveis, não podendo exceder, em cada caso, os dos percentuais das parcelas componentes do salário mínimo (arts. 81 e 82, da CLT).

A lei, em que pese tenha abraçado o sistema da livre estipulação do valor da utilidade (justos e razoáveis), consagra um teto máximo que não poderá ser inobservado pelas partes contratantes, teto esse consubstanciado no valor das utilidades previstas para efeito de composição do salário mínimo, contido nas tabelas que acompanham os decretos determinadores de sua periódica atualização. Tais percentuais são variáveis, segundo a espécie de utilidade e a região do salário mínimo. O Decreto n. 94.062, de 27.2.87, art. 1º, parágrafo único, baixou tabelas discriminando os percentuais de descontos para os efeitos do disposto no art. 82 da CLT. Referido anexo estipula para Minas Gerais os seguintes percentuais: alimentação, 54%; habitação, 28%; vestuário, 11%; higiene, 6%; transporte, 1%. Quanto à alimentação, a Lei n. 3.030, de 1956, a limita em 25%, quando preparada pelo próprio empregador, dada a natureza da atividade empresarial, como, e.g., restaurantes, lanchonetes, "Buffets", etc. ... A alimentação global é composta de quatro refeições, conforme fixação da Portaria n. 19, de 31.1.52, a qual estabelece ainda o percentual para cada uma delas, para fim de desconto, em relação ao salário mínimo legal. Em Minas Gerais, a 1ª e 3ª refeições correspondem 5% para cada uma. À 2ª e à 4ª (almoço e jantar), os percentuais são de 22% para cada uma delas. No total, 54% do salário mínimo, ressalvada a hipótese da Lei n. 3.030/56, quando o total é sempre de 25%.

Além das utilidades legalmente previstas (alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte), outras poderão existir, quando o percentual de desconto, à míngua de tarifação, será livremente fixado pelas partes da relação

empregatícia, devendo em qualquer hipótese, ser justo e razoável. Havendo omissão ou divergência, devem a justeza e a razoabilidade da utilidade ser traçadas via arbitramento judicial.

4. Utilidade e Incorporação dos Percentuais

Quando o empregado auferir salário mínimo, não há divergência entre os doutrinadores quanto à incidência dos percentuais previstos em lei para as utilidades. Os percentuais incidirão logicamente sobre o salário mínimo. Assim, em Minas Gerais, 28% do salário mínimo será o valor da habitação relativamente ao empregado que auferir o mínimo legal. Se houver pactuação prévia quanto ao desconto da utilidade-habitação, receberá o empregado em dinheiro, 72% do salário mínimo que, agregado aos 28% da habitação, perfazem o total de 100% do seu ganho mensal. Se não ajustado o caráter gratuito da utilidade-habitação, como vantagem paralela à relação de emprego (v.g., comodato), em que pese não cobrada, desde que outorgada pelo trabalho, face ao trinômio onerosidade-comutatividade-sinalagmaticidade, inerente ao contrato de trabalho, reveste-se ela de natureza retributiva, logo salarial, pelo que seu valor compõe a remuneração do empregado para todos os efeitos legais. Assim, se além do salário mínimo integralmente pago, o empregado ocupa a título oneroso (caráter retributivo), habitação outorgada pelo empregador, o percentual da utilidade marginada deve ser incorporado ao salário mínimo quando do pagamento, v.g., de férias, do salário trezeno e das verbas rescisórias. A remuneração, *in casu*, seria assim decomposta: salário propriamente dito (100%), acrescido da utilidade-habitação (28%), no total bruto de 128%. Se, todavia, pago o salário mínimo integral o empregador cobra pela habitação, ainda que a título simbólico, descaracteriza-se o salário-utilidade. A dúvida surge quando o empregado auferir salário superior ao mínimo legal, pois há divergência quanto ao critério a ser adotado. Alguns doutrinadores (Mozart Victor Russomano e Délio Maranhão, por exemplo), entendem que os percentuais das utilidades serão sempre aplicados sobre o salário mínimo, ainda que o empregado aufera salário contratual bem superior. Tal critério seria unitário, beneficiando na mesma proporção o empregado subalterno e os executivos, ainda que pertencentes ao mesmo quadro empresarial. Assim, e.g., tanto o zelador que auferir o salário mínimo, como o executivo que auferir salário bem elevado, o valor da utilidade-habitação em Minas Gerais seria igual para ambos: 25% do salário mínimo legal.

Outros doutrinadores, adotando atitude mais consentânea com a realidade, enfatizam que o percentual da utilidade deve ser calculado sobre o salário contratualmente ajustado. Neste diapasão Orlando Gomes e Messias Pereira Donato.

A jurisprudência até hoje vacila, ora adotando um critério, ora sobraçando outro, sem atentar para a desastrosa colidência de julgados.

De fato, nos termos em que foi redigida a lei, a prevalecer sua interpretação literal, os valores conferidos às utilidades jamais poderiam ultrapassar aqueles resultantes da incidência dos percentuais sobre o salário mínimo, pouco importando a categoria funcional do empregado. Confira-se: "Os valores atribuídos às prestações *in natura* deverão ser justos e razoáveis, não podendo exceder, em cada caso, os dos percentuais das parcelas componentes do salário mínimo" (grifo nosso) (art. 458, § 1º, da CLT).

Todavia, deve ser afastada a literalidade da norma, se se busca uma interpretação mais justa e menos iníqua. Isto porque, ao aplicar a lei, a primeira preocupação do magistrado deve ser com os fins sociais por ela colimados e com as exigências do bem comum (art. 5º da LICC).

Seria justo admitir que um empregador que proporciona moradia a um gerente-geral de instituição financeira pudesse suprimi-la em troca de pagamento em dinheiro de 28% do salário mínimo? Lógico que não. Tal hermenêutica esbarra frontalmente no fim social buscado pela norma jurídica. O critério justo seria, em tese, a incidência dos percentuais das utilidades sobre o salário contratualmente ajustado. Sendo denominada a utilidade, por carência de previsão legal, interferirá o prudente arbítrio do Juiz, que ao arbitrar o valor da utilidade proporcionada pelo empregador, levará em conta os elementos diversificados que possam conduzir a uma estimativa justa, não se olvidando nunca o salário pago em espécie e a condição social do trabalhador. Após longos anos de colidência de julgados, o Colendo TST, ao baixar o Enunciado n. 258, pacificou a divergência jurisprudencial, esperamos com reflexos proveitosos na doutrina, perfilhando uma hermenêutica justa e elogiável do art. 458, § 1º da CLT, pois enfatizou que "Os percentuais fixados em lei relativos ao salário "In natura" apenas pertinem às hipóteses em que o empregado percebe salário mínimo, apurando-se, nas demais, o real valor da utilidade".

5. Utilidades Salariais. Peculiaridades da Legislação Rural

Na esteira do art. 9º da Lei n. 5.589, de 8 de junho de 1973, salvo as hipóteses de autorização legal ou decisão judiciária, só poderão ser descontadas do empregado rural as seguintes parcelas, calculadas sobre o salário mínimo: a) até o limite de 20% pela ocupação de moradia; b) até 25% pelo fornecimento de alimentação sadia e farta, atendidos os preços vigentes na região; c) adiantamentos em dinheiro. Tais deduções deverão ser previamente autorizadas, sem o que serão nulas de pleno direito. A primeira observação a ser feita é que o § 1º do art. 9º citado não autoriza, quanto aos rurícolas, seja invocado o costume como fonte direta de onerosidade do fornecimento de qualquer utilidade. Inexistindo cláusula contratual expressa, presume-se ope legis o caráter gracioso da utilidade, a qual não poderá, sob pena de nulidade, ser deduzida do salário ajustado com o rurícola. Outra peculiaridade é que na esteira do Estatuto do Trabalhador Rural, a lei vigente regulamenta taxativamente (*numerus clausus*) as utilidades-salários concessíveis aos rurícolas, as quais só podem consistir em alimentação e habitação, cujos percentuais incidem sempre sobre o salário mínimo, ainda que o rurícola venha a auferir salário contratual superior ao referido teto. Toda e qualquer utilidade ali não definida é insuscetível de ser descontada do salário do trabalhador rural, ainda que exista prévia pactuação, embora tal valor seja agregativo do salário para os fins legais, mormente quando concedida de forma habitual. A supressão ex abrupto da vantagem viola o princípio da irredutibilidade salarial, podendo o rurícola pleitear na Justiça do Trabalho a sua restauração com fulcro no art. 468, da CLT. Equivalendo a soma das utilidades dedutíveis do salário do rurícola (alimentação e moradia) ao total de 45%, é-lhe assegurado em dinheiro percentual remanescente de 55%, que, em nenhuma hipótese poderá ser fruto de descontos, ressalvados os adiantamentos em dinheiro. Os descontos das utilidades-salários previstas na Lei n. 5.889/73 poderão decorrer, como é curial, quer de ajuste escrito, mediante inserção da cláusula de onerosidade no contrato de emprego, ou verbal, desde que seja inequívoco o ajuste específico. Na hipótese de ser verbal

o ajuste, se refutado pelo rurícola, poderá o empregador rural prová-lo pelos meios de prova em Direito permitidos. Contrariamente do empregado urbano, o desconto por fornecimento *in natura* aos rurícolas jamais pode processar-se mediante ajuste tácito ou pela invocação de usos e costumes. Todavia, força convir que o art. 9º em epígrafe, autoriza outros descontos, desde que fincados em autorização legal ou decisão judiciária. A aplicação supletória do Estatuto Consolidado, expressamente referenciado no art. 1º da Lei n. 5.889/73, autoriza consequentemente o desconto salarial livre na ocorrência de dano, promovado de dolo do empregado-rurícola, ou, por acordo, na hipótese de culpa, aplicando-se irrestritamente, por subsidiariedade, o art. 462 e § 1º da CLT. Sempre que mais de um empregado residir na mesma morada, o desconto a título de utilidade-habitação previsto na letra a do art. 9º da Lei n. 5.889/73, será dividido proporcionalmente ao número de empregados, vedada, em qualquer hipótese, a moradia coletiva de famílias (art. 9º, § 2º). Perdura o rateio em relação a pai e filho maior, empregados da mesma empresa, cobrando-se apenas a quota do pai e marido, quando instalado na moradia com seu filho menor e consorte, pois àquele compete a manutenção do lar, como chefe que é da sociedade conjugal (art. 233 do CC).

6. Novação Objetiva do Salário "In Natura"

Em se tratando de relação de emprego, objetivamos empregar o termo novação objetiva, tomado emprestado do Direito das Obrigações, para caracterizar quer o ato unilateral (do empregado ou do empregador), quer o ato bilateral (convergência de vontades de ambos) tendente a transmutar o objeto da prestação de utilidade para dinheiro. Em tese, a novação objetiva é ilícita, se o ato promana de deliberação unilateral de qualquer das partes da relação de emprego, principalmente se acarreta ofensa ao princípio da inalterabilidade das condições contratuais, encartada aí a irredutibilidade de salários, conforme regra genérica inscrita no art. 468, da CLT. Quando o empregador, *ex proprio Marte*, converte a utilidade em dinheiro, sem consultar os interesses do empregado, fere de morte o postulado da irredutibilidade salarial, principalmente quando a obrigação, assim convertida, não representa seu real valor de mercado, obrigando o assalariado a despojar-se de parte de sua remuneração para reequilibrar a situação contratual benévola anterior. Tome-se como exemplo a ocupação pelo empregado de moradia proporcionada pelo empregador, mediante o desconto do percentual legal de 28% sobre o salário mínimo, o que hoje representaria um desconto mensal Cz\$ 1.008,00. Convertida a obrigação em dinheiro, o empregado só vem a encontrar locação à base de Cz\$ 2.000,00 mensais, tornando insuportável a manutenção do vínculo empregatício, dado o brusco desequilíbrio em seu orçamento doméstico. Lícito é ao empregado exigir em Juízo a reposição do *statu quo ante*, devendo o empregador, ao reconverter o objeto da obrigação, indenizá-lo dos prejuízos pecuniários sofridos. *Simile modo*, não poderá o empregado unilateralmente inovar o objeto da prestação, exigindo, e.g., sua convalidação em dinheiro. Lícita seria a recusa patronal, haja vista que a Justiça do Trabalho, se acionada, reprimiria a violação do ajuste contratual. Todavia, se a regra é a proibição da novação objetiva unilateral, situações excepcionais existem que tornam impossível o gozo pelo empregado da utilidade proporcionada pelo empregador, principalmente quando oriunda de caso fortuito ou força maior. Nélcio Reis cita o exemplo do pai de família que ocupa residência fornecida pelo empregador e que vem adquirir casa própria; ou ainda, a do empregador que fornece ao empregado prédio por aquele locado e se vê obrigado a entregar este por força de decisão judicial (In "Salário-

Utilidades", Revista do Trabalho, 1950, pág. 351, transcrito por Messias Pereira Donato, op. cit., pág. 188). Como o salário *in natura*, habitualmente outorgado, vem a integrar a remuneração do empregado, obstado seu gozo por circunstâncias alheias à vontade do empregador, deve este último ressarcir-lo do decréscimo remuneratório sofrido, sendo a única solução a conversão pura e simples da utilidade em dinheiro. Quando necessário, o real valor da utilidade deverá ser alcançado via arbitramento, se a conversão pelos percentuais legais redundar em indiscutível prejuízo para o empregado. Relembre-se o caso da utilidade-habitação citado linhas atrás. Quando a novação objetiva é fruto de deliberação bilateral, sua licitude condiciona-se à ausência de prejuízo ao assalariado, sendo resultado, e.g., de fraude patronal, objetivando decrescer o míngua salário do empregado, a pactuação é nula *ex radice*, por lobrigar ofensa aos arts. 9º e 468, da CLT. Cite-se, à guisa de exemplo, a conversão da utilidade-habitação em dinheiro, com base no real valor locatício do imóvel na data da transação, congelando-se após a importância em espécie, durante anos a fio, o que o princípio representava um suposto ganho para o empregado, vem brevemente converter-se em tormento, haja vista que, a prevalecer a espiral inflacionária que assola o país, em pouco tempo o valor em espécie seria insuscetível de cobrir o aluguel até mesmo de uma desprezível mansarda. Aqui, em que pese tenha havido anuência expressa do empregado, a conversão seria ilícita, face ao iniludível prejuízo que acarretaria ao empregado (arts. 9º e 468, da CLT). Neste sentido é vazada a jurisprudência: "Configura-se alteração das condições contratuais, quando a empresa, unilateralmente, reduz as utilidades fornecidas de maneira habitual. Não se afigura correto suprimir a prestação *in natura* e compensá-la com quantia inferior àquela necessária à aquisição do produto objeto da mesma prestação (Ac. TRT-4ª Região, 2ª Turma, Proc. 2.693/75, relator designado Juiz João Antonio Pereira Leite, in "Dic. Dec. Trab.", Bonfim & Santos, 14ª edição, pág. 520). Se, todavia, no decurso da relação de emprego, após operada a conversão, o empregador vem a reajustar periodicamente o valor em espécie, outorgado a título de ajuda-aluguel, de forma a propiciar ao empregado moradia condigna, a novação objetiva bilateral seria lícita, à míngua de prejuízo. Nesta última hipótese, longe de ofensa ao art. 468, da CLT, as partes estariam se utilizando da faculdade legal preconizada no art. 444, do mesmo Estatuto.

7. A Utilidade-Salário Face à Interrupção, Suspensão e Extinção do Contrato de Trabalho

A regra legal é a da inalterabilidade das condições contratuais. Uma vez fixada a forma de remuneração complexa, decomposta parte em dinheiro e parte em utilidade, esta, como é consabido, incorpora-se *ipso jure* ao contrato de trabalho, sendo vedada sua alteração unilateral pelo empregador (art. 468, da CLT).

Neste sentido prelecionam tratadistas de nomeada como, e.g., Peretti Griva, ao acentuar que "... a retribuição não pode durante o curso da relação contratual, ser reduzida pela vontade unilateral do empregador. A lei especial não consente estas alterações *in peius*, as quais, se impostas, dão direito ao empregado de rescindir o contrato por culpa do empregador, com a consequente obrigação deste de pagar a indenização prescrita" (D. Peretti Griva, "Il Rapporto di Impiego Privato", Milano, 1935, pág. 177, *apud* Nélis Reis, "Alteração do Contrato de Trabalho", Freitas Bastos, 4ª edição pág. 243). Igualmente De Litala quando sustenta que constitui justa causa para o empregado dar por

rescindido o contrato de trabalho "a mudança de atribuições que tivessem como consequência a passagem do empregado de uma situação para outra inferior, ou a mudança da qual resultasse um dano patrimonial ao empregado" ("Il Contratto di Lavoro", Torino, 1937, pág. 518, op. cit., pág. 243.). Ora, se durante o curso da relação de emprego não pode o empregador, *ex vi legis* (art. 468, da CLT) ferir o princípio da irredutibilidade salarial, muito menos o poderá quando da superveniência das hipóteses legais de interrupção e suspensão do contrato de trabalho. Assim, quando em gozo de férias ou de repouso remunerados, não poderá o empregador decrescer a remuneração do empregado, a qual deverá ser obrigatoriamente paga acrescida das utilidades salariais até então auferidas, a não ser que, quando do gozo das férias, e.g., continue o empregado a desfrutar da utilidade. Messias Pereira Donato cita o caso do empregado que, ao entrar de férias, prefere não viajar e continuar ocupando a moradia que recebe por força do contrato. Nesta hipótese, e outras similares, o salário será pago com excussão do valor correspondente à utilidade, caso contrário haveria pagamento de remuneração superior à contratualmente ajustada.

Nas hipóteses de suspensão do contrato de trabalho, consubstanciadas em gozo de benefício previdenciário, eleição para desempenho de mandato sindical ou de representação profissional, inclusive junto a órgãos de deliberação coletiva, entende Nélcio Reis que motivos de proteção social do trabalhador impedem seja cancelada a utilidade-habitação. Tal não se dá quando o empregado, licenciado para tratar de interesse particular, sem remuneração, continua a prevalecer-se da utilidade, quando ao empregador mais rigoroso será lícita sua cobrança, à base dos percentuais sobre os quais era descontado nos salários. Quid em relação ao empregado que tem seu contrato de trabalho suspenso para exercer a diretoria da sociedade à qual se acha vinculado? Suspenso o contrato pelo mandato eletivo, fica o empregador de imediato autorizado a cancelar a utilidade até então auferida, passando o empregado a auferir tão-somente o "pro labore" que for ajustado pela Assembleia Geral, só se restabelecendo a obrigação patronal quando houver a reversão ao cargo efetivo, ao qual junte-se a relação empregatícia.

Extinto o contrato de trabalho, cessa, *ipso jure*, o direito do empregado à percepção do salário-utilidade, ressalvado seu direito de vê-lo incorporado à remuneração para fins de recebimento de suas verbas resilitórias. A aposentadoria, modalidade de extinção do contrato de trabalho, faz igualmente cessar o benefício outorgado ao empregado a título de salário-utilidade, o qual, salvo disposição em contrário, não se agrega aos proventos de jubilação.

8. Algumas Modalidades de Salário "In Natura" não Contempladas Legalmente – Citações Jurisprudenciais

A. Vales-Almoço

Salário-Utilidade – A tanto equivalem vales-almoço concedidos pelo empregador, de vez que, na ausência dos mesmos, o empregado seria obrigado a desembolsar quantitativo objetivando fazer frente à despesa correlata. Implica tal concessão em vantagem para o empregado e desvantagem para o empregador, decorrentes da prestação de serviços e do caráter oneroso do contrato de trabalho (Ac. unânime, TST, 1ª Turma, Proc. RR-3.783/83, Rel. Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, Bonfim & Santos, 20ª ed., pág. 665).

B. Instrução dos Filhos

Salário-Utilidade. O art. 458 da CLT não encerra preceito *numerus clausus*. Além das utilidades expressamente mencionadas, outras são passíveis de existência, cabendo ao intérprete perquirir acerca da origem respectiva e do enquadramento como tal, considerando, para tanto, a vantagem representada para o empregado e o ônus para o empregador, somente justificáveis pela prestação dos serviços. Como tal, é dado enquadrar instrução dos filhos do empregado, assistência médica e odontológica, participação acionária e o seguro hospitalar e de vida (Ac. TST-1ª Turma, RR-1.226/83, Rel. Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, *op. cit.*, pág. 749).

C. Cigarros

O maço de cigarros fornecido diariamente ao empregado pelo empregador constitui salário-utilidade por se tratar de uma prestação *in natura* habitualmente fornecida por força do costume (CLT, art. 458) (Ac. TRT-3ª Região, 1ª Turma, Proc. RO-5.950/81, Rel. Juiz Orlando R. Sette, Bonfim & Santos, 19ª ed., pág. 607).

D. Energia Elétrica

Salário *in natura*. Caracterização. Constituem prestação de natureza salarial a habitação e energia elétrica fornecidas habitualmente ao empregado em seu proveito, porque desvinculadas da execução do serviço. Recurso do reclamante a que se dá provimento para deferir as integrações das utilidades auferidas, conforme o pedido (Ac. TRT-4ª Região, 1ª Turma, Rel. Juiz Antônio Salgado Martins, Bonfim & Santos, 20ª ed., pág. 751).

E. Cesta de Natal

A utilidade, como componente salarial, há de ter um conceito primordialmente econômico. Provado que os empregados que atingiam os 25 anos de serviço passavam a receber uma cesta de Natal, costume vigorante há muitos anos, configura-se a ocorrência de um pagamento periódico, de feito nitidamente oneroso e que constitui prestação *in natura* (Ac. TRT-3ª Região, 2ª Turma, Proc. 1.758/75, Rel. Juiz Álfio Amauri dos Santos, Bonfim & Santos, 14ª ed., pág. 520).

F. Lavagem de Roupa

A lavagem de roupa, habitualmente fornecida ao empregado, constitui utilidade, como salário *in natura*. É economicamente avaliável e deve computar-se na remuneração para fins de cálculo de indenização (Ac. TST, 1ª Turma, RR-58/74, Rel. Min. Ribeiro de Vilhena, Revista do TST, 1973/1974, pág. 338).

G. Auxílio-Moradia.

Auxílio-moradia. Natureza salarial. O auxílio-moradia é verba salarial, mesmo quando pago em dinheiro, confundindo-se com a utilidade na forma de habitação. Deve, assim, ser corrigido semestralmente, conforme a Lei n. 6.708/79. Mudar sua denominação para "ajuda-de-custo" é artifício que não impede a revelação de sua própria natureza (Ac. unânime, TRT-9ª Região, Proc. RO-419/85, rel. Juiz José Montenegro Antero, Bonfim & Santos, 20ª ed., págs. 750/751).

9. Salário In Natura e "Truck System"

O art. 462, § 2º da CLT veda à empresa que mantiver armazém para venda de mercadorias aos empregados ou serviços destinados a proporcionar-lhes prestações in natura exercer qualquer coação ou induzimento no sentido de que os empregados se utilizem do armazém ou dos serviços. O legislador aqui procura assegurar ao trabalhador meios protetivos de seu salário, erigindo regra impeditiva de sua livre disposição. O "truck system" constitui expediente artificioso idealizado pelo empregador que faz com que, através da venda de mercadorias ou prestação de serviços, o salário pago ao trabalhador retorne ao bolso do empresário. Como o art. 463 da CLT estipula que "a prestação em espécie do salário será paga em moeda corrente do país", fácil entrever-se que o truck system importaria em sua violação, haja vista que a contraprestação salarial pelo empregador estaria sendo feita totalmente em utilidades, atraindo a nulidade cominada no parágrafo único que se lhe segue, onde lê que "o pagamento do salário realizado com inobservância deste artigo considera-se como não feito". Acionada pelo empregado, a Justiça do Trabalho coibirá o truck system, quando condenará o empregador a repetir a prestação, além de oficiar à autoridade local do Ministério do Trabalho para aplicação da multa administrativa prevista no art. 510 da CLT. Tratando-se de pagamento nulo ex radice, não está o empregado obrigado a restituir o que recebeu através de mercadorias, bônus, fichas ou equivalentes.

BIBLIOGRAFIA (OBRAS CITADAS E/OU CONSULTADAS):

- 1) MESSIAS PEREIRA DONATO, "Curso de Direito do Trabalho", Saraiva, 1975, págs. 179/191.
- 2) AMAURI MASCARO NASCIMENTO, "Manual do Salário", LTr Edit., 2ª edição págs. 218/233.
- 3) ARNALDO SÜSSEKIND, DÉLIO MARANHÃO e SEGADAS VIANNA, "Instituições de Direito do Trabalho", 7ª edição, Freitas Bastos S/A, págs. 254/261.
- 4) DÉLIO MARANHÃO, "Direito do Trabalho", 11ª edição, Ed. Fundação Getúlio Vargas, págs. 120/121 e 187/188.
- 5) ANTONIO LAMARCA, "Contrato Individual de Trabalho", 1969, Editora Revista dos Tribunais, págs. 304/312.
- 6) EVARISTO DE MORAIS FILHO, "Introdução ao Direito do Trabalho", LTr Edit., 2ª edição, págs. 208/216.
- 7) NÉLIO REIS, "Alteração do Contrato de Trabalho", Freitas Bastos, 4ª edição, pág. 243.
- 8) "Dicionário de Decisões Trabalhistas", 14ª, 17ª, 19ª e 20ª edições.
- 9) MOZART VICTOR RUSSOMANO, "Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho", 10ª edição, págs. 574/481.
- 10) LUIZ ROBERTO DE REZENDE PUECH, "Julgados no TST", LTr, 1973.
- 11) "Revista do Tribunal Superior do Trabalho", 1973 e 1974, pág. 338.

A CLÁUSULA "REBUS SIC STANTIBUS" NO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO E AS ALTERAÇÕES DA POLÍTICA SALARIAL

Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani (*)

Não são raros os processos ajuizados, nos quais são postuladas diferenças salariais decorrentes do acordado em processos de dissídios coletivos, cujas defesas oferecidas escudam-se no argumento de que as mesmas não podem ser exigidas, face à ulterior mudança da política salarial do governo, que, pelas suas consequências, torna possível e plenamente justificável a invocação da cláusula "rebus sic stantibus", por presentes seus pressupostos.

Hodiernamente é irrecusável, em atenção aos princípios da razoabilidade, da equidade e da Justiça, a aplicação da cláusula "rebus sic stantibus" na esfera dos convênios coletivos de trabalho, como meio hábil de alterar-se estipulações contidas em um instrumento normativo. E como delucida Délio Maranhão⁽¹⁾ "A revisão de contratos de direito privado em curso, pela aplicação da cláusula "rebus sic stantibus", é matéria de direito comum", pelo que é necessário, embora sem perder de vista as peculiaridades do direito do trabalho, fazer uma incursão nos domínios do direito comum visando estabelecer quais os pressupostos que hão de restar configurados para que, com êxito, seja invocada a cláusula "rebus sic stantibus", procedimento esse que não há causar perplexidade alguma, portanto, como afirmado pelo preclaro José de Oliveira Ascensão⁽²⁾ "já notamos que o Direito Civil tem funcionado como o depositário dos princípios gerais do direito. Aquilo que é comum a várias disciplinas, tendencialmente a todas, é deixado para o Direito Civil", razão pela qual preleciona Mário Bigotte Choro⁽³⁾ que "O juslaborista tem de conceder uma atenção preferente às normas e princípios do direito privado comum (direito civil), aplicáveis às relações jurídico-privadas de trabalho, na falta de regras especiais".

Afirmam os doutos que essa cláusula sofreu forte abalo com o robustecimento dos princípios da autonomia da vontade e da irretratabilidade das convenções, segundo as quais o contrato é Lei entre as partes ("pacta sunt servanda"), mas que, ao depois, a irresponsível verdade representada pelas circunstâncias ocorridas no dia-a-dia, máxime após a deflagração da I Guerra Mundial (1914-1918) compeliram os juristas a, curvando a cerviz à realidade, preocuparam-se com as graves consequências sociais que a entronização do princípio do "pacta sunt servanda" estavam a gerar, mesmo porque "No dizer

(*) Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani, é Juiz do Trabalho Substituto da 15ª Região.

Ripert, um contrato nunca é cumprido nas mesmas condições em que foi concluído, mas não é menos certo que a previsibilidade tem limite, e quando as condições do mercado mudam além da capacidade humana de prever, a obrigação não pode prevalecer. O Estado, pelo Poder Judiciário, não pode levar uma pessoa à miséria, à ruína, à desgraça, forçando-a a construir determinada obra por um preço contratado de boa-fé, quando, ao tempo da construção os preços dos materiais e da mão-de-obra se elevaram ao dobro, ou ao triplo, por circunstâncias que não podiam ser previstas na ocasião de se concluir o contrato⁽⁴⁾. Por seu turno, o grande Silvio Rodrigues⁽⁵⁾ com todo o peso de sua autoridade, Leciona que, "Littera ad litteram":

"29. Tal concepção, possivelmente incontestável ao fim do século passado, em que reinava, intocado e absoluto, o princípio da obrigatoriedade das convenções, não é mais admitida presentemente e, tanto a doutrina como a jurisprudência nacionais acolhem a teoria da imprevisão ou da superveniência, que muitas legislações disciplinam, a italiana entre outras (CC, art. 1.467), como "onerosidade excessiva".

30. A idéia de manter-se o contrato, por um respeito quase fetichista à regra de que "pacta sunt servanda", ainda quando a prestação de uma das partes venha a se tornar brutalmente onerosa em virtude de superveniência de fatos imprevisíveis e incontornáveis, pareceu a muitos injustificável. Isso porque no conceito de contrato comutativo é elementar a noção de uma relativa equivalência das prestações recíprocas. Realmente, contrato comutativo é aquela convenção bilateral e onerosa, na qual a estimativa das prestações a serem recebidas por qualquer das partes pode ser antevista desde logo, existindo uma relativa equivalência entre elas.

31. Assim se, em virtude de acontecimentos imprevisíveis e irremediáveis, a prestação de uma das partes se torna excessivamente onerosa, é injusto que se obrigue o devedor a cumpri-la de qualquer modo, ainda que isso o conduza à ruína. Tal preocupação de restabelecer a justiça nos contratos revelou-se por meio de uma tendência a reviver a velha cláusula "rebus sic stantibus" e foi se consolidar na moderna teoria da imprevisão".

Portanto, é de inferir-se que, para que tenha campo de aplicação a cláusula "rebus sic stantibus", necessária é a verificação de evento superveniente imprevisível à época da celebração do contrato, que acarrete excessiva onerosidade ao devedor e que, acresça-se, gere o injusto e injustificado enriquecimento do credor, condições essas que hão de fazer-se presentes cumulativamente.

E no que toca ao direito obreiro, atendidas as suas peculiaridades em casos de convênios coletivos, são os mesmos os pressupostos que autorizam a invocação da cláusula "rebus sic stantibus", por meio da qual é viável a mutação de cláusula de Acordo em Dissídio Coletivo que fixe critérios para majorações salariais, de vez que, para usar o mesmo exemplo de Ripert suscitado, do mesmo modo que o Poder Judiciário não pode levar um indivíduo à ruína, compelindo-o a cumprir um contrato, quando ao tempo da construção contratada, os preços dos materiais e da mão-de-obra se elevaram a patamares de tal modo superiores que não podiam ser previstos ao ensejo da celebração do concerto, também não é possível o Poder Judiciário levar empresas à ban-

carrota como consectário de exigir-lhes o cumprimento de cláusulas contidas em instrumentos coletivos que estabelecem reajuste salariais, diante da ocorrência de sucessos posteriores que não podiam ser previsto ao ensejo das aludidas estipulações.

Entretanto, não se pode olvidar que o acordo celebrado nos autos de um dissídio coletivo, uma vez homologado, irradia os efeitos próprios da coisa julgada, efeitos esses próprios também das sentenças normativas, de vez que, no entender de Christóvão Piragibe Tostes Malta⁽⁶⁾ "a sentença normativa é um ato de jurisdição que tem como uma de suas qualidades a coisa julgada"; porém, os efeitos retro-mencionados, não são imutáveis, o que não deve causar estranheza, pois, como dilucidado pela juslaborista Rosah Russomano⁽⁷⁾, "Se a sentença clássica, em casos excepcionais, torna-se alvo de mutações, por decisões ulteriores que ajustem, por ex., os alimentos devidos pelo pai ao filho às necessidades crescentes deste ou à ascensão da espiral inflacionária, não é de admirar-se que a sentença coletiva, amoldada à cláusula "rebus sic stantibus", se altere, ao sabor das mudanças no contexto social, em sua ampla acepção".

Por seu turno e neste passo, é de recordar-se o que ficou retro-salientado, no sentido de que, para que seja factível a aplicação da cláusula "rebus sic stantibus", imprescindível é a concomitante ocorrência de evento superveniente que fuja a toda previsão, que torne excessiva a onerosidade do devedor, gerando o injusto e injustificado enriquecimento do devedor.

Pois bem, nos casos de defesas em reclamatórias nas quais estejam sendo postuladas diferenças salariais decorrentes de cláusulas contidas em instrumentos normativos, em cujos teores há o asserto de que, face à ulterior alteração da política salarial do governo, inviável o deferimento das diferenças postuladas, não há como acolher-se a invocação das cláusulas "rebus sic stantibus", por não presentes os pressupostos para tanto necessários, de vez que para as partes, quando a discussão de determinado acordo nos autos de algum dissídio coletivo, não era inviável prever que a qualquer momento, o Governo poderia dar diverso tratamento à política salarial (mormente se se tiver retido na memória que, nos últimos anos, diversas foram as mudanças econômicas decorrentes de planos econômicos arquitetados pelo Governo: Cruzado, Cruzado II, Bresser, Verão e Collor), circunstância essa que poderia ser minuciosamente debatida e regulada, mesmo porque as cláusulas insertas em um tal instrumento normativo o são após incessante e exaustiva negociação prévia, por meio da qual as partes envolvidas sopesam cada item e suas consequências da pauta de reivindicações, que são longamente debatidos e que, ao final, quando incluído no acordo pactuado, deve ser considerado como que tendo atendido as expectativas e pretensões de cada um dos convenientes.

A essa altura, é de total pertinência transcrever-se os lúcidos e inatacáveis argumentos expendidos acerca da questão ora enfocada, pelo digno representante da Procuradoria do Trabalho, José da Fonseca Martins Júnior⁽⁸⁾, "in verbis":

"Foi assinalado no início do presente trabalho que, para se debelar o processo inflacionário, foram aplicados cinco choques econômicos nos últimos quatro anos, que, se não solucionaram os problemas da economia nacional, ao menos, afastaram suposta imprevisibilidade, não bastasse o relevante detalhe que, se vai mal a economia de um país, pelo menos em tese, possível se presumir que algo venha a ser feito.

Entendemos, conseqüentemente que, todos os planos econômicos, quanto ao elemento da imprevisibilidade, assim considerados pela ótica da impossibilidade objetiva ou absoluta, não se fez presente. Quando muito, pelo agravamento do quadro econômico, latente a inevitabilidade deles, condição, porém, a não ensejar a invocação da cláusula extrema.

Temos para nós, ainda mais, que ausentes a onerosidade excessiva e o enriquecimento injustificado, pois, em se tratando de política econômica com a nossa, se tem observado que os planos aplicados sempre tiveram a particular característica de engessar a economia, mas sempre por um estéril processo de congelamento de preços e salários, onde os primeiros são pegos no pico e os últimos na baixa ou na média, com evidentes prejuízos à classe assalariada.

Não há como se querer defender, portanto, como e de que forma possam os "salários" acarretar enriquecimento ilícito, quando correspondem simples contraprestação de serviços executados e, periodicamente, são recompostos aos valores nem sempre reais da época da contratação, acrescidos de taxa de produtividade insignificante se comparados com os ganhos de capital. O mesmo se diga quanto às cláusulas de antecipações salariais, já embutidas nos custos das empresas".

Examinando-se a questão por outro ângulo, é de ressaltar-se que a circunstância de a Lei 8.030/90 haver revogado as normas anteriores e contrárias as suas disposições, também não têm o condão de tornar sem efeito as cláusulas que cogitam de salários, do acordo normativo já referido, porque as mesmas foram pactuadas em atenção a lei vigente à época, e como se não desconhece os contratos – e um instrumento coletivo não deixa de sê-lo – hão de observar as leis vigentes ao ensejo de sua celebração; quando tal se dá e satisfeitas as peculiaridades de cada espécie contratual, o contrato assim celebrado constitui-se em ato jurídico perfeito, o qual é constitucionalmente preservado (Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXVI), não podendo, portanto, ter seu valor infirmado por lei posterior.

Acresça-se, outrossim, que atenta contra o alto prestígio e valor conferido pela coeva Carta Política em seu artigo 7º, inciso II, às convenções e aos acordos coletivos, o pronto descumprimento de suas cláusulas, em razão da edição de lei posterior que cuide de salários, não demonstrada a impossibilidade do cumprimento do acordado.

Relevante salientar, ainda, tratar-se de procedimento cuja validade não é de aceitar-se, máxime porque acordo pressupõe a manifestação de mais de uma parte, o não cumprimento das cláusulas de um acordo como conseqüência de uma deliberação unilateral, sem formalidade alguma, e sem que o Poder Judiciário, que, na hipótese ora analisada, houvera já homologado tal acordo, tenha sido provocado a pronunciar-se acerca da possibilidade de a parte se alforriar da satisfação das obrigações anteriormente assumidas, atento à circunstância de que, embora tenha os efeitos da coisa julgada, a sentença homologatória, por trazer em seu bojo a cláusula "rebus sic stantibus", pode ser objeto de novo pronunciamento judicial, porque cria e regula obrigações de trato sucessivo, que perduraram durante o prazo de sua vigência e face ao preceituado no artigo 471, do CPC.

Pelos motivos acima expostos, entende-se, s.m.j., que embora pacífica a invocação da cláusula "rebus sic stantibus", para alteração das condições pactuadas em instrumentos coletivos, nomeadamente em casos de acordos celebrados em dissídios coletivos, não estão presentes seus pressupostos, que hão de existir concomitantemente, na hipótese da publicação de lei posterior que alterar a política salarial, bem como, que, de qualquer maneira, não é possível alguma das partes convenientes, por iniciativa unilateral e sem a chancela do Poder Judiciário, obtida pelos meios adequados, deixar de dar cumprimento às disposições contidas nas cláusulas que compõem o ajuste celebrado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1) "Direito do Trabalho", 15ª edição, Editora da Fundação Getúlio Vargas, pág. 325.
- 2) "O Direito – Introdução e Teoria Geral", 3ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, pág. 267.
- 3) "Temas Fundamentais de Direito", Livraria Almedina, Coimbra, 1986, págs. 337/8.
- 4) Apud DARCY BESSONE, "Do Contrato – Teoria Geral", Forense, 1987, págs. 285/3 e segs.
- 5) "Direito Civil Aplicado", 1º volume, Saraiva, 1981, págs. 203/4.
- 6) "Prática do Processo Trabalhista", 21ª Edição, Edições Trabalhistas S/A., pág. 40.
- 7) "Dicionário de Direito e Processo do Trabalho", verbete Sentença Coletiva, Ed. Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, págs. 310/1.
- 8) Revista LTr 54-9/1.080.

A GREVE NOS SERVIÇOS ESSENCIAIS E A MISSÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Otávio Brito Lopes (*)

SUMÁRIO: 1. A Constituição anterior (Emenda Constitucional n. 1/69); 2. A Constituição atual (art. 9º e parágrafos); 3. A Lei n. 7.783/89; 4. O papel do Ministério Público; 5. Conclusão.

1. A greve, no Brasil, se despiu da roupagem de infração penal com a Constituição Federal de 1946 (art. 158), como resultado de muitas lutas e conflitos de interesses que ganharam relevo naqueles tempos de reconquista da democracia e da liberdade. Hoje em dia a greve é um direito consagrado mundialmente, com divergências apenas quanto a sua amplitude, sendo pacífico que "o direito da greve pode ser objeto de restrições, inclusive políticas, quando se trate de funcionários públicos ou de serviços essenciais, já que nesses casos a greve pode causar prejuízos à coletividade nacional" (Súmula n. 314, do Comitê de Liberdade Sindical, in "Direito Internacional do Trabalho", LTr Edit., pág. 253, de Arnaldo Süsskind).

A Constituição Federal de 1967 (com as modificações introduzidas pela Emenda Constitucional n. 1, de 1969) permitia a greve, vedando-a, entretanto, nos serviços públicos e nas atividades essenciais, definidas em lei (art. 162); o Decreto-Lei n. 1.632, de 04 de agosto de 1978, por seu turno, dispunha sobre a matéria e declarava "de interesse nacional, dentre as atividades essenciais em que a greve é proibida pela Constituição, as relativas a serviços de água e esgoto, energia elétrica, petróleo, gás e outros combustíveis, bancos, transportes, comunicações, carga e descarga, hospitais, ambulatórios, maternidades, farmácias e drogarias, bem assim as de indústrias definidas por decreto do Presidente da República" (art. 1º). "Consideram-se igualmente essenciais e de interesse da segurança nacional os serviços públicos federais, estaduais e municipais, de execução direta, indireta, delegada ou concedida, inclusive os do Distrito Federal" (§ 2º).

2. Findo o regime militar, os ventos da liberdade se fizeram sentir em todo o Brasil, refletindo radicalmente em alguns dispositivos da Constituição de 1988, valendo destaque o art. 9º e §§, que, entre os direitos sociais, assegura o de greve, "competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender" (caput), sendo que: "A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre

(*) Otávio Brito Lopes, é Procurador do Trabalho de 1ª Categoria - Brasília.

o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade" (§ 1º), sendo passíveis de punição, nos termos da lei, os responsáveis pelos abusos cometidos (§ 2º).

Ao contrário da Carta Anterior, a vigente consente a greve mesmo nos serviços ou atividades essenciais, deixando que a lei ordinária disponha sobre seu atendimento de modo a preservar os direitos da coletividade atingida. A propósito, reputo válido citar o magistério do constitucionalista José Afonso da Silva, que assim elucida a questão, *in verbis*: "Também não há mais limitações quanto à natureza da atividade ou serviços, como o sistema revogado, que vedava greve nas atividades ou serviços essenciais. A esse propósito só cabe à lei definir quais serviços e atividades sejam essenciais e dispor sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade (art. 9º, § 1º)" (in "Curso de Direito Constitucional Positivo", RT, 6ª edição, pág. 268).

3. A Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989, publicada no DOU de 29 de junho de 1989, veio dispor sobre o exercício do direito de greve, definindo as atividades essenciais e regulando o atendimento das necessidades inadiáveis da Comunidade. No seu art. 10 e incisos, estão enunciados os serviços ou atividades essenciais, quais sejam: tratamento e abastecimento de água, produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; assistência médica e hospitalar; distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; funerárias; transporte coletivo; captação e tratamento de esgoto e lixo; telecomunicações; guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; processamento de dados ligados a serviços essenciais; controle de tráfego aéreo; e, compensação bancária. Logo a seguir estabelece que nos serviços ou atividades essenciais, os Sindicatos, os empregadores e os trabalhadores são responsáveis conjuntamente pela prestação, à comunidade, dos serviços indispensáveis ao atendimento das suas necessidades inadiáveis, que são aquelas que, caso não atendidas, colocam em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população (art. 11 e parágrafo único).

Não sendo alcançado o acordo entre os contendores sociais, sendo o mesmo insuficiente à consecução do seu objetivo, ou no caso de seu descumprimento, o Poder Público assegurará a prestação dos serviços indispensáveis (art. 12). O conceito de Poder Público, aqui, é o mais amplo possível; pode ser o Executivo, o Legislativo ou mesmo o Judiciário, nas esferas federal, estadual e municipal, de modo que a comunidade atingida em seus direitos possa vê-los restabelecidos o mais prontamente possível.

Como se deduz dos artigos 11 e 12 da Lei n. 7.783/89, a falta da prestação dos serviços indispensáveis à manutenção da vida, segurança e saúde da comunidade, não pode, de forma apriorista, ser imputada exclusivamente aos trabalhadores e seus sindicatos. A responsabilidade legal da empresa também existe e deve ser cobrada.

A apuração das responsabilidades se dará perquirindo se alguns dos litigantes se recusou a negociar a prestação dos serviços indispensáveis, se agiu com má-fé durante a negociação, de modo a entravá-la, ou ainda, se descumpriu o acordo entabulado. Em caso negativo, o malogro das negociações impõe que os serviços essenciais sejam garantidos pelo Poder Público, inclusive o Judiciário Trabalhista, que a pedido do Ministério Público ou de qualquer interessado, ordenará e disciplinará a prestação de tais serviços, estabelecendo a dimensão do funcionamento das unidades produtivas atingidas pelo movimento, as turmas de trabalho com o número de trabalhadores necessários e a

forma de convocação desses trabalhadores. Tal atuação se justifica pelo art. 12 da Lei de Greve, pela ausência de acordo entre os contêndores, pela garantia constitucional e infraconstitucional, à sociedade, da prestação dos serviços essenciais, pela garantia constitucional dos interesses coletivos e difusos e pelo poder normativo da Justiça do Trabalho. O descumprimento do comando judicial sujeita os responsáveis às penas do art. 330 do Código Penal Brasileiro, que define o crime de desobediência, além de caracterizar a abusividade do movimento e a litigância de má-fé imputável à parte culpada.

4. Promulgada a Constituição, no dia 05 de outubro de 1988, muitas modificações se verificaram em nosso País, merecendo relevo o papel destinado, pela soberana vontade popular, ao Ministério Público, que adquiriu autonomia funcional e administrativa (§ 2º, do art. 127 da CF), sendo assegurado aos seus membros os instrumentos e as garantias indispensáveis ao bom desempenho das relevantes funções que lhes foram confiadas, com liberdade e independência funcional. "A opção do constituinte de 1988 foi, sem dúvida, conferir um elevado STATUS Constitucional ao Ministério Público, quase erigindo-o a um quarto poder" (cf. Hugo Nigro Mazzilli, in "O Ministério Público na Constituição de 1988", Saraiva, 1989, pág. 43).

Ao Ministério Público, como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, da CF). Para tal mister, tem as seguintes funções: promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; 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; promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos na Constituição; defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; e exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (incisos de I a IX, do art. 129 da CF).

O Ministério Público do Trabalho, que com outros três ramos (Federal, Militar e do Distrito Federal e Territórios) compõem o Ministério Público da União (art. 128, I, a/d, da CF), exerce suas funções institucionais junto à Justiça do Trabalho, onde atua nos processos de sua competência como "custos legis" ou parte. Como parte, em caso de greve, que é o que interessa ao objeto do presente estudo, o "Parquet" atua suscitando dissídio coletivo (art. 8º, da Lei n. 7.783/89), sempre que entender necessário para garantir a paz social e o bem-estar da coletividade.

Tal forma de atuação tem por escopo o interesse público, que não se confunde com o interesse do administrador público, mesmo porque, como fiscal da lei, deve ter em conta que a greve é um direito constitucionalmente assegurado, que deve ser protegido. O que ocorre, porém, é que muitas vezes,

principalmente naquelas atividades tidas como essenciais, o conflito de interesses coletivos, entre trabalhadores e empregadores, pode produzir reflexos negativos no interesse da sociedade, de natureza difusa, em ver garantidas sua segurança, saúde e sobrevivência, como lhe assegura a Constituição e a Lei (art. 5º, "caput", da CF e arts. 11 e 12 da Lei n. 7.783/89). Nessas hipóteses, o Ministério Público tem legitimidade ativa para atuar processualmente na defesa dos interesses difusos aludidos (arts. 127, caput e 129, II e III, da Carta Magna) requerendo judicialmente ou extrajudicialmente as medidas necessárias ao seu garantimento, de modo a reestabelecer o equilíbrio indispensável entre o exercício do direito de greve e o direito da coletividade atingida pelos efeitos do movimento, mesmo porque: "No exercício de seus direitos e liberdades, todos estarão sujeitos apenas às limitações estabelecidas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar geral em uma sociedade democrática" (art. XXIX, item 2, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada, em 10 de dezembro de 1948, pela Assembléia Geral das Nações Unidas).

Tal forma de atuação, do Parquet, se mostra relevante durante o movimento paredista porque, principalmente no seu preâmbulo, a exaltação natural de ânimos, de parte a parte dos antagonistas sociais, praticamente obstaculiza qualquer possibilidade de entendimento acerca da prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade como determina o art. 11 da Lei n. 7.783/89. Para que a sociedade não fique à mercê da intransigência das categorias em litígio, impõe-se a atuação pronta do Ministério Público, na defesa dos interesses difusos atingidos e manutenção do equilíbrio social indispensável ao exercício pleno das liberdades constitucionais e ao desenvolvimento e segurança nacional.

É certo, ainda, que o Órgão Ministerial tem legitimidade, também, para requerer as medidas judiciais ou extrajudiciais necessárias ao garantimento do exercício do direito de greve (interesse coletivo), sempre que o empregador ou o Poder Público o violar com atos antijurídicos.

Outra forma de atuação consiste na representação à autoridade competente, contra os responsáveis por ilícitos penais durante o movimento de greve.

Ora, o Ministério Público, como órgão autônomo e independente, age norteado pelo interesse público, sendo mera consequência dessa forma ativa de atuação o beneficiamento indireto de qualquer das partes no processo: "Pois é justamente nas questões que dizem respeito a interesses sociais e individuais indisponíveis, a interesses difusos ou coletivos, que o Ministério Público comparece na defesa de relevantes valores democráticos, como bem demonstra Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo, seja para possibilitar o acesso ao Judiciário, seja para operar como fato de equilíbrio entre as partes no processo" ("O Ministério Público na Constituição de 1988", Saraiva, pág. 51, de Hugo Nigro Mazzilli).

5. Com apoio nas considerações acima expendidas, somos levados a formular as seguintes conclusões:

— a Constituição vigente, adotando postura contrária à anterior, permite a greve nos serviços ou atividades essenciais, deixando à lei ordinária a missão de dispor sobre o seu atendimento;

- a prestação dos serviços indispensáveis à manutenção da vida, segurança e saúde da comunidade deve ser acordada entre os empregadores e a categoria em greve, podendo o Ministério Público atuar em defesa da sociedade caso o acordo não seja alcançado ou não seja suficiente à consecução de seu objetivo;

- a falta da prestação dos serviços indispensáveis à manutenção da vida, segurança e saúde da comunidade, em caso de greve em serviço essencial, não pode, a priori, ser imputada exclusivamente aos trabalhadores para fins de declaração de abusividade do movimento;

- se a negociação para a prestação dos serviços indispensáveis à segurança, vida e saúde da comunidade não foi tentada ou, ainda, se o acordo entabulado pelas partes não foi suficiente para alcançar seus objetivos, o Judiciário, a pedido do Ministério Público, poderá ordenar sua prestação, configurando crime de desobediência (art. 330 do Código Penal) o seu descumprimento;

- o Ministério Público do Trabalho, a partir da nova Carta, atua como fiscal da lei e como parte na defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis, sempre norteado pelo interesse público.

CONTRIBUIÇÕES A FAVOR DO SINDICATO

Carlos Moreira De Luca (*)

1. Introdução

O exame do tema há-de ser feito, necessariamente, a partir das normas de maior hierarquia, que condicionam as demais. E parece útil iniciarmos por um exame de tais normas nas anteriores Constituições, para verificar no que o diploma de 1988 se conservou fiel ao passado e no que inovou na matéria.

A primeira Constituição a cuidar da organização sindical foi a de 1934, que simplesmente registrou (art. 120) que "os sindicatos e as associações profissionais serão reconhecidos de conformidade com a Lei". Foi a Carta de 1937 que (sem se distanciar da legislação ordinária anterior) apontou claramente para um modelo corporativista, ao outorgar prerrogativas ao sindicato reconhecido pelo Estado, entre as quais a de impor contribuições e exercer funções delegadas de poder público.

Foram tais disposições que deram lastro para a legislação ordinária que criou o imposto (depois contribuição) sindical, legislação que foi recolhida pela CLT.

A permanência da legislação ordinária, com a Constituição de 1946, foi possível na medida em que esta estabeleceu que a lei regularia a forma de contribuição a favor do sindicato, e o exercício, por este, de funções delegadas pelo poder público (art. 159).

Igualmente a Constituição de 1967 (não alterada nesta parte pela Emenda n. 1/69) atribuiu ao sindicato "o exercício de funções delegadas de poder público", entre as quais "a de arrecadar, na forma da lei, contribuições para custeio" de suas atividades (art. 166 e § 1º).

Referidos tais dispositivos, é fácil concluir que era emanção do exercício de poder público, outorgado pela lei, a arrecadação pelo sindicato da contribuição sindical legal. E baseado nesta mesma faculdade que foram estabelecidas as chamadas contribuições assistenciais, apenas arrecadadas pelo sindicato, na medida em que eram facultativas, pois os integrantes da categoria poderiam excluir-se de seu pagamento.

Temos portanto que a lei criava o tributo (contribuição sindical) e autorizava a arrecadação da contribuição assistencial, o que era coerente com as funções atribuídas ao sindicato.

A Constituição de 1988 afastou-se definitivamente dos modelos anteriores, ao fixar como princípio primeiro e maior que "é livre a associação profes-

(*) Carlos Moreira De Luca, é Juiz Presidente da 45ª JCJ/SP, e professor da Fundação Getúlio Vargas em São Paulo.

sional ou sindical", manifestando seu reconhecimento à autonomia privada coletiva.

O sindicato, se é livre, representa seus associados pelo mandato que os mesmos lhe outorgam no momento da sua criação, ou da filiação sindical. O que a lei faz não é senão estender tal representação para toda categoria, regulando-lhe os efeitos, não interferindo no momento da constituição do sindicato senão para assegurar o princípio da unidade sindical. O estabelecimento de normas para o registro sindical, destaque-se, não representa intervenção do Estado na vida sindical.

2. As contribuições a favor do sindicato

Se o sindicato tem por fundamento a reunião dos integrantes da categoria, o seu custeio deve derivar das contribuições que seus sócios paguem, na forma dos estatutos. E assim é: a lei não precisa regular tal forma de contribuição, pois é inerente a qualquer associação estabelecer a sua disciplina interna, e arrecadar fundos de seus associados para manter-se e manter os serviços que preste.

Por outro lado, num sistema de liberdade sindical, não poderia a lei ordinária deferir ao sindicato a prerrogativa de impor contribuições a todos os integrantes da categoria, sem que houvesse expressa previsão constitucional neste sentido. O disposto no art. 513, e, da CLT, que se acomodava sem dificuldades no sistema sindical corporativo, não seria compatível com a CF/88, não tivesse esta, expressamente, delegado ao sindicato fixar contribuição "para custeio do sistema confederativo da representação sindical" (art. 8º, IV).

Entendo inútil procurar-se explicação jurídica para esta dualidade de contribuições, ambas lastreadas na circunstância do sindicato ter a representação de toda a categoria. Parece certo que a sobrevivência da contribuição sindical legal foi acidental, na Constituição, e deverá ser mantida na legislação ordinária apenas a contribuição confederativa, que faz as vezes da legal.

Se há necessidade de expressa previsão constitucional para que seja possível ao sindicato impor contribuição a todos os integrantes da categoria, parece certo que não sobrevive ao sistema a chamada contribuição assistencial, que não encontra suporte na Constituição, sendo substituída pela confederativa.

Da contribuição sindical legal tem-se dito, sem maiores divergências, que perdura a legislação ordinária anterior, até que outra sobrevenha. Não foi recebido, apenas, o disposto no inciso IV do art. 589 da CLT, pois é incompatível com os princípios adotados pela CF/88 que o Estado participe da contribuição destinada à manutenção da organização sindical.

Também admite-se que a lei ordinária poderá revogar a legislação ordinária existente, fazendo com que desapareça tal contribuição.

3. A contribuição confederativa

3.1. Montante da contribuição

A lei não estabelece limites para a fixação, pela assembléia geral, da contribuição confederativa, que poderá portanto ser uma ou periódica, fixa ou proporcional aos salários do empregado ou ao capital da empresa.

Embora não tenha sido estabelecido limite para seu valor, é certo que deve ele ser razoável, à vista da finalidade para a qual foi criada (manutenção do sistema confederativo). Exagerado que seja o valor fixado, poderão os integrantes da categoria opor-se ao seu pagamento, alegando abuso no exercício do direito deferido à assembléia.

Essa oposição se manifestará pelo não pagamento da contribuição, em se tratando de integrante de categoria econômica; ou através de processo pelo qual o integrante da categoria profissional (que tenha sofrido o desconto do correspondente valor em seus salários) pedirá a repetição da importância paga.

Pedida a fixação da contribuição em dissídio coletivo (do que adiante se cuidará), poderão os integrantes da categoria ingressar no processo, impugnando o valor fixado pela assembléia. Há neste caso interesse jurídico que legitima a intervenção, pois que fixado por sentença normativa o valor da contribuição não será possível discuti-lo no momento em que o mesmo seja cobrado (ou descontado em folha).

3.2. Não sócios do sindicato

O critério de cobrança da contribuição deve ser único, não se admitindo discriminação entre sócios e não sócios.

A Constituição foi taxativa ao estabelecer que "ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato" (art. 8º, V), impedindo assim qualquer forma de constrangimento para o não associado; e teria claramente este sentido onerá-lo com contribuição superior àquela imposta ao sócio.

Fixada que seja contribuição assim diferenciada, deverá se entender que prevalece para todos a menor, estabelecida para os sócios.

3.3. Inclusão da contribuição em norma coletiva

A competência para fixar unilateralmente a contribuição é do sindicato. Porém, desde que o faça a assembléia geral, o estabelecimento de procedimento de desconto em folha e prazo para recolhimento aos cofres do sindicato profissional, com a previsão de multa no não cumprimento do avençado, justifica a sua inclusão em acordo ou convenção coletiva, ou o pedido para que discipline tal recolhimento a sentença normativa.

Se o que justifica a sua inclusão na norma coletiva é a disciplina do desconto em folha (pois a autorização para fixar a contribuição deriva do estabelecido na Constituição), temos que não há qualquer razão para que seja incluída disposição sobre contribuição confederativa patronal em norma coletiva, não devendo sua inclusão ser determinada por sentença normativa. Mesmo sua inclusão em acordo celebrado em dissídio coletivo fere os princípios do processo (pois não há interesse processual na inclusão da disposição), pelo que cláusula que o estabeleça não deve ser homologada.

3.4. Destinação da contribuição

Se o Estatuto Básico estabelece que a contribuição se destina ao "custeio do sistema confederativo da representação sindical", não pode a assembléia ignorar a circunstância e deixar de fazer a distribuição do que seja arrecadado aos órgãos integrantes do sistema (sindicato – federação – confederação). Não há indicação de como deva se proceder a tal distribuição, de-

vendo imperar o critério da razoabilidade, adequando-se a parcela destinada a cada um às suas finalidades, atuação e portanto despesas.

Tal distribuição poderá ser acordada pelas entidades integrantes de cada confederação; mas a adesão à proposta pelo sindicato é essencial, pois é competência privativa da assembléia geral fixar a contribuição (e portanto igualmente dela dispor).

A questão da forma de distribuição da contribuição sindical por certo ganhará relevo se vier a ser extinta a contribuição sindical legal; pois se tornará ela a fonte fundamental de custeio de federações e confederações.

As centrais sindicais não integram o "sistema condeferativo", órgãos de representação política (e não jurídica) das entidades sindicais que são; até porque o princípio da unidade sindical se projeta em todos os níveis ou graus da organização (art. 8º, II). Desta forma, não há como deferir-lhes participação na contribuição confederativa (não ficando afastada a possibilidade de serem estabelecidas outras formas e critérios de contribuição em seu benefício, pelas entidades sindicais).

3.5. Contribuição confederativa e contribuição assistencial

Por força da tradição, sobrevive em normas coletivas a contribuição assistencial. Enquanto substitua ela a contribuição confederativa, e desde que não haja superposição de ambas, poderá se entender que temos apenas uma irrelevante questão terminológica. Vale dizer, podemos admitir uma chamada contribuição assistencial, desde que preservadas as características e os condicionantes todos da contribuição que estamos chamando de confederativa.

Parece entretanto inaceitável que a contribuição assistencial tenha destinação vinculada às atividades assistenciais do sindicato (na forma como se introduziu nas normas coletivas). Neste caso os não sócios (que, como já foi dito, têm o abrigo da proteção constitucional) estariam custeando serviços dos quais não se valerão, ficando injustificada a cobrança de tal contribuição dos mesmos.

3.6. Competência para cobrança

Na linha das anteriores Constituições, a atual exclui da competência da Justiça do Trabalho as questões inter e intra-sindicais. Limitando a competência da Justiça especializada ao conhecimento de "dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, ... e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho..." (art. 114), manteve as questões referentes à contribuição confederativa na esfera de competência da Justiça comum estadual, sempre que tal contribuição tenha sido fixada autonomamente pela assembléia geral, ou mesmo quando disciplinados os procedimentos de cobrança em acordo ou convenção coletiva.

É da competência da Justiça do Trabalho apenas o conhecimento de processos fundados em sentença normativa, ante a disposição final do mesmo dispositivo: "...bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas".

Várias decisões do Superior Tribunal de Justiça afirmaram que em qualquer hipótese a competência para conhecer de processo que tenha por objeto contribuição confederativa é da Justiça do Trabalho, ignorando a distinção entre acordos/convenções coletivos e sentença normativa. Mas encontra-se acór-

dão unânime da 1ª Seção daquela Corte, que distingue pontualmente as duas hipóteses, e reconhece a competência (da Justiça Comum ou do Trabalho) conforme a contribuição se lastreie em norma coletiva autônoma ou em sentença normativa (cf. Rev. LTr 54-10/1.225). Resta verificar como se definirá a jurisprudência daquele Tribunal.

4. Conclusão

A Constituição Federal de 1988 aderiu ao princípio da liberdade sindical, o que representa volta de 180 graus em relação ao sistema de organização corporativa tradicionalmente adotado entre nós. Entretanto, preservou algumas características típicas daquele sistema, tornando difícil a conciliação de normas de oposta orientação.

A par de tais dificuldades, a vivência ininterrupta de uma organização sindical permeada pela interferência do Estado, e toda ela disciplinada pela lei, fez com que se moldassem mentalidades, que hoje (consciente ou inconscientemente) resistem às novas diretrizes.

Será necessária muita reflexão, muita atenção aos princípios, muita cautela em relação aos conceitos, muitos deles devendo ser substituídos, para que construamos o novo sistema sindical com que acena a Constituição, baseado nos princípios da liberdade sindical.

Não podemos continuar a pensar as instituições sindicais com base nos princípios e atribuindo-lhes características corporativistas. A atribuição de poder tributário ao sindicato é incompatível com o sistema de liberdade sindical, que preserva a independência das associações de classe; se a CF/88 adotou o princípio da liberdade mantendo contudo elementos próprios do corporativismo, tais elementos devem ser interpretados de forma estrita, sem ampliações.

No que nos interessa, a imposição de contribuições a toda a categoria só pode ser admitida nos termos em que autorizada pela Constituição, e para os fins ali estabelecidos. Ou seja, a contribuição corporativa, voltada para o custeio da organização sindical nos seus três níveis, deve atender a tais objetivos, e deles não pode exorbitar. Lembre-se que a finalidade essencial do sindicato, que se projeta e alcança toda a categoria, é a negociação, que envolve a formulação de reivindicações e a contratação de novas condições de trabalho. A função assistencial se legitima enquanto custeada pelos próprios associados, não havendo como justificar que estes se beneficiem de contribuições impostas a toda a categoria.

A tarefa de repensar as instituições sindicais, e construir sistema sólido e isento de contradições é para muitos, e para muito tempo. Mas é preciso começar a caminhada, e o presente trabalho não é senão mais uma participação no debate que se inicia.

PARCERIA E FALSA PARCERIA

Iara Alves Cordeiro Pacheco (*)

I – Frequentes as ações em que o Autor pleiteia reconhecimento de vínculo empregatício e verbas consequentes, opondo-se a Ré na defesa, sob alegação de parceria. Comumente, então, o Recte. dirige a prova no sentido de que não foram observadas, as normas referentes ao instituto e, por isso, deve ser reconhecido o vínculo.

Na verdade, em muitos contratos de parceria, várias regras são violadas. Exemplificando:

A) Encontramos contrato de parceria estipulado entre arrendatário e parceiro agricultor. No entanto, já no art. 92 da Lei n. 4.504, de 30.11.64 (Estatuto da Terra), lê-se: "A posse ou uso temporário da terra serão exercidos em virtude de contrato expresso ou tácito, estabelecido entre o proprietário e os que nela exerçam atividade agrícola ou pecuária, sob a forma de arrendamento rural, de parceria agrícola, pecuária, agroindustrial e extrativa, nos termos desta lei".

Em todos os demais artigos refere-se o Estatuto ao parceiro outorgante como proprietário. O regulamento (Decreto n. 59.566, de 14.11.66) em seu art. 1º parece alargar o conceito de "proprietário" contido no Estatuto, quando estipula: "O arrendamento e a parceria são contratos agrários que a lei reconhece, para o fim de posse ou uso temporário da terra, entre o proprietário, quem detenha a posse ou tenha livre administração de um imóvel rural e aquele que...". No entanto, tal adendo quer se referir às situações catalogadas no art. 12, III, do Regulamento. Tal artigo, que estabelece os elementos que devem constar no contrato escrito, menciona que na descrição do arrendador ou parceiro outorgante, deve constar se se trata de "proprietário, usufrutuário, usuário ou possuidor". Assim, o arrendatário não pode assumir a posição de parceiro outorgante, mesmo porque o art. 7º, § 2º, do Regulamento, estabelece categoricamente: "Os arrendatários serão sempre admitidos como cultivadores diretos".

B) Outra norma muitas vezes violada diz respeito à autonomia do parceiro outorgado para comercialização dos frutos que lhe cabem na parceria, sendo a produção, em sua totalidade, comercializada pelo parceiro outorgante.

Sucedendo que, enquanto o art. 93, II, do Estatuto e art. 13, VII, "b", do Regulamento, proíbem a exclusividade da venda da colheita pelo parceiro outorgante, da mesma forma, com nova redação, menciona o art. 96, V, "f", do Estatuto: "direito e oportunidade de dispor sobre os frutos repartidos".

(*) Iara Alves Cordeiro Pacheco, é Juíza Presidente da JCI de Bragança Paulista.

C) Comum também o fato de o parceiro outorgante autorizar ou conduzir o agricultor a determinado armazém ou supermercado para aquisição de gêneros alimentícios, cujas contas são pagas pelo proprietário da terra, para acerto posterior. Todavia, o art. 13, VII, "b", do Regulamento, proíbe a "obrigatoriedade de aquisição de gêneros e utilidades em armazéns ou barracões determinados pelo arrendador ou pelo parceiro outorgante".

D) Cediço ainda encontrar-se contratos em que as partes estipularam participação de 50% (cinquenta por cento), mas o parceiro agricultor responde pelas despesas (pela metade) com a aquisição de sementes.

Entretanto, no art. 96, VI, "d", do Estatuto, para tal percentual, estabelece que o proprietário deverá concorrer com "a terra preparada e o conjunto básico de benfeitorias enumeradas na alínea "c" e mais o fornecimento de máquinas e implementos agrícolas, para atender aos tratos culturais, bem como as sementes e animais de tração..." (grifamos).

E) Verifica-se ainda com constância que, por ocasião do acerto de contas, o parceiro outorgante reajusta os preços dos implementos adquiridos, para a época do acerto, a fim de abater as despesas.

Porém, o art. 96, VI, "e" estabelece: "O proprietário poderá sempre cobrar do parceiro, pelo seu preço de custo, o valor de fertilizantes e inseticidas fornecidos no percentual que corresponder à participação deste, em qualquer das modalidades previstas nas alíneas anteriores" (grifamos).

Após tais exemplos, cabe salientar que os arts. 2º e 13, I, do Regulamento, proíbem a renúncia dos direitos ou vantagens estabelecidas em leis ou regulamentos, por parte dos arrendatários ou parceiros outorgados, manifestando-se no mesmo sentido o art. 13, IV, da Lei n. 4.947/66.

Portanto, os direitos e vantagens que o Instituto concede ao parceiro outorgado são irrenunciáveis. Assim, existindo violações poder-se-ia concluir pela falsidade da parceria e reconhecer o parceiro outorgado como empregado, conforme art. 2º, da Lei n. 5.889/73.

II – Todavia, análise mais acurada do instituto, demonstra que não foi essa a intenção do legislador, visto que o parágrafo único do art. 2º, do Regulamento, preconiza: "Qualquer estipulação contratual que contraria as normas estabelecidas neste artigo, será nula de pleno direito e de nenhum efeito".

Desta forma, irregularidades como aquelas acima mencionadas, não desnaturalizam o contrato, mas apenas levaria as partes ao expurgo delas perante a Justiça Estadual.

III – Na verdade, o afastamento da validade do pactuado, depende de restarem configuradas as circunstâncias descritas no art. 96, parágrafo único da Lei n. 4.504/64 e art. 84 do Decreto n. 59.566/66, que mencionam: "Os contratos que prevejam o pagamento do trabalhador, parte em dinheiro e parte percentual na lavoura cultivada, ou gado tratado, são consideradas simples locação de serviço, regulada pela legislação trabalhista, sempre que a direção dos trabalhos seja de inteira e exclusiva responsabilidade do proprietário, locatário do serviço, a quem cabe todo o risco, assegurando-se ao locador pelo menos, a percepção do salário mínimo no cômputo das duas parcelas".

Portanto, para que seja desfigurado o contrato de parceria, faz-se necessário a coexistência de três requisitos: a) pagamento da parte em dinheiro e

parte percentual na lavoura cultivada; b) direção dos trabalhos de inteira e exclusiva responsabilidade do proprietário; c) risco por conta exclusiva do proprietário.

1º) O primeiro requisito diz respeito ao "pagamento pelo parceiro outorgante de parte em dinheiro e parte percentual na lavoura cultivada".

Mesmo na análise desse elemento as normas são falhas.

Verifica-se que o contrato de parceria, como descrito no Código Civil (arts. 1.410 e 1.415) é um verdadeiro contrato de sociedade (embora discutam os doutrinadores se seria um misto de locação e sociedade), visto que o proprietário entrega a terra para o parceiro agricultor que a cultiva e reparte os frutos com o parceiro outorgante. De acordo com Aluísio Sampaio, surgiu o instituto logo após a abolição da escravidão e resultou da necessidade de "desonerar o proprietário da inversão de capitais na atividade produtiva e de pô-lo a salvo dos riscos inerentes à atividade agrícola" ("Contrato de Trabalho Rural", Ed. RT, 1974, pág. 58).

Como sociedade, apresentava condições ainda mais rígidas para o parceiro agricultor do que as previstas para o sócio de indústria na sociedade de capital e indústria catalogada no Código Comercial (arts. 317/324), já que enquanto o parceiro agricultor sofre os riscos do negócio, o sócio de indústria por eles não responde "salvo provando-se dolo ou fraude de sua parte" (art. 322, do C. Comercial).

Parece que o Estatuto da Terra quis fazer da parceria um contrato de sociedade, tentando escolmar os resquícios do regime feudal. No entanto, talvez não convicto de tal possibilidade, abriu brechas que desnaturam um perfeito contrato societário, como se verifica, por exemplo, no art. 93, parágrafo único: "Ao proprietário que houver financiado o arrendatário ou parceiro, por inexistência de financiamento direto, será facultado exigir a venda da colheita até o limite do financiamento concedido, observados os níveis de preços do mercado local". Tal artigo desnatura outros fundamentais. Um deles é o art. 13, VII, "a", do Regulamento, que estipula que o parceiro outorgante deve concordar com a solicitação de crédito rural feita pelo parceiro outorgado e outros são aqueles já mencionados, referentes à exclusividade na venda da colheita.

Portanto, não se tem mais a parceria prevista no Código Civil que objetivava "desonerar o proprietário da inversão de capitais na atividade produtiva e pô-lo a salvo dos riscos inerentes à atividade agrícola", nem se pode definir o parceiro agricultor como aquele que se dedica à lavoura "com autonomia financeira e absoluta independência", como querem Nilza Perez de Rezende ("Obrigações Trabalhistas do Empregador Rural", LTr Edit., 1985, pág. 34) e Maria José Silva D'Ambrósio ("O Trabalhador Rural e o Empregado Rural", artigo in "Revista de Direito do Trabalho", n. 48, 1984, págs. 41/55).

Por isso, também, não se pode acolher a tese do parceiro agricultor, de que seria empregado apenas porque não tem condições financeiras e a lavoura foi financiada pelo parceiro outorgante. O fato de o proprietário financiar a lavoura na redonda, desde logo, na existência de vínculo empregatício, visto que o próprio Estatuto prevê expressamente tal possibilidade.

Aliás, Altamir Pettersen e Nilson Marques, salientam: "O que distingue a parceria da falsa parceria não é o fato do trabalhador receber sua remuneração parte em dinheiro e parte em frutos. A falsa parceria é a clara intenção de

ocultar por trás de um suposto contrato de parceria o que em realidade é um contrato de trabalho. Na falsa parceria, existe subordinação jurídica e econômica do falso parceiro" ("Uso e Posse Temporária da Terra – Arrendamento e Parceria", Ed. Pró-Livro, 1980, pág. 35).

2º) O segundo requisito para descaracterizar a parceria é que a direção dos trabalhos seja de inteira e exclusiva responsabilidade do proprietário.

Isso não significa que o proprietário não possa acompanhar o trabalho desenvolvido, já que como parceiro tem interesse no sucesso da produção. Significa que o poder diretivo do empreendimento deve estar exclusivamente nas mãos do proprietário. E o que é o "poder diretivo"? De acordo com Octavio Bueno Magano "o poder diretivo é uma das ramificações do poder considerado 'latu sensu', vale dizer, decisão no sentido de prevalecerem determinadas normas de conduta, no âmbito da empresa" ("Do Poder Diretivo na Empresa", Ed. Saraiva, 1982, pág. 29). Amauri Mascaro Nascimento subdivide o poder diretivo em três segmentos: poder da organização do capital e do trabalho, poder de fiscalizar as atividades profissionais dos seus empregados e poder de puni-los" ("Iniciação ao Direito do Trabalho", LTr Edit., 1984, págs. 127/131).

Portanto, parece que temos nesse poder diretivo o elemento que o art. 2º, da Lei n. 5.889/73, denomina de dependência ou subordinação. E o que é subordinação? Afastam desde logo, a maioria dos juristas, de sua natureza, os elementos econômico e técnico, com adoção da tese da dependência jurídica. Menciona Amauri Mascaro Nascimento que "a terceira teoria é a que a dependência é jurídica, resultando de uma situação de subordinação baseada num contrato em razão do qual o empregador, por direito ordena e o trabalhador cumpre" ("Iniciação ao Direito do Trabalho", LTr Edit., 1981, pág. 82). Também Carlos Alberto Barata e Silva salienta: "A subordinação é essencialmente voluntária ao que entendemos. Depende do consentimento do empregado, que o dá no momento da celebração do contrato de trabalho ao empregador, que detém o poder de comando da Empresa, e que organiza a Empresa, organiza os fatores de produção. Por isso se diz que a subordinação é jurídica. É um status a que voluntariamente se submete o empregado" ("Compêndio de Direito do Trabalho", LTr Edit., 1983, pág. 183).

Manifesta-se neste sentido Aluysio Sampaio: "O critério, pois, para configurar a existência de uma relação de emprego numa pseudoparceria consiste na verificação da existência do vínculo de subordinação jurídica" (ob. cit., pág. 61).

Da mesma forma Roberto Barretto Prado: "O parceiro é empregado quando se submete à direção do fazendeiro, de quem recebe ordens de serviços" ("Comentários à Nova Lei do Trabalho Rural", LTr Edit., 1975, pág. 26).

3º) O terceiro requisito consiste em correr os "riscos do empreendimento por conta exclusiva do proprietário".

Salienta Roberto Barretto Prado: "A parceria não coexiste com o contrato de emprego quando o trabalhador participa das perdas, assumindo conjuntamente com o proprietário os riscos do empreendimento" (ob. cit., pág. 27).

Portanto, não bastam sejam violadas regras da legislação do instituto para que se configure o vínculo, mas é necessário que, além de receber parte em dinheiro, esteja o negócio sob a direção exclusiva do proprietário, arcando este sozinho com os riscos do empreendimento. Se preenchidos os requisitos

previstos no art. 96, parágrafo único, do Estatuto da Terra, que coincidem com aqueles do art. 2º da Lei n. 5.889/73, será o parceiro empregado, fazendo jus a todos os direitos trabalhistas e não apenas ao salário mínimo. Se não preenchidos, não há que se falar em vínculo empregatício.

IV – No entanto, ainda que não possa o parceiro agricultor merecer conceituação de empregado, nos termos do art. 2º, da Lei n. 5.889/73, de se salientar que tal lei o ampara como trabalhador rural, consoante art. 17: "As normas da presente lei são aplicáveis, no que couber, aos trabalhadores rurais não compreendidos na definição do art. 2º, que prestem serviços a empregador rural".

Esclarece Aluysio Sampaio, na citação supra, aqui repetida e completa: "O critério, pois, para configurar a existência de uma relação de emprego numa pseudoparceria consiste na verificação da existência de subordinação jurídica. Mas, mesmo na inexistência do aludido vínculo de subordinação jurídica, é possível configurar-se uma relação de trabalho rural, em sentido lato. Basta para isso que o chamado parceiro agricultor seja um mero trabalhador e não empresário" (ob. cit., pág. 61).

No mesmo diapasão o pensamento de Roberto Barretto Prado: "Queremos salientar, mais uma vez, que a presente lei regula "as relações de trabalho rural", e não apenas o contrato de emprego (art. 1º). As relações de trabalho autônomo, decorrentes dos contratos de parceria associativa e empreitada propriamente dita, sujeitam-se a seus dispositivos "no que lhes couber". Quem trabalha habitualmente possui direitos decorrentes de sua atividade operativa, que não podem deixar de ser proclamados e respeitados, mesmo que a atividade não seja subordinada" (ob. cit., pág. 141).

Como balizadora da expressão "no que couber", contida no art. 17 da Lei n. 5.889/73, à falta de outros parâmetros, pode-se utilizar o que está contido no próprio art. 96, parágrafo único, do Estatuto da Terra: "... assegurando-se ao locador, pelo menos, a percepção do salário mínimo no cômputo das duas parcelas".

Isto significa uma apuração dos valores percebidos pelo trabalhador durante o contrato, respondendo o proprietário pelas diferenças, se o montante não alcançar o "quantum" correspondente ao salário mínimo do mesmo período.

V – Finalizando, o que realmente se quer salientar com este estudo é que os problemas da ambigüidade do instituto da parceria e a ausência de regras específicas para os trabalhadores rurais, que a Lei n. 5.889/73 pretendeu alcançar com seu art. 17, mas, efetivamente não conseguiu, devem merecer profundas reflexões dos nossos juristas e legisladores.

A PRESCRIÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

Pedro Paulo Teixeira Manus^(*)

A prescrição sempre foi um tema que ensejou polêmicas acirradas no âmbito do Direito do Trabalho. Por um lado reconhecidamente um instituto de interesse público, cuja finalidade é a estabilização das relações entre os sujeitos do contrato de trabalho, o que revela sua destacada importância. De outra parte, a insegurança do empregado quanto à manutenção de seu contrato de trabalho, mormente com o advento da Lei 5.107/66, que instituiu o regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, eliminando, na prática, a estabilidade aos dez anos de serviço, tornava a prescrição um instituto cada vez mais injusto para o empregado.

Diante da situação de insegurança do empregado, raros eram os casos de reclamações trabalhistas na vigência do contrato de trabalho. Temeroso de sofrer represálias por parte do empregador, vindo até a ser dispensado, o empregado só ingressava em juízo após a dispensa, para reclamar eventuais direitos não reconhecidos na vigência do contrato.

Ocorre que fluindo o prazo prescricional na vigência do contrato, quanto mais demorava o empregado para ingressar em juízo, maior a fatia de seus direitos que era alcançada pela prescrição do artigo 11 da CLT. Um trabalhador que permanecesse no emprego por cinco anos, cumprindo horas extras, sem que as mesmas fossem pagas e que ingressasse em juízo no dia seguinte à despedida, poderia reclamar somente os dois últimos anos trabalhados, pois a prescrição bienal do citado artigo 11 da CLT já havia alcançado o direito de ação dos três primeiros anos trabalhados.

Eis, aí, sob a ótica dos empregados, o caráter injusto da prescrição: o prazo de dois anos que fixava o artigo 11 da CLT era por demais exíguo, tendo em conta o temor de reclamar na vigência do contrato de trabalho.

Fruto dessa situação é a constatação de que a Justiça do Trabalho é, em realidade, uma justiça de desempregados, como regra.

A par dessa visão dos trabalhadores urbanos, à época da vigência do artigo 11 da CLT, viam-se os empregadores rurais às voltas com a prescrição fixada pelo artigo 10 da Lei 5.889/73.

A prescrição para o trabalhador rural, igualmente fixada pelo prazo de dois anos, só começava a fluir a partir da cessação do contrato de trabalho. Eis aí a grande distinção. Caso o exemplo acima do trabalhador com cinco anos de vigência do contrato, que jamais recebera horas extras, fosse de um

(*) Pedro Paulo Teixeira Manus, é Juiz Presidente da 14ª JCJ/SP e Professor da PUC/SP.

empregado rural, este ingressando em juízo no dia seguinte à dispensa, poderia reclamar todas as horas extras. Assim, qualquer irregularidade, desde o ingresso e até a saída, só seria alcançada pela prescrição após dois anos de cessação do contrato, qualquer que fosse o lapso de vigência do contrato.

Neste caso, encontravam-se os empregadores insatisfeitos, porque as relações jurídicas, na vigência do contrato de trabalho rural não se cristalizavam, mas só após dois anos do término do contrato.

Com o advento da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, grande foi a alteração promovida no instituto da prescrição no campo do Direito do Trabalho.

Assim dispõe a Constituição Federal:

"art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social:

.....

XXIX – ação, quanto a créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de:

a) cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos da extinção do contrato;

b) até dois anos após a extinção do contrato, para o trabalhador rural".

Cuida, portanto, o artigo 7º da Carta Constitucional da prescrição para o trabalho urbano e rural.

Vejamos, de início, as alterações nas relações de trabalho urbanas.

Deste logo, frise-se, a convicção é no sentido de que auto-aplicável o texto constitucional, o que significa dizer que desde 5.10.88, data da vigência da nova Carta, o lapso do artigo 11 da CLT foi revogado pelo art. 7º da Constituição Federal.

E até aqui não se vislumbram debates na aplicação do novo prazo prescricional, pois estamos no plano teórico da questão.

Assim, passemos a racionar concretamente na aplicação do novo prazo do velho instituto.

A premissa a ser fixada, de modo a nortear a solução dos problemas práticos que se apresentam, diz respeito à forma de aplicação do novo prazo.

Como dissemos, dúvida não há quanto à auto-aplicabilidade do novo prazo do art. 7º do texto constitucional. Não obstante, o texto constitucional no seu artigo 5º, XXXVI, assegurou que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Eis porque, a nosso ver, embora aplicável o novo prazo prescricional desde o advento da nova Carta, o mesmo só alcançou os prazos ainda em curso em 5.10.88, porque aqueles que até a véspera da nova Carta já haviam sido completados não foram "ressuscitados" pelo legislador constitucional.

A premissa a ser fixada é no sentido de que as situações jurídicas consolidadas até a véspera da nova Carta por ela não foram alteradas. Trata-se do respeito ao ato jurídico perfeito, nos termos do artigo 5º da Constituição Federal. As relações jurídicas em curso, cujo lapso prescricional ainda transcorria, em 5 de outubro de 1988, aplicável o novo prazo de cinco anos da Constituição. Trata-se aqui da vigência imediata da norma constitucional.

E partindo dessa premissa é que podemos resolver as situações que se colocam no nosso cotidiano, sem que se cometa violência contra aqueles cujo prazo prescricional já havia tornado imutável uma determinada situação, nem violando o direito daqueles que se beneficiam do novo prazo fixado pela Constituição Federal.

Assim, partindo dos limites acima fixados, embora relevantes o período de vigência do contrato de trabalho e a data do ajuizamento da reclamação, fundamental é saber se aplicável no tempo o novo lapso prescricional. Importam a vigência do contrato e a data do ajuizamento, pois fixam o início do período prescricional e a sua interrupção. Mas essencial é saber se julgado o feito já sob a égide da nova Carta, hipótese em que se aplica o novo prazo, salvo se mais vantajoso o anterior de dois anos.

Parece curioso dizer que o prazo de dois anos possa ser mais benéfico que o de cinco anos da C. Federal, mas por um determinado período assim ocorre. Isso porque, lembremo-nos, os cinco anos são aplicáveis, mas até 5.10.86, pois os prazos anteriores, quando do advento da Constituição já estavam vencidos e por ela não foram alterados.

Imaginemos um exemplo de um contrato cuja vigência tenha sido de janeiro de 1983 até março de 1988. Não existe impedimento de aplicação do novo prazo, porque até março de 1990 transcorreria o prazo para reclamar, segundo o artigo 11 da CLT. Mas, em outubro de 1988, um mês após a rescisão, o artigo 7º da Constituição ampliou este prazo, como já mencionamos. Caso o reclamante tenha ingressado em juízo em junho de 1988, aí interrompeu-se o curso da prescrição. Pelo sistema antigo o período não prescrito seria fixado de junho de 1986 até junho de 1988, a contar do ajuizamento. Ora, se limitada a aplicação do novo prazo a 5-10-86, no caso acima é mais vantajoso o prazo de dois anos do que o novo de cinco.

Diga-se que entendemos auto-aplicável o novo prazo, mas dia-a-dia a contar de 5.10.88. Assim, somente quando a C. Federal completar três anos e um dias de vigência, em 6 de outubro de 1991, é que teremos o lapso completo de cinco anos. Raciocinar de forma contrária, a nosso ver, significaria fazer "ressuscitar" prazos já vencidos e, portanto, ofender os atos jurídicos perfeitos à luz da lei então aplicável, que a própria Constituição determinou respeitar.

Já quanto ao trabalhador rural, a Constituição Federal de 1988 foi mais além:

"art. 233. Para efeito do art. 7º, XXIX, o empregador rural comprovará de cinco em cinco anos, perante a Justiça do Trabalho, o cumprimento das suas obrigações trabalhistas para com o empregado rural, na presença deste e de seu representante sindical.

§ 1º Uma vez comprovado o cumprimento das obrigações mencionadas neste artigo, fica o empregador isento de qualquer ônus decorrente daquelas obrigações no período respectivo. Caso o empregado e seu representante não concordem com a comprovação do empregador, caberá à Justiça do Trabalho a solução da controvérsia.

§ 2º Fica ressalvado ao empregado, em qualquer hipótese, o direito de postular, judicialmente, os créditos que entender existir, relativamente aos últimos cinco anos.

§ 3º A comprovação mencionada neste artigo poderá ser feita em prazo inferior a cinco anos, a critério do empregador".

Foi mantido o prazo de dois anos da extinção do contrato para o trabalhador rural, mas o artigo 233 das Disposições Constitucionais Gerais determinou a comprovação a cada cinco anos, pelo empregador rural, de modo a procurar evitar dívidas trabalhistas relativas a todo o contrato havido, o que torna difícil a prova e mesmo eventual cumprimento de condenação em tais casos, quando os valores são expressivos.

A propósito da primeira comprovação, após a vigência da Constituição Federal, assim dispõe o texto constitucional, nas Disposições Constitucionais Transitórias:

"Art. 10.

3º Na primeira comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas pelo empregador rural, na forma do art. 233, após a promulgação da Constituição, será certificada perante a Justiça do Trabalho a regularidade do contrato e das atualizações das obrigações trabalhistas de todo o período".

Assim, quando da primeira comprovação ter-se-á por quitado todo o período trabalhado desde a admissão até esta primeira quitação, iniciando-se, então, novo lapso de cinco anos para nova prestação de contas, a teor do mencionado artigo 233 da Constituição Federal.

Vê-se que no caso do trabalho rural não encontramos problemas de aplicação da nova disposição constitucional aos contratos em curso, pois mantido, quanto à prescrição, o mesmo prazo. Outras questões surgem quanto à prestação de contas inseridas como novidade, tendentes a saber se não ensejarão outros problemas e se configurará um instrumento eficaz para regularizar as relações de trabalho rural.

Em síntese, temos aqui algumas considerações sobre a aplicação do instituto da prescrição em Direito do Trabalho, que se somam aos problemas existentes de interpretação, anteriormente à vigência da nova Constituição Federal e que deverão chegar às instâncias superiores, a fim de que a jurisprudência venha a se uniformizar a respeito.

Ainda aí, como é sabido, a discussão não terá cessado, não obstante o posicionamento dos Tribunais. E isso porque a prescrição, como tantos outros institutos, enseja discussão constante e alteração inclusive do posicionamento jurisprudencial. A propósito, a tese da prescrição de todo o direito de ação e a tese da prescrição apenas das parcelas anteriores ao biênio (agora ao quinquênio) e não do núcleo do direito.

Temos para nós que este último posicionamento é que mais se coaduna com a interpretação em Direito do Trabalho. Com efeito, a prescrição atinge sempre o direito de ação relativo às parcelas por ela já alcançadas e não todo o direito de ação quando o ato do empregador se repete no tempo. Assim, diferenças salariais, por exemplo, constituem hipótese em que o proceder do empregador se renova e, portanto, não enseja prescrição total, mas apenas parcial.

Por fim, mesmo, os casos de diferenças devidas após o término do contrato de trabalho devem merecer o mesmo tratamento, pois dele decorrentes. É o caso de diferenças de complementação de aposentadoria, situação em

que mês a mês o empregador renova seu ato, dando ensejo a novo prazo prescricional.

A prescrição é total, alcançando todo o direito de ação, a nosso ver, somente nos casos em que o empregador pratica um só ato, comissivo ou omissivo, caso em que teremos, ao cabo do prazo prescricional, o perecimento de todo o direito de ação.

Trata-se, como se viu de considerações pessoais, fruto da experiência e meditação sobre o tema, pretendendo, tão-só, contribuir para o debate e encaminhamento de soluções.

PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE

Samuel Corrêa Leite (*)

Observamos algumas decisões no sentido de que inexistente incompatibilidade na defesa que, após negar a existência da relação de emprego, invoca justa causa. Tais decisões fundam-se no princípio da eventualidade. "Data venia", ousamos discordar. Com efeito, embora pelo princípio da eventualidade, acolhido pelo Código de Processo Civil, o réu deva aduzir toda sua defesa na contestação, ainda que convicto de que bastará esta ou aquela preliminar para pôr termo à ação, pois, eventualmente, a preliminar poderá ser repelida e já não lhe será mais possível aditar a contestação, conforme artigo 300, do Código de Processo Civil, cabendo-lhe, por isso mesmo, manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial, presumindo-se como verdadeiros os fatos narrados na petição e não impugnados, a teor do artigo 302, também do Código de Processo Civil, executando-se as hipóteses previstas nos incisos I a III, do mesmo artigo 302, isso não significa possa suscitar fatos incompatíveis entre si.

O primeiro obstáculo encontra-se no inciso IV, do parágrafo único, do art. 295, do Código de Processo Civil, que considera inepta a petição inicial que contém pedidos incompatíveis entre si. Ora, tendo em vista o princípio da igualdade entre as partes, como é possível ser vedado ao autor formular pedidos incompatíveis entre si e, no entanto permitir-se que o réu, em defesa, formule alegações incompatíveis entre si?

Segundo obstáculo diz respeito à instrução e julgamento do feito. Isto porque a contestação pode adotar as seguintes posições:

1ª) Negar a existência do fato que serve de suporte à pretensão do autor, hipótese em que este terá que comprovar a existência do fato por ele alegado, de conformidade com o disposto no artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil;

2ª) Admitir a existência do fato alegado pelo autor, mas negar as consequências por ele extraídas desse fato, hipótese em que o autor está desobrigado de produzir provas da existência do fato por ele alegado;

3ª) Admitir a existência do fato alegado pelo autor, mas colocar outro fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, hipótese em que este também está desobrigado de produzir provas da existência do fato por ele alegado, porém assumindo o réu o ônus de comprovar a existência do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito daquele, a teor do disposto no art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil.

(*) Samuel Corrêa Leite, é Juiz Presidente da JCM de Marília.

Por isso mesmo, admitindo-se como possível o empregador, em contestação, negar a existência da relação de emprego e, concomitantemente, alegar justa causa para a despedida, em termos de provas, surgiriam as seguintes situações processuais:

a) O autor poderia ouvir até três testemunhas para fazer prova da sua condição de empregado, enquanto o réu, confortavelmente, aguardaria a oitiva dessas testemunhas, também podendo, ao depois, ouvir até três testemunhas para fazer a contraprova. Colhidas essas provas, a Junta teria que proferir sentença declaratória da existência, ou não, da relação de emprego e, é claro, podendo qualquer das partes recorrer dessa decisão, caso em que o processo teria que ser encaminhado ao Tribunal. Se procedente a reclamação por sentença transitada em julgado, o processo retornaria, sendo reaberta a instrução processual para efeito do empregador fazer prova da justa causa, podendo este ouvir novamente até três testemunhas e o empregado, outra vez, até três testemunhas e, ao depois, a Junta proferindo nova decisão no mesmo processo, abrindo-se a possibilidade de novo recurso, o que seria absurdo;

b) Nem há que se pretender, em face dos princípios da concentração e da oralidade, a instrução única. Impede, no caso, não somente a distribuição do ônus probatório, como também o fato de que, embora a controvérsia sobre a existência, ou não, da relação de emprego envolva o mérito e com este se confunda, a rigor, a negativa da existência do vínculo empregatício constitui uma prejudicial a ser decidida.

O terceiro obstáculo também é de ordem processual. O princípio da eventualidade aplica-se com maior intensidade no direito processual penal, pela simples razão de que cuida da liberdade do indivíduo. Mas, nem por isso admite a alegação de negativa da autoria do delito de homicídio, concomitantemente, com a alegação de legítima defesa, justamente porque são alegações incompatíveis entre si. Ou o indivíduo matou alguém e foi em legítima defesa, ou não matou. Como, então, admitir-se no processo trabalhista, especialmente levando-se em conta o princípio protetor do empregado, a aplicação irrestrita da eventualidade com evidente tumulto processual e inegável prejuízo ao economicamente mais fraco?

O último obstáculo resulta da lógica, inclusive jurídica. Com efeito, o autor, com base na existência de um fato, deste extrai conseqüências. Esse fato existe, ou não existe. Se o réu nega a existência desse fato, ilógico é que coloque outro fato, cuja existência dependa, necessariamente, do fato anterior, alegadamente inexistente. Assim, se a falta grave somente pode ser cometida por quem é empregado, a condição necessária para a existência da justa causa é o contrato de trabalho. Destarte, se a alegação primeira consiste na negativa da existência do liame empregatício, como é possível admitir-se, concomitantemente, a alegação de justa causa, fato, desde logo, admitido como inexistente, pois que tem sua existência na dependência do fato que o antecede, mas cuja existência é negada?

Por tais fundamentos, entendemos que o princípio da eventualidade, especialmente no processo trabalhista, não autoriza alegações incompatíveis entre si.

AUTOCOMPOSIÇÃO NOS CONFLITOS INDIVIDUAIS DO TRABALHO – RENÚNCIA E TRANSAÇÃO

Thomas Malm (*)

Tema de extraordinária atualidade e de intenso interesse prático é o da autocomposição nos conflitos individuais do trabalho. Sua atualidade e praticidade são facilmente demonstradas: Valentim Carrion, em conferência no Congresso Nacional da Magistratura Trabalhista publicada em revista especializada sob o título "Notas para a Efetividade do Processo"⁽¹⁾, fala, logo de início, em tentativa prévia de conciliação perante os sindicatos ou comissão de fábrica como meio de redução do ajuizamento de ações trabalhistas. Corregedores da Justiça do Trabalho, em encontro recente, aprovaram texto elaborado pelos Juízes Roberto Gouvêa e Benedito Cruz Lyra onde sugerem a criação de comissão paritária de conciliação nos estabelecimentos de médio e grande porte. O ingresso em juízo estaria condicionado à prova da passagem por esta instância prévia. O objetivo, como informam os Juízes relatores, é o de "descongestionamento de nossa Justiça do Trabalho, mas também porque incrementa a participação direta dos interessados na composição dos litígios trabalhistas"⁽²⁾. O esboço do anteprojeto de lei do processo do trabalho elaborado pelo eminente Paulo Castelhões, há poucos meses entregue à Presidência do CTST, trata, já em suas primeiras disposições, da conciliação extrajudicial. Com algumas alterações, acolhe a proposta dos Juízes Corregedores que, por sua vez, tem origem em Projeto de Lei n. 2.815/80 da autoria de Carlos Chiarelli e no substitutivo a esse projeto de lei elaborado pelos juristas Arnaldo Süssekind, José Segadas Vianna e Eugênio Roberto Haddock Lobo.

As sugestões acima implicam em verdadeira revolução no campo do direito individual do trabalho e convidam, inevitavelmente, a duas ordens de indagação, uma teórica e outra eminentemente prática: Como fica a teoria da renúncia e transação ante a estreita ligação desses temas com o da conciliação? Qual seria o resultado prático da instituição de uma instância prévia obrigatória de solução negociada dos conflitos individuais?

A renúncia e transação têm sido tratadas de forma dogmática pelos nossos doutrinadores, com poucas e honrosas exceções. Entre estes dogmas arrolaríamos dois: O da irrenunciabilidade dos direitos oriundos da legislação social, salvo expressa previsão legal em sentido contrário e o da ineficácia da transação extrajudicial. A fonte de ditas proposições estaria, respectivamente,

(*) Thomas Malm, é Juiz Presidente da 1ª JCJ de Ribeirão Preto.

(1) Revista LTr 54-10/1.171.

(2) Ata da reunião dos Corregedores, realizada em Fortaleza, de 24 a 26.9.90.

nos comandos legais contidos nos arts. 9º e 477 da CLT. Todo dogma, com o passar do tempo, revela suas imperfeições e, paralisando o avanço social, é contestado e revisto.

A conciliação é um dos institutos mais importantes do direito do trabalho, por alguns elevada a princípio que norteia o processo. Se assim é, parece-nos inaceitável falar em irrenunciabilidade quando, em regra, a conciliação importa em transação que contém, em seu bojo, renúncia ainda que parcial. Quanto à rejeição doutrinária da transação extrajudicial, Wagner Giglio já afirmava sua inconsistência jurídica e mesmo sua incongruência ao dizer "no estado atual de nossa legislação a conciliação feita em juízo não assegura transação mais autêntica que a realizada fora dele mas apenas garante a autenticidade da manifestação da vontade, o que também pode ser garantido pela assistência do sindicato ou do órgão administrativo". "Por isso, a justificação dos autores que rejeitam a transação extrajudicial para aceitar a realizada em juízo, *data venia* não convence, ..., se válida é a transação judicial, válida há de ser a extrajudicial. A alternativa única é a de rejeitar ambas posto que inexistente razão científica aceitável para distingui-las quanto à validade"⁽³⁾. Sem dúvida, tanto a inderrogabilidade pela vontade das partes das normas de proteção ao trabalhador como a tese da ineficácia das negociações extrajudiciais devem ser objeto de profundas reflexões de modo a adaptá-las às necessidades contemporâneas e, com isso, criando uma teoria mais consistente, mais realista.

Percebe-se, hodiernamente, nítida tendência valorizadora da solução autocompositiva dos conflitos em oposição à solução jurisdicional. Além da morosidade do processo, resultante não apenas do volume de ações ajuizadas (e portanto solúvel como atestam as proposições ao início deste trabalho relatadas) mas também do respeito ao princípio do devido processo legal (em consequência, inafastável) outros aspectos negativos da solução jurisdicional devem ser relacionados. Um deles, pouco falado mas de extrema importância, é o que resulta da constatação que, com muita frequência, as partes não conseguem fazer prova robusta dos fatos que apóiam tanto a pretensão quanto a defesa, isto quando não ocorre a total ausência de provas, o que implica em decisões absolutamente divorciadas da realidade porque se apóiam em uma verdade processual distante da verdade real. Um outro aspecto negativo da jurisdição é aquele que decorre da própria lei que cabe ao magistrado aplicar. Como ensinava Carlos Maximiliano, pode o Juiz "melhorar o dispositivo, graças à interpretação larga e hábil; porém não negar a lei, decidir o contrário do que a mesma estabelece". E "Todo direito escrito encerra uma parcela de injustiça. Parece justa a regra somente quando as diferenças entre ela e o fato são insignificantes, insensíveis. Preceitua de um modo geral; é impossível adaptá-la, em absoluto, às mil circunstâncias várias dos casos particulares"⁽⁴⁾. Sob outro prisma, são as palavras do eminente Wagner D. Giglio "... a lei tende para o justo mas com ele não se confunde. Justo não é o mesmo que legal, e por isso o acordo entre as partes pode, teoricamente, ser justo sem se amoldar aos termos da lei"⁽⁵⁾. De todo o exposto resulta a convicção de que se deve envidar todos os esforços no sentido de valorizar a autocomposição dos conflitos do trabalho, inclusive os individuais. No entanto, é imperioso, especialmente diante da proposta de criação de uma instância prévia de concilia-

(3) "Conciliação nos Dissídios Individuais do Trabalho", LTr Edit., pág. 61.

(4) "Hermenêutica e Aplicação do Direito", Editora Forense, 9ª ed., pág. 79.

(5) Op. cit., pág. 39.

ção, que se repense e seja reconstruída a teoria da renúncia e transação no direito individual do trabalho.

Do contrário, a sociedade continuará, como hoje, evitando qualquer negociação fora do processo com receio de ver negada a homologação em razão de eventual renúncia embutida no acordo extrajudicial. Devemos ter a ousadia de, na nova teoria, admitir, claramente, a renúncia de direitos desde que resultante de uma negociação em que ambas as partes fazem concessões. Nem se diga que transação e renúncia são institutos diversos e que enquanto aquela é aceitável, esta é inadmissível. Embora a doutrina faça esta distinção conceitual, é certo que no bojo de inúmeras negociações se vislumbra a renúncia sem que isto comprometa sua legitimidade. Exemplo disso encontramos no caso de empregado que comete ato faltoso, indubitado, só restando saber (matéria exclusivamente de direito) se o ato configura ou não justa causa. Não há fato duvidoso e o direito nunca é incerto. Como não se pode falar em *res dubia*, qualquer negociação (diga-se legítima, saudável e apropriada) implicaria em admitir a possibilidade de renúncia. Vamos mais além: suponhamos o caso de um trabalhador rural, estável, com idade avançada, sem carteira anotada e que venha a ser irregularmente dispensado. Suponhamos que os fatos não sejam controvertidos. Suponhamos, ainda, que as partes queiram uma composição extremamente interessante para ambas mas que não se ajusta, de modo algum, com o legalmente previsto como, por exemplo, a instituição de uma renda mensal vitalícia, doação de imóvel, etc. Ou se admite a renúncia, que interessa ao trabalhador, ou se impõe a ele uma ação com longo período de duração até decisão final sucedida por uma execução morosa para alcançar um objetivo que, repita-se, não interessava ao trabalhador destinatário último de toda a legislação social. Por último, não se argumente com o disposto no art. 9º da CLT. A conciliação, ainda que contenha renúncia, mas feita livremente, sendo por ela beneficiado o trabalhador, e feita com assistência do sindicato ou de representante dos empregados a nível de empresa, não pode ser qualificada como ato que objetiva desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação da legislação social.

A indagação de ordem prática sobre os efeitos da instituição de uma instância prévia obrigatória pode ser subdividida em duas: Qual o universo de empresas e trabalhadores abrangidos pelas propostas de modificação legislativa oferecidas pelos Corregedores da Justiça do Trabalho e, ante a semelhança, no esboço do anteprojeto de lei processual do trabalho? Como atender ao grande número de pequenas empresas e aos empregados que nelas estão integrados?

Considerando que as comissões paritárias só teriam existência obrigatória nos estabelecimentos com mais de 200 empregados⁶⁾ ou 100 empregados⁷⁾, é óbvio que a maior parte dos empregadores e trabalhadores brasileiros não seriam beneficiados por elas. Por outro lado, parece razoável concluir que as empresas menores jamais instituiriam espontaneamente ditas comissões ante o ônus decorrente da proteção contra despedida arbitrária de que seriam portadores os membros representantes dos empregados. Assim sendo, é forçoso concluir que, em relação à maior parte dos conflitos, não restaria outra solução senão a jurisdicional ou a conciliação judicial. De fato, impor às empresas de pequeno porte o ônus da estabilidade seria algo exagerado e criar co-

6) Proposta da Secretaria-Geral da Presidência do TST.

7) Proposta dos Corregedores.

missões sem qualquer garantia de independência aos membros da representação operária significaria o mesmo que não criá-las. Entendemos, todavia, que se deve dar uma solução realmente eficaz para o grande universo das pequenas empresas. Em relação a elas poder-se-ia admitir que o sindicato profissional tentasse a conciliação e, se fosse o caso, lavrasse o ajuste. O efeito liberatório amplo da transação ficaria condicionado à homologação judicial em procedimento de jurisdição graciosa. A tentativa de conciliação, no caso das pequenas empresas, seria facultativa e não pressuposto processual. Com isso, tornaríamos realmente viável a solução extrajudicial dos conflitos individuais do trabalho, eliminando as muitas reclamações simuladas e as de fácil solução amigável que, hoje, inevitavelmente, assoberbam a nossa Justiça do Trabalho, além de, como disseram os Juízes Corregedores, incrementar "a participação direta dos interessados na composição dos litígios trabalhistas".

ADMINÍCULOS PARA A INTERPRETAÇÃO DO DISPOSTO NO § 2º, DO ART. 74, DA CLT

Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani (*)

Como se não desconhece, "a interpretação não é uma tarefa especificamente jurídica. Em todos os ramos da cultura se põe o problema de extrair um sentido de certas exteriorizações – embora variem depois, consoante as ciências, os cânones que comandam essa tarefa. A interpretação representa uma parte fundamental da metodologia de qualquer ciência do espírito"⁽¹⁾. Assim, "verbi gratia", têm-se a interpretação filológica, sendo que "Boeckh caracterizou perfeitamente a interpretação filológica, quando lhe chamou o 'conhecimento do já conhecido'... um voltar a pensar aquilo que já uma vez foi pensado. Na realidade, a interpretação filológica visa a fixação dum facto, ou seja, a determinação do sentido subjectivamente pensado, do pensamento verdadeiramente vivido de determinados homens reais – sentido e pensamento que devem residir aprisionados no texto ou na obra que se quer interpretar"⁽²⁾. E, efetivamente, a interpretação é necessária, porque, como afirmou Goethe, em sua obra "Diwan", "a palavra é um leque", como bem lembrou Gustav Radbruch⁽³⁾.

Entretanto, como é palmar, conforme o objeto de determinado ramo da cultura haverá de variar o fim perseguido pela interpretação. E a ciência jurídica, a seu turno, dela não pode prescindir, mesmo porque "interpretar uma lei é revelar o seu sentido e o seu valor fixando-lhe o grau de sua eficiência num dado meio social onde haja de atuar. Por meio da interpretação se esclarece o sentido da norma jurídica, e precisamente o que for, como o disse Enneccerus, decisivo para a vida jurídica, e portanto, para a decisão judicial. Pelo processo interpretativo, declara-se o conteúdo do Direito, e tanto mais importante se torna a interpretação quanto esse conteúdo aumente de obscuridade. A interpretação constitui, por esse modo, um índice de vitalidade e da potência de adaptação do Direito, porque tanto este vive quanto pode ser interpretado"⁽⁴⁾, o que ainda se justifica porque "a lei não tem necessariamente um sentido apenas: muitas vezes, se não mesmo em regra, ela assume vários sentidos, conforme o ponto de vista donde a encaramos; e então será preciso escolher um deles, pois só com um deles pode a lei ser aplicada"⁽⁵⁾.

E entre os cuidados que hão de ser observados, quando da interpretação de uma norma, nomeadamente do direito do trabalho, atento também aos seus fins e princípios próprios, não se pode olvidar que, como dilucida o culto Manuel A. Domingues de Andrade, aludindo aos ensinamentos do jurista Kohler, "dentre os vários possíveis pensamentos da lei, há-de preferir-se aquele

(*) Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani, é Juiz do Trabalho da 15ª Região.

mediante o qual a lei exteriorize o sentido mais razoável, mais salutar, e produza o efeito mais benéfico. Mal se precisa de justificar esta proposição; pois é evidente que a vida jurídica mais e melhor se desenvolve ou prospera se as leis tiverem o sentido mais razoável e significativo, e a jurisprudência deve considerar uma alta e capital missão o servir pela razão do Direito, a vida do Direito⁽⁶⁾.

Após essas considerações, é de indagar-se qual a melhor interpretação a dar-se ao disposto no § 2º, do art. 74, do Diploma Celetista, o qual reza que: "Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso".

Estamos em que a melhor interpretação a ser dada ao dispositivo legal retro-mencionado é a que a considera como uma norma destinada a que, em um determinado caso concreto, no qual o empregado postule horas extras, se comprove a jornada de trabalho efetivamente cumprida pelo obreiro, pelo que, na hipótese, independentemente de qualquer determinação judicial e/ou requerimento do recte., haverá o respectivo dador de serviço de fazer com que acompanhe sua defesa os correspondentes cartões-de-ponto.

E com tal raciocínio não se pretende que o empregador faça prova contra si, nem se esquece que ao empregado compete o ônus da prova quanto à jornada que, na prefacial, houver alegado que cumpria, apenas se infere que o mesmo reflete, entre os vários sentidos possíveis que a tal preceito podem ser emprestados, "o sentido mais razoável, mais salutar, e produza o efeito mais benéfico" acima referidos e salientados pelo insigne Manuel A. Domingues de Andrade e, como corolário, "decisivo para a vida jurídica e, portanto, para a decisão judicial", também suso-mencionado, e aludido pelo inesquecível Miguel Maria de Serpa Lopes, lembrando ensinamentos do grande Enneccerus.

Ademais, se não for esse o escopo do preceito "sub examen", ter-se-á que reputá-lo ocioso, o que não é de aceitar se, porquanto, "Se o intérprete não pode atribuir à lei palavras ociosas, "interpretatio, in quacunque dispositione ne sic facienda, ut verba non sint superflua et sine virtute operandi", muito menos poderá atribuir-lhe preceito ocioso e inaplicável⁽⁷⁾.

Em abono de tudo quanto foi neste exposto cabe transcrever a ementa do acórdão 05/91, proferido pela 1ª Turma do TRT – 10ª Região, no Processo RO-485/87, em que foi relator o insigne Juiz Franklin de Oliveira, "in verbis":

"HORÁRIO DE TRABALHO – 'CARTÃO DE PONTO' – PROVA OBRIGATÓRIA. Mantendo o empregador mais de dez empregados no estabelecimento, é seu ônus de provar o horário de trabalho do empregado, o que deverá fazer exclusivamente através dos controles previstos no art. 74, parágrafos 2º e 3º, da CLT, independentemente de determinação judicial. A falta destes documentos, tem-se como verdade processual o horário de trabalho indicado na petição inicial ou termo de reclamação (verbete/TRT – 10 n. 02)"⁽⁸⁾

Sobreleva notar que, em não correspondendo os horários consignados nos aludidos cartões-de-ponto, nada obstará o recte. infirmá-los, por meio de prova testemunhal, que deixe firme não pintar a realidade as anotações nos mesmos contidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1) "O Direito – Introdução e Teoria Geral", 3ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, pág. 300.
- 2) "Filosofia do Direito", 6ª edição, Arménio Amado Editor, Sucessor – Coimbra, GUSTAV RADBRUCH, tradução de L. Cabral de Moncada, pág. 229.
- 3) "In" obra citada, pág. 234.
- 4) "Curso de Direito Civil", volume I, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 6ª edição, MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, pág. 114.
- 5) "Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis", Arménio Amado Editor, Sucessor – Coimbra, 1978, 3ª edição, MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, págs. 09/10, nota de rodapé.
- 6) "In" obra citada, págs. 16/7.
- 7) "Da Prescrição e da Decadência", Forense, 4ª edição, LUÍS ANTONIO DA CÂMARA LEAL, pág. 231.
- 8) "In" DOU, pág. 3.142, de 27.02.91.

A NOVA SISTEMÁTICA DE REAJUSTE DE DÉBITOS JUDICIAIS TRABALHISTAS

Henrique Damiano (*)
Roberto Basillon Leite (**)

Com o advento da Lei n. 8.177, de 1.3.91, mediante projeto de conversão da Medida Provisória n. 294, de 31.1.91, surgiram diversas dúvidas no tocante ao reajuste dos débitos judiciais trabalhistas. Essa lei instituiu o chamado "Programa de Desindexação da Economia", determinando o fim da correção monetária. O que se nota é que o legislador, no texto da lei, refere-se sempre a "reajuste", "atualização" ou "remuneração" das obrigações, de forma a evitar o uso da expressão "correção monetária" que, para todos os efeitos, considerase expurgada do cenário econômico brasileiro.

Um dos dispositivos que tem trazido ampla controvérsia é o artigo 39 da nova lei que, em seu "caput", estabelece que "os débitos trabalhistas de qualquer natureza, quando não satisfeitos pelo empregador nas épocas próprias assim definidas em lei, acordo ou convenção coletiva, sentença normativa ou cláusula contratual sofrerão juros de mora equivalentes à TRD acumulada no período compreendido entre a data de vencimento da obrigação e o seu efetivo pagamento".

Parece indiscutível que o legislador tratou aqui de verdadeira correção monetária, muito embora tenha utilizado impropriamente a expressão "juros de mora" para determinar a sua aplicação, a qual é efetuada com base na TRD acumulada. Tanto isto é verdade que, logo em seguida, manda acrescentar aos "juros de mora" mais os "juros de um por cento", o que resulta numa flagrante incoerência.

Tendo em mente a impropriedade da terminologia adotada pela lei, passemos agora à análise das questões daí decorrentes.

PRIMEIRA QUESTÃO: PARA EFEITO DE REAJUSTE DO DÉBITO JUDICIAL TRABALHISTA, CHAMADO PELA LEI "JUROS DE MORA", QUAL É A "DATA DE VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO"?

A data de vencimento da obrigação corresponde ao último dia do prazo concedido pela lei ao empregador para que efetue o pagamento da respectiva verba trabalhista. Por exemplo, os salários podem ser pagos até o quinto dia útil do mês seguinte ao trabalhado, conforme faculta o artigo 459, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho. As férias podem ser quitadas até

(*) Henrique Damiano, é Juiz Presidente da 2ª JCI de Sorocaba.

(**) Roberto Basillon Leite, é Advogado.

dois dias antes do respectivo período, segundo autoriza o artigo 145 do mesmo diploma legal, e assim por diante. São encontradas nas leis respectivas, portanto, as datas de vencimento de cada obrigação trabalhista, a partir das quais passará esta a ser reajustada, na forma do artigo 39 ora apreciado.

Convém acentuar, no entanto, que, caso seja rescindido o contrato de trabalho antes do advento de tais prazos, considera-se vencida a obrigação na data-limite para pagamento das verbas rescisórias. Por outro lado, existindo norma coletiva que estabeleça prazos mais vantajosos para os empregados, prevalecerão estes sobre os prazos legais.

SEGUNDA QUESTÃO: A DATA DO "EFETIVO PAGAMENTO" DA OBRIGAÇÃO, MENCIONADA NA NORMA, É A DATA DO CÁLCULO, A DO DEPÓSITO OU A DO LEVANTAMENTO DA IMPORTÂNCIA PAGA?

O pagamento se considera efetivado na data do depósito e, por isso mesmo, os valores devem ser reajustados, até esta data, com base na TRD acumulada.

A fim de agilizar os cálculos nos processos judiciais trabalhistas, os contadores e peritos judiciais têm adotado o critério de efetuar o reajuste do valor da obrigação até o dia primeiro do mês de apresentação do cálculo. O cartório judicial, posteriormente, sempre com base na TRD, se encarrega de atualizar o valor entre o dia primeiro e o dia do depósito, cuidando de elaborar a respectiva guia com antecedência de dois ou três dias, para possibilitar a corrida ao banco depositário.

O parágrafo 1º do mesmo artigo 39 também trouxe algumas dúvidas, quando disse que "aos débitos trabalhistas constantes de condenação pela Justiça do Trabalho ou decorrentes dos acordos feitos em reclamatória trabalhista, quando não cumpridos nas condições homologadas ou constantes do termo de conciliação, serão acrescidos, nos juros de mora previstos no "caput", de um por cento ao mês, contados do ajuizamento da reclamatória e aplicados "pro rata die", ainda que não explicitados na sentença ou no termo de conciliação".

TERCEIRA QUESTÃO: OS JUROS DE UM POR CENTO AO MÊS A QUE SE REFERE O DISPOSITIVO SÃO SIMPLES OU CAPITALIZADOS?

Há uma corrente doutrinária que entende terem os juros voltado a ser calculados de forma simples, como se fazia até fevereiro de 1987, acatando a tese de que a nova lei teria revogado tacitamente o Decreto-lei n. 2.322, de 26.2.87, que instituiu os juros capitalizados para os débitos trabalhistas.

Não parece ser esta, porém, a melhor exegese, por diversas razões. A primeira delas é que a própria lei utiliza, em diversos pontos, as expressões "reajuste" e "atualização" das obrigações. Ora, se os chamados "juros de mora" do artigo 39 configuram, na verdade, um reajuste monetário disfarçado, então é de se concluir que os "juros de um por cento" referidos na lei são juros indenizatórios e não compensatórios, daí por que devem ser capitalizados. Além do mais, os juros são considerados acessório do reajuste da obrigação, de maneira que, em observância ao princípio jurídico segundo o qual o acessório segue o destino do principal, devem ser capitalizados, já que o reajuste principal o é, em decorrência da aplicação da TRD acumulada. O que se extrai, conseqüentemente, é que a revogação expressa, pela nova lei, do Decreto-lei n. 75, de 21.11.66, que criou a correção monetária, não implicou na revogação

tácita do Decreto-lei n. 2.322, de 26.2.87, subsistindo assim a capitalização dos juros prevista neste último diploma.

**QUARTA QUESTÃO: OS JUROS DE UM POR CENTO AO MÊS SÃO CON-
TADOS DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO, MESMO NOS CASOS DE ACORDO JUDI-
CIAL?**

Apesar da incongruência contida neste dispositivo, é esse o entendimen-
to que se lhe deve dar. No que se refere aos casos de condenação, não cabe
nenhuma dúvida, uma vez que tanto o reajuste principal quanto os juros são
contados a partir do ajuizamento da ação. No caso de acordo não cumprido,
no entanto, ocorrerá que, enquanto o reajuste principal baseado na TRD se
conterá da data do descumprimento do acordo, os juros serão contados do
ajuizamento da ação, tornando os cálculos um pouco mais complexos.

**QUINTA QUESTÃO: OS JUROS DE UM POR CENTO AO MÊS, SEGUNDO
O TEXTO LEGAL, DEVERÃO SER APLICADOS "PRO RATA DIE". O RATEIO, NO
CASO, DEVE TOMAR POR BASE O NÚMERO DE DIAS DO MÊS, SOMENTE OS
DIAS ÚTEIS OU O MÊS CIVIL DE TRINTA DIAS?**

Embora o reajuste principal incida diariamente e de forma capitalizada
sobre o débito, em função da aplicação da TRD acumulada, a determinação da
taxa diária dos juros segue orientação diversa, por se tratar de instituto total-
mente diferente. Com efeito, os juros devem ser rateados tomando-se por base
o mês civil de trinta dias, previsto no artigo 125, § 3º, do Código Civil. Os cál-
culos, por sua vez, ficam assim: divide-se a taxa de juros mensal por trinta pa-
ra se obter a taxa diária. Em seguida, multiplica-se a taxa diária obtida pelo nú-
mero de dias transcorridos no mês até a data do efetivo pagamento.

O parágrafo 2º do artigo 39 da nova lei trouxe, ainda, outra dúvida rele-
vante, quando determinou que "na hipótese de a data de vencimento das obri-
gações de que trata este artigo ser anterior a 1º de fevereiro de 1991, os juros
de mora serão calculados pela composição entre a variação acumulada do
BTN Fiscal no período compreendido entre a data de vencimento da obrigação
e 31 de janeiro de 1991, e a TRD acumulada entre 1º de fevereiro de 1991 e seu
efetivo pagamento".

**SEXTA QUESTÃO: DISCUTE-SE, EM VIRTUDE DESTES DISPOSITIVOS, SE,
PARA O REAJUSTE DOS DÉBITOS TRABALHISTAS ATÉ 1º DE FEVEREIRO DE
1991, CONTINUAM SENDO APLICADOS OS ÍNDICES DA POUPANÇA, CON-
FORME ESTABELECE A LEI N. 7.738, DE 9.3.89, OU SE PASSA-SE A UTILIZAR
A BTN FISCAL, COMO DETERMINOU A NOVA LEI?**

A Constituição Federal veda a retroação da lei nova que venha a afrou-
sar os direitos adquiridos por força de lei anterior. Tal princípio constitucional im-
pede a aplicação da Lei n. 8.177, de 1.3.91, sobre o período anterior a fevereiro
de 1991, quando os reajustes eram regulados pela Lei n. 7.738, de 9.3.89. Cor-
rigem-se, portanto, os débitos trabalhistas, a partir de fevereiro de 1989 e até
fevereiro de 1991, pelos índices válidos para as cadernetas de poupança. A
partir daí, se aplica o reajuste com base nos índices prefixados da TRD.

O último ponto que tem trazido alguma controvérsia entre os autores é
aquele concernente ao tratamento que deve ser dado aos débitos relativos ao
FGTS. Dispõe o artigo 17 da nova lei que, "a partir de fevereiro de 1991, os sal-
dos das contas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) passam a
ser remunerados pela taxa aplicável à remuneração básica dos depósitos de

poupança, com data de aniversário no dia 1º, observada a periodicidade mensal para remuneração".

SÉTIMA QUESTÃO: ESTE DISPOSITIVO É APLICÁVEL EM RELAÇÃO ÀS VERBAS FUNDIÁRIAS PAGAS EM PROCESSOS TRABALHISTAS?

O texto legal parece ser bem claro ao estabelecer que, o que se deve reajustar pelas taxas de poupança são os saldos das contas do FGTS. Os débitos judiciais de natureza fundiária, conseqüentemente, deverão ser tratados da mesma forma que os demais débitos trabalhistas, mediante a aplicação do artigo 39 da nova lei, há pouco analisado.

São estas, em síntese, as diretrizes que deverão prevalecer com relação aos cálculos e atualizações dos débitos trabalhistas, face à nova sistemática imposta pela Lei n. 8.177, de 1.3.91.

RECLAMATÓRIA PLÚRIMA E O ARTIGO 844 DA CLT

Valdir de Resende Lara (*)

A lei da inércia não se aplica apenas na física, mas também contamina o Judiciário, haja vista a constante aplicação de Enunciados do TST, sem maior reflexão a respeito da legalidade ou mesmo constitucionalidade daquilo que neles se estipula como "standard" jurisprudencial. Tome-se como exemplo o Enunciado 113/TST, que carece de qualquer base legal ou mesmo lógica (sábado é dia de repouso para o bancário; se o sábado é pago, o repouso é remunerado e se sábado é dia de repouso remunerado para o bancário, o reflexo das horas extras naquele dia é consequência lógica).

Mas não é este o objeto deste pequeno trabalho. O que tenho observado é que a praxe forense consagra certos procedimentos sem muita base legal, sem muito fundamento jurídico.

Observe-se o que ocorre com a reclamatória plúrima, em que vários trabalhadores pleiteiam seus direitos contra determinado empregador. Se um dos reclamantes não comparece na audiência inicial, arquiva-se sua reclamatória, continuando o processo a correr quanto aos demais autores. Isto porque o artigo 844 da CLT determina o arquivamento, uma vez ausente o autor.

Entretanto, é bom parar e pensar a respeito do procedimento que já se tornou consagrado em praticamente todas as Juntas de Conciliação e Julgamento.

Suponhamos a seguinte situação: dois reclamantes, em litisconsórcio ativo, propõem reclamatória plúrima contra dois reclamados. Na audiência inaugural comparece um reclamante e um reclamado. A Junta imediatamente, por força da inércia, não pensa duas vezes: arquiva a reclamatória do reclamante ausente. Mas, e quanto ao reclamado ausente? A Junta aplica desde já a revelia? Não. O processo continua a correr com a outra reclamada, para que apenas na sentença final seja apreciada a aplicação de possível revelia, examinando-se só então os efeitos da revelia de uma reclamada sobre a outra, que apresentou contestação (observe-se o artigo 48 do C. Pr. Civil).

Ora, por que razão a reclamatória do litisconsorte ativo ausente foi arquivada, mas não se aplicou a revelia ao reclamado ausente? Não se aplicou a revelia ao reclamado ausente por uma razão que é intuitiva: não convém dividir o processo. É aconselhável que apenas na sentença final verifique-se a implicação da revelia de um litisconsorte passivo sobre os direitos do outro litisconsorte passivo.

(*) Valdir de Resende Lara, é Juiz do Trabalho Substituto da 15ª Região.

Mas se é esta a razão, por que não arquivar a reclamatória do reclamante ausente apenas na sentença final? Qual é a razão para que o processo seja cindido quanto ao pólo ativo apenas?

A razão é apenas uma: inércia. Costumou-se não refletir a respeito daquilo que se faz todos os dias. O resultado é este: ofensa ao princípio da economia processual. Sim, porque o reclamante que teve sua reclamatória arquivada proporá nova demanda, exigindo a prática de novos atos processuais totalmente desnecessários.

Embora tratando de outro assunto, notável processualista ensina o seguinte: "A sentença de mérito não deve ser construída por etapas" (Moniz de Aragão, "Exegese do Código de Processo Civil", Aide Editora, sem data, Volume IV, Tomo I, pág. 24).

Arquivamento da reclamatória é extinção do processo sem julgamento do mérito. Mas aquela lição se aplica do mesmo jeito. A sentença deve ser uma só para todos os litisconsortes, ativos e passivos. Caso contrário, o reclamante que teve sua reclamatória arquivada poderá (e deverá) interpor desde já o Recurso Ordinário. Isto porque o arquivamento, extinguindo o processo sem julgamento do mérito, equivale a sentença. Se o reclamante não recorre desde já, a sentença faz coisa julgada formal (porque não apreciado o mérito da causa). Pois bem, se o litisconsorte interpuser Recurso Ordinário, pleiteando a nulidade da sentença que arquivou sua reclamatória (suponha-se por exemplo que o reclamante não tenha ficado ciente da data da audiência), como ficará a marcha processual? Ficará totalmente tumultuada. O Recurso Ordinário não poderá ser autuado em apartado (não há previsão legal neste sentido); os autos subirão ao Tribunal, com grave prejuízo para o outro litisconsorte ativo, que deverá aguardar o julgamento do apelo.

Estas razões evidenciam que a prática que se tem adotado é censurável. Se há litisconsórcio, a sentença deve ser dada em um único momento do processo, ainda que dispondo diversamente a respeito dos direitos de cada autor. O que não se pode conceber – e isto já é praxe arraigada – é que sejam proferidas duas sentenças em momentos processuais distintos, a saber, uma sentença de arquivamento (extinção da reclamatória do autor ausente) e uma sentença apreciando o mérito da causa do autor presente, após toda a instrução processual.

O equívoco de tal praxe trabalhista me foi apontado pelo Juiz Classista Representante dos Empregados perante a Junta de Araraquara, Dr. Onofre Canova. Acolhendo as ponderações do mesmo, doravante sempre que se tratar de reclamatória plúrima, ausente um dos reclamantes na audiência inaugural, registro o fato em ata, determinando que "na sentença será apreciado o possível arquivamento de sua reclamatória". Isto para que não haja divisão nos julgamentos, com flagrante tumulto processual.

E o que ocorre se na audiência de instrução comparecerem todos os reclamantes? Tanto melhor, deixa de ter aplicação o artigo 844 da CLT, que não deve ser lido assim com tanto rigor. Aquele dispositivo não cuida de litisconsórcio ativo. Regula apenas a hipótese de demanda individualmente proposta. Por economia processual, deve-se permitir que o reclamante que esteve ausente na audiência inaugural participe normalmente da instrução.

Como o juiz apreciará livremente a prova, não podendo desconsiderar quaisquer fatos e circunstâncias constantes dos autos (artigo 131 do CPC), é

óbvio que a sentença a ser proferida terá de apreciar o mérito da causa. Somente será arquivada a reclamatória caso o reclamante não compareça nem na inicial, nem na instrução. Isto apenas na reclamatória plúrima, note-se bem. Na reclamatória individual o arquivamento é uma imposição legal já na primeira audiência.

Peço que meus colegas de magistratura e profissionais que militam na Justiça do Trabalho reflitam a respeito destas idéias, para que não haja mais a apontada divisão de sentenças, proferidas cada uma em momento processual diferente, com grave prejuízo para a unidade, e economia e a boa ordem processual.

REMESSA "EX OFFICIO"

Antônio Bosco da Fonseca (*)

O duplo grau de jurisdição consiste em admitir-se o conhecimento e decisão das causas por dois órgãos jurisdicionais sucessivamente, isto é, a possibilidade de revisão pelo órgão jurisdicional de grau imediatamente superior, da decisão proferida pelo de grau imediatamente inferior. Foi consagrado, definitivamente, em 1790, como legado da Revolução Francesa.

O princípio existente entre nós a nível constitucional, desde a Constituição Imperial, não significa que todas as questões sejam, sucessivamente, decididas duas vezes. Ele se esgota na chamada Instância Ordinária.

Suficiente, pois, a existência de decisão definitiva ou terminativa do feito, para que se abra à parte sucumbente, ainda que parcialmente, ou ao terceiro prejudicado, ou mesmo, ao Ministério Público, a possibilidade de recorrer. São assim, os recursos que realizam o duplo grau de jurisdição.

O exercício desse princípio está, no entanto, na dependência da vontade da parte, na medida em que os recursos postos à disposição do sucumbente são todos voluntários.

Argumentos de resguardo a certos interesses de ordem pública, fizeram com que a lei prescrevesse a exigibilidade do duplo grau de jurisdição compulsório.

Trata-se do chamado "recurso ex officio", ou "remessa ex officio", introduzido pelo artigo 822, do Código de Processo Civil de 1939 e mantido no artigo 475, do Código de Processo Civil de 1973, que condicionou a eficácia da sentença, em certos casos, ao reexame compulsório pelo tribunal, mesmo inexistindo apelo voluntário.

O sistema visa resguardar o interesse de ordem pública, como interesse de família, da União, do Estado ou do Município e da Fazenda Pública.

No processo do trabalho o reexame compulsório foi definitivamente incluído pelo Decreto-Lei 779/69, editado sob o pálio do Ato Institucional n. 5, no regime militar.

Não deixa de ser estranho o fato, quando a justificativa da existência da remessa "ex officio" reside classicamente no relevante interesse social, hipoteticamente, atingido pela decisão de 1º grau. Isto porque, na Jurisdição Trabalhista, inúmeros são os casos em que estão em jogo direitos fundamentais do trabalhador, cuja preservação constitui relevante interesse social. Nem por isso são tais casos submetidos compulsoriamente à apreciação do 2º grau de jurisdição.

O privilégio e não prerrogativa, a partir daí, de que desfrutam a União, Estados, Municípios, Autarquias e Fundações de direito público, à luz do citado

(*) Antônio Bosco da Fonseca, é Juiz Presidente da 2ª JCJ de Campinas e Professor da Faculdade de Direito da PUCAMP.

decreto-lei, em se tratando de processo trabalhista fica mais estranho, na medida em que o ente público ao contratar servidor pelo regime celetista fica sujeito ao regime próprio das empresas privadas quanto às obrigações trabalhistas, despidendo-se do seu poder de império.

Agora, o legislador constituinte de 1988 consagrou o princípio da isonomia a todos, sem distinção de qualquer natureza, como se infere da redação do artigo 5º, "caput", da vigente Lei Maior.

Portanto, também processualmente. Nesse sentido a obra "Constituição de 1988 e Processo" da lavra dos Juristas Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci (Ed. Saraiva, 1989).

Tenho que diante do novo texto constitucional, resta revogado o Decreto-Lei 779/69, quanto ao privilégio do duplo grau de jurisdição aplicável, compulsoriamente, nos casos em que seja, ainda que parcialmente, proferida sentença desfavorável contra a União, os Estados, Municípios, Autarquias e Fundações.

Não se olvida que por vezes é necessário tratar os desiguais desigualmente, a fim de alcançar a verdadeira isonomia. Mas, isto só ocorre quando a identidade de situação jurídica, na qual repousa a igualdade, não se verifica.

É o caso, por exemplo, citado naquela obra, da assistência judiciária integral e gratuita a ser prestada pelo Estado, nas hipóteses de miserabilidade, como previsto pelo próprio legislador constituinte no inciso LXXIV, do artigo 5º, da Constituição Federal. Este, pois, quando quis já excepcionou a regra, para estabelecer a igualdade entre os desiguais.

Parece, assim, que todo e qualquer texto da legislação infraconstitucional que excepcione hipóteses não previstas no texto constitucional, fere o princípio da igualdade de todos perante a lei, inclusive processual, como agora consagrado.

De outra parte, como salienta a obra citada, a deficiência na tutela dos interesses públicos, ou o receio de conluio entre as partes da relação processual, não são argumentos suficientes a justificar o duplo grau de jurisdição compulsório. Não cabe ao Judiciário suprir a eventual deficiência dos representantes da Fazenda Pública, nem controlar eventual irregularidade destes no cumprimento da função. Existem os meios regulares de direito para tanto.

Tratando-se, ademais, de processo trabalhista, fica diluído o argumento maior do resguardo de interesse público relevante, quando aqui despido o ente público do seu "ius imperii", se discute o cumprimento de obrigações trabalhistas oriundas de normas cogentes, cuja observância tem a sociedade relevante interesse em preservar.

O único interesse público relevante que se vislumbra numa ação trabalhista, é, pois, o interesse social de preservar direitos fundamentais do trabalhador. Nem por isso excepcionou, o legislador constituinte, como condição de eficácia da sentença de 1º grau, a submissão desta ao duplo grau de jurisdição compulsório.

Parece-me, portanto, não mais persistir o privilégio processual, quanto ao reexame compulsório pelo segundo grau de jurisdição das sentenças desfavoráveis à União, Estados, Municípios, Autarquias e Fundações, mormente em se tratando de processo trabalhista.

Como se vê, privilégio que não se justifica, fere o princípio da celeridade processual e agora afronta o texto constitucional vigente, quando este ao assegurar a isonomia sem distinção de qualquer natureza, consagra a igualdade de tratamento entre as partes parciais da relação processual.

O "JUS POSTULANDI"

Erodite Ribeiro dos Santos de Biase (*)

Ainda há muita discussão acerca da extinção ou não do "jus postulandi" na Justiça do Trabalho. Os que afirmam que ele não mais existe fundamentam seu ponto de vista na revogação do art. 791, da CLT, pelo art. 133, da Constituição Federal/88. Para aqueles que entendem o contrário, o embasamento está na existência de lei regulamentadora da matéria, como se depreende do próprio art. 133, da nova Carta:

"O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei". (grifo nosso).

Que lei?

Está por vir uma lei que regule a matéria e revogue o art. 791, da CLT, vez que o texto constitucional apenas repetiu o que já vinha inserido no art. 68, da Lei n. 4.215/63.

Admitindo-se a extinção de "jus postulandi" se estaria, em consequência, afirmando que o acesso ao Judiciário Trabalhista, agora, pertence apenas à classe favorecida. Não podemos nos esquecer que há hipossuficientes tanto do lado dos empregados quanto dos empregadores, o dia-a-dia nos mostra bem isto.

Deve se ter em mente a seguinte pergunta:

O que gera mais prejuízo à sociedade: a ação proposta ou contestada pela própria parte, desacompanhada, portanto, do advogado ou, a ausência da ação ou da contestação pela absoluta falta de meios para a contratação do mesmo?

É evidente que a ação proposta e acompanhada por profissional habilitado é mais elaborada, mas não podemos deixar de reconhecer que a segunda hipótese é, em muito, mais prejudicial, vez que a parte sequer chega a ter acesso ao Judiciário.

Não se está aqui menosprezando o Advogado, mas nosso País é extenso, mesclado por grandes contrastes, com regiões riquíssimas e outras paupérrimas. Há localidades que sequer Sindicatos têm e outras que, em tendo Sindicato, este não conta com um único advogado, ou porque é um Sindicato pobre ou porque não há advogado na região. É justo subtrair das partes a possibilidade de ingresso no Judiciário Trabalhista quando quem o procura, geralmente, reclama verbas de natureza alimentar? É o obreiro que ganha o salário mínimo e não o recebeu no mês anterior, ou, então, aquele que foi despedido sem ter percebido as verbas rescisórias, ou, ainda, o empregador, muitas vezes tão carente quanto alguns empregados, ambos sem qualquer outra fonte de renda senão aquele trabalho. De onde tirar o dinheiro para a contratação do advogado?

(*) Erodite Ribeiro dos Santos de Biase é Juíza do Trabalho Substituta da 15ª Região.

Preceitua o art. 114, da Constituição Federal:

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

Assim, se lei regulamentadora vier, deverá ter o cuidado de não afastar do Judiciário Trabalhista os menos favorecidos, porque a JUSTIÇA deve estar sempre ao alcance de todos, mormente a do Trabalho.

BREVES NOTAS: A IMPORTÂNCIA DO DIREITO DO TRABALHO NO CENÁRIO SOCIAL

Flávio Alegretti de Campos Cooper (*)

1. Ao lermos sobre a inauguração da vida mortal sobre a terra, ouvimos a injunção divina sobre o trabalho: "No suor do teu rosto comerás o teu pão" (Gên. 3:19). Tal mandamento, antes de constituir castigo (pena) ou maldição, importou em suprema bênção, ao conjunarmos com o ensinamento de Jesus: "Meu Pai trabalha até agora, e eu trabalho também" (João 5:17).

O trabalho desperta os poderes criativos do homem, empresta dignidade à vida, sendo exigência do bem-estar e desenvolvimento social, expressão de realização de cada um. É também o meio de consecução do difícil encargo do sustento pessoal e familiar.

Em nossos dias tem sido vilipendiado de todas as maneiras. A começar pelo alto índice de desemprego gerado pelos tempos de recessão. É interessante que o Prof. Robert Heller da Universidade do Havaí aduz que alcançar os três objetivos mais importantes da economia nacional: pleno emprego, estabilidade de preços e alta taxa de crescimento, é como "atirar de um carro em movimento em um alvo também em movimento"; quando se atinge o pleno emprego de todos os recursos, o nível de preço tende a elevar-se causando a inflação e quando se controla a inflação a níveis baixos a economia torna-se pouco atraente para o investimento de capital estrangeiro estagnando o crescimento econômico. Desnecessário dizer que o alto índice de desemprego além de forte tensão emocional é indicador do aumento de vício e criminalidade.

Depois o subemprego. Na área rural, milhares de bóias-frias vivem à margem da legislação de proteção ao trabalho.

Por outro lado, o salário mínimo percebido pela maioria dos trabalhadores brasileiros se tornou totalmente inadequado ante o elevado custo de vida.

Os abusos nas condições de trabalho como falta de segurança e higiene, prorrogação excessiva da jornada de trabalho com remunerações mínimas já eram denunciados no Brasil em 1905 por Evaristo de Moraes. Atualmente tal situação não mitigou; vivemos em um dilúvio de greves e nosso país figura entre os de maior índice de acidentes de trabalho.

Nesse quadro social desponta nossa disciplina, preconizada pelo Professor baiano Orlando Gomes como "o direito do futuro" pela crescente importância no cenário interno e externo; visto pelos franceses como "o direito do estômago" dada sua natureza alimentar.

É um direito dinâmico, *in fieri*, em constante mutação e aperfeiçoamento, abrangendo cada vez mais categorias, possuindo não só uma regulamentação

(*) Flávio Alegretti de Campos Cooper é Juiz Presidente da 1ª JCM de S. José dos Campos.

interna como também normas internacionais emanadas das conferências da OIT (Organização Internacional do Trabalho).

Na época em que instalada a Assembléia Constituinte Nacional se discutiu os novos rumos jurídico-econômico-sociais do país, 90% dos parlamentares opinaram pela urgência de reformas sociais, notadamente trabalhistas.

À legislação base não codificada (CLT), de 1943, com várias modificações em seus textos, foram adicionadas numerosas leis complementares, que dificultam um estudo sistemático da matéria.

2. Se o Direito é o sistema de princípios e normas que regulam a convivência social, ao Direito do Trabalho cabe harmonizar o capital com o trabalho, "organizando a vida econômica e social" (Evaristo de Moraes Filho), estabelecendo condições para a colaboração entre as forças produtoras e a classe que dispõe dos meios de produção, assegurando o Estado "direitos e garantias recíprocas" (Segadas Vianna).

Tudo à luz dos princípios internacionalmente conhecidos como embasadores de uma ordem social justa:

"O trabalho é um direito e um dever social; confere dignidade a quem o realiza e deve ser exercido em condições que, compreendendo um regime de salários justos, assegurem a vida, a saúde e o nível econômico digno ao trabalhador e sua família, tanto durante os anos de atividade como na velhice, ou quando qualquer circunstância o prive da possibilidade de trabalhar" (Art. 43, Carta da Organização dos Estados Americanos, promulgada pelo Decreto n. 67.542, de 12.11.70).

3. Com o fenômeno de proletarianização da classe média, notou Romita hoje, a existência de "quase que uma classe unitária de prestadores de serviços, muito diferente da sociedade de classe dos princípios do século XX".

4. Atravessamos difícil fase econômica, de desgaste da moeda, de incertezas e de insatisfação geral. Muito se tem falado de Pacto Social no Brasil, que é o acordo trilateral entre governo, empregadores e empregados em que as partes negociam medidas de combate à inflação, à recessão, ao desemprego e ao desenvolvimento nacional sem ferir as condições mínimas necessárias à proteção do trabalhador. Embora haja exemplos de pactos sociais em países europeus, africanos, asiáticos e na América Central e do Sul, ainda não atingimos a indispensável maturidade e organização que traga um consenso social.

PARTICIPAÇÃO DOS EMPREGADOS NOS LUCROS DAS EMPRESAS

Jaime Cimentí (*)

No Direito Brasileiro a participação dos empregados nos lucros das empresas está prevista constitucionalmente desde a Constituição Federal de 1946, no seu artigo 157, inciso IV.

A Carga Magna de 1967 manteve o dispositivo anterior, no artigo 158, inciso V.

A Emenda Constitucional n. 01, de 1969, por sua vez, reitera as previsões constitucionais anteriores e, em seu artigo 165, inciso V, incluiu a matéria.

Finalmente, a Constituição Federal de 05.10.88, em vigor, estabelece em seu artigo 7º, inciso XI, que é direito dos trabalhadores "a participação nos lucros ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em Lei (grifo nosso).

Como se observa sem dificuldade alguma, passados 45 anos da inclusão a nível constitucional, a norma permanece feita bela adormecida à espera do príncipe que venha a despertá-la de seu sono profundo. Virá o príncipe?

Não cremos. Passados quase três anos da promulgação da atual Carga Magna, não há indícios de que venha a ser regulamentado o inciso XI do artigo 7º, mencionado.

Com efeito, desde 1956, aproximadamente 35 projetos de lei sobre a matéria não apresentaram resultados práticos de monta.

Assim, nota-se que do ponto de vista legislativo a questão não se resolveu.

A nível de relações trabalhistas intersindicais (entre classes empregadoras e classes dos empregados), parece-nos que o assunto não desperta maior interesse. Ao menos ao que se tem notícia, negociações desta natureza não têm surgido.

Na esfera judicial, ao que se saiba, salvo melhor juízo, não foram apresentados mandados de injunção ou outros remédios processuais com o objetivo de vivificar a norma adormecida.

O emitente Professor Agostinho Toffoli Tavoraro, em recentíssima obra sobre o assunto (PARTICIPAÇÃO DOS EMPREGADOS NOS LUCROS DAS EMPRESAS, LTr Edit., 1991), encerra suas lições aduzindo, no último parágrafo do livro: "Assim, parece-nos que nem hoje, nem no futuro, encontrará a norma constitucional campo de atuação, baldadas as tentativas de concretizá-la".

(*) Jaime Cimentí é Procurador do Trabalho da 4ª Região de Porto Alegre - RS.

Pensamos que assiste razão ao citado autor, professor da PUC/Campinas. Com a humildade devida, acrescentaríamos às colocações de Tavoraro que, por uma questão de transparência, simplicidade e sinceridade, melhor seria a revogação pura e simples do Inciso XI do artigo 7º da Carta Magna. A Lei não admite palavras inúteis. E se qualquer Lei inadmite, muito mais a Lei Maior. Não nos parece razoável e sincero permitir que a Carta Magna contenha dispositivo letárgico e, neste momento em que ela passa a ser revisada, seria a hora de examinar a questão com o bom senso e a clareza merecidos.

