



LABORE

STARE PACTO  
LABORE

REVISTA DO  
**TRT 9<sup>a</sup>**  
PARANÁ



LEX

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

**TEMAS DIVERSOS**

**DOCTRINA**

**JURISPRUDÊNCIA**

BIBLIOTECA  
T R T  
9ª REGIÃO

PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO

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

**PUBLICAÇÃO SEMESTRAL**

**COMISSÃO DA REVISTA**

**Presidente:** Juíza Wanda Santi Cardoso da Silva

**Membros:** Juíza Rosalie Michaelle Bacila Batista  
Juiz Rubens Edgar Tiemann

**SECRETARIA JUDICIÁRIA  
COORDENAÇÃO:**

Diretora: Bel. Janice Maria da Silveira

**SERVIÇO DE JURISPRUDÊNCIA:**

**Diagramação:** Luciane Antunes de Oliveira  
Dorilis França Dutra  
Bel. Iara Montenegro Bezerra

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

**Semestral até o v.16, n.2, 1991.**

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

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

**1. Direito do Trabalho - Doutrina - Periódicos.**

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

**CDU: 34:331(05)**

**CDD: 341.605**

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

**Distribuição dirigida**

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

# TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO

(COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL EM 17 DE DEZEMBRO DE 1996)

**Presidente:** Juiz José Fernando Rosas  
**Vice-Presidente:** Juiz Pretextato Pennafort Taborda Ribas Netto  
**Corregedora:** Juíza Adriana Nucci Paes Cruz

## *Composição das Seções de Dissídios Individuais e Coletivos*

### **Seção de Dissídios Individuais I:**

JOSÉ FERNANDO ROSAS (Presidente)  
PRETEXTATO PENNAFORT TABORDA RIBAS NETTO (Vice-Presidente)  
ADRIANA NUCCI PAES CRUZ (Corregedora)  
JOSE MONTENEGRO ANTERO  
MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO  
FERNANDO EIZO ONO  
NACIF ALCURE NETO  
ROSEMARIE DIEDRICH'S PIMPÃO  
GERALDO RAMTHUN (Rep. Trabalhadores)  
ABRÃO JOSE MELHEM (Rep. Empregadores)  
WILSON PEREIRA (Rep. Trabalhadores)  
LUIZ FERNANDO ZORNIG FILHO (Rep. Empregadores)

### **Seção de Dissídios Individuais II:**

JOSÉ FERNANDO ROSAS (Presidente)  
PRETEXTATO PENNAFORT TABORDA RIBAS NETTO (Vice-Presidente)  
ADRIANA NUCCI PAES CRUZ (Corregedora)  
LUIZ FELIPE HAJ MUSSI  
ROSALIE MICHAELE BACILA BATISTA  
LUIZ EDUARDO GUNTHER  
GABRIEL ZANDONAI  
NEY JOSE DE FREITAS  
JOÃO TEODORO DA SILVA (Rep. Empregadores)  
MARIO ANTONIO FERRARI (Rep. Trabalhadores)  
ANTONIO LUCIO ZARANTONELLO (Rep. Trabalhadores)  
ARMANDO DE SOUZA COUTO (Rep. Empregadores)

### **SDC - Seção de Dissídios Coletivos**

JOSÉ FERNANDO ROSAS (Presidente)  
PRETEXTATO PENNAFORT TABORDA RIBAS NETTO (Vice-Presidente)  
ADRIANA NUCCI PAES CRUZ (Corregedora)  
TOBIAS DE MACEDO FILHO  
RICARDO SAMPAIO  
LAUREMII CANIAROSKI  
WANDA SANTI CARDOSO DA SILVA  
TERESINHA SALETE ADAMSHUK  
CARLOS BUCK (Rep. Trabalhadores)  
HELMUTH KAMPMANN (Rep. Empregadores)

### **1ª Turma**

MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO (*Presidente*)  
TOBIAS DE MACEDO FILHO  
NACIF ALCURE NETO  
WILSON PEREIRA (*Representante dos Trabalhadores*)  
ABRÃO JOSÉ MELHIM (*Representante dos Empregadores*)

### **2ª Turma**

LUIZ EDUARDO GUNTHER (*Presidente*)  
RICARDO SAMPAIO  
ARNOR LIMA NETO  
MARIO ANTONIO FERRARI (*Representante dos Trabalhadores*)  
HELMUTH KAMPMANN (*Representante dos Empregadores*)

### **3ª Turma**

WANDA SANTI CARDOSO DA SILVA (*Presidente*)  
ROSALIE MICHAELE BACILA BATISTA  
NEY JOSÉ DE FREITAS  
GERAI DO RAMTHUN (*Representante dos Trabalhadores*)  
JOÃO TÓDORO DA SILVA (*Representante dos Empregadores*)

### **4ª Turma**

LAUREMI CAMAROSKI (*Presidente*)  
FERNANDO FIZO ONO  
ROSEMARIE DIEDRICHS PIMPÃO  
CARLOS BUCK (*Representante dos Trabalhadores*)  
ARMANDO DE SOUZA COUTO (*Representante dos Empregadores*)

### **5ª Turma**

LUIZ FELIPE HAJ MUSSI (*Presidente*)  
JOSE MONTENEGRO ANTERO  
GABRIEL ZANDONAI  
LUIZ FERNANDO ZORNIG FILHO (*Representante dos Empregadores*)  
ANTONIO LUCIO ZARANTONELLO (*Representante dos Trabalhadores*)

## JUIZES DO TRABALHO PRESIDENTES DE JCJs<sup>(\*)</sup>

JCJ DE APUCARANA  
Marcos Eliseu Ortega  
JCJ DE ARAPONGAS  
Péricles Ferreira  
Cortes  
JCJ DE ARAUCÁRIA  
Maria Walkiria  
Cavalcanti Brizoto  
JCJ DE ASSIS  
CHATEAUBRIAND  
Luiz Alves  
1º JCJ DE  
CASCATEL  
remoção  
2º JCJ DE  
CASCATEL  
Janete do Amarante  
JCJ DE CAMPO  
MOURÃO  
Antônio Cesar  
Andrade  
JCJ DE CASTRO  
Sueli Gil El Rafihi  
JCJ DE CLANORTE  
Marcus Aurélio Lopes  
JCJ DE COLOMBO  
Karin Boehler  
JCJ DE CORNÉLIO  
PROCÓPIO  
Valdecir Edson  
Fossatti  
1º JCJ DE CURITIBA  
Célio Horst Waldraff  
2º JCJ DE CURITIBA  
Archimedes Castro  
Campos Júnior  
3º JCJ DE CURITIBA  
Nair Maria Ramos  
Gubert  
4º JCJ DE CURITIBA  
Rubens Edgard  
Tiemann  
5º JCJ DE CURITIBA  
Arnor Lima Neto  
6º JCJ DE CURITIBA  
Arion Mazurkevich  
7º JCJ DE CURITIBA  
Dirceu Buys Pinto  
Júnior  
8º JCJ DE CURITIBA  
Sandra Maria da Costa  
Ressel

9º JCJ DE CURITIBA  
Roberto Dala Barba  
10º JCJ DE  
CURITIBA  
Fátima Terezinha Loro  
Ledra Machado  
11º JCJ DE  
CURITIBA  
Eneida Cornel  
12º JCJ DE  
CURITIBA  
Luiz Celso Napp  
13º JCJ DE  
CURITIBA  
Flávia Angélica Bello  
do Amaral  
14º JCJ DE  
CURITIBA  
Ana Carolina Zaina  
15º JCJ DE  
CURITIBA  
Marco Antonio Vianna  
Mansur  
16º JCJ DE  
CURITIBA  
Marlene Teresinha  
Fuverki Suguimatsu  
17º JCJ DE  
CURITIBA  
Márcio Dionisio  
Gapski  
18º JCJ DE  
CURITIBA  
Altino Pedrozo dos  
Santos  
1º JCJ DE FOZ DO  
IGUAÇU  
Eduardo Millêo  
Baracat  
2º JCJ DE FOZ DO  
IGUAÇU  
remoção  
JCJ DE FRANCISCO  
BELTRÃO  
Ise Marcelina  
Bernardi Lora  
1º JCJ DE  
GUARAPUAVA  
Aparecido Sérgio  
Bistafa  
2º JCJ DE  
GUARAPUAVA  
Paulo Ricardo Pozzolo  
JCJ DE IRATI

---

(\*) Situação em 17 de dezembro de 1996.

Adayde Santos Cecone  
JCJ DE IVAIPORÁ  
Silvana Souza Netto  
Mandalozzo  
JCJ DE  
JACAREZINHO  
Edmilson Antonio de  
Lima  
JCJ DE  
JAGUARLAÍVA  
Odete Grasselli  
JCJ DE  
LARANJEIRAS DO  
SUL  
Mauro Cesar Soares  
Pacheco  
1º JCJ DE  
LONDRINA  
Dinaura Godinho  
Pimentel Gomes  
2º JCJ DE  
LONDRINA  
Francisco Roberto  
Ermel  
3º JCJ DE  
LONDRINA  
Neide Akiko Fugivala  
Pedroso  
4º JCJ DE  
LONDRINA  
Eliane de Sá Marsiglia  
5º JCJ DE  
LONDRINA  
Manoel Vinicius de  
Oliveira Branco  
JCJ DE MAL  
CÂNDIDO RONDON  
Carlos Henrique O.  
Mendonça  
1º JCJ DE MARINGÁ  
Claudia Cristina  
Pereira Colombo  
2º JCJ DE MARINGÁ  
Cassio Colombo Filho  
3º JCJ DE MARINGÁ  
Reginaldo Melhado  
4º JCJ DE MARINGÁ  
Neide Alves dos Santos  
JCJ DE  
PARANAGUÁ  
Elder de Souza  
Pedroza  
JCJ DE PARANAÍVA  
Gianna Maiucelli  
Tozetto  
JCJ DE PATO  
BRANCO  
Lisiane Sanson Pasetti  
1º JCJ DE PONTA  
GROSSA  
Suely Filippetto

2º JCJ DE PONTA  
GROSSA  
Ney Fernando Olivé  
Malhadas  
JCJ DE ROLÂNDIA  
Sérgio Guimarães  
Sampaio  
JCJ DE SÃO JOSÉ  
DOS PINHAIS  
Gesira Medeiros da  
Hora  
JCJ DE TELÊMACO  
BORBA  
Morgana de Almeida  
Richa  
JCJ DE TOLEDO  
Adilson Luiz Funêz  
JCJ DE UMUARAMA  
Irã Alves dos Santos  
JCJ DE UNLÃO DA  
VITÓRIA  
Rosiris Rodrigues de  
Almeida Amado  
Ribeiro  
JCJ DE  
WENCESLAU BRAZ  
Lisete Valsecchi  
Fávoro



## JUIZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS<sup>(\*)</sup>

Sebastião Teodoro da Silva  
José Aparecido dos Santos  
Paulo da Cunha Boal  
José Eduardo Ferreira Ramos  
Ziula Cristina da Silveira Sbroglio  
Jorge Luiz Soares de Paula  
Waldomiro Antonio da Silva  
Neide Consolata Folador  
Valéria Rodrigues Franco da Rocha  
Sidnei Lopes  
Bráulio Gabriel Gusmão  
Ana Maria Mansur Mäder Gisi  
Patrícia de Matos Lemos  
Ana Maria das Graças Veloso  
Luiz Carlos Schoroeder  
Sandra Mara Flügel  
Audrey Mauch  
Sonia Maria Lugnani de Andrade  
Mauro Vasni Paroski  
Fabrício Nicolau dos Santos Nogueira  
Daniel José de Almeida Pereira  
Ana Gledis Tissot Benatti  
Luiz Antonio Bernardo  
Paulo Cordeiro Mendonça  
Carlos Martins Kaminski  
Paulo Henrique Kretzschmar E. Conti  
Leonardo Vieira Wandelli  
Ana Cristina Patrocínio Holzmeister  
José Mário Kohler  
Marieta Jesusa da Silva Arretche  
João Luiz Wentz  
Mauricio Madeu  
Adelaine Aparecida Pelegrinello Panage  
Ricardo Tenório Cavalcante  
Angela Neto Roda  
Sandra Mara de Oliveira Dias  
Marcia Frazão da Silva  
Helena Mitie Matsuda  
Claudia Mara Pereira Gioppo  
Marli Gomes Gonçalves Dudeque  
Bento Luiz de Azambuja Moreira  
Amaury Haruo Mori  
Marco Antonio de Freitas

---

<sup>(\*)</sup> Ordem de Antigüidade - Situação em 17 de dezembro de 1996.

# SUMÁRIO

## TEMAS DIVERSOS

- **Discurso de Posse**  
(Juiz Ney José de Freitas)-----15
- **Discurso de Posse**  
(Juíza Rosemarie Diedrichs Pimpão) -----21

## DOCTRINA

- **Processo Trabalhista e Técnica Judicante**  
(DALAZEN, João Oreste)-----27
- **Cooperativas de Trabalho - Relação de Emprego**  
(PEREIRA, José Luciano de Castilho)-----47
- **Fraude à Lei em Tempos de Crise**  
(ILANA, Márcio Túlio)-----61
- **Antecipação da Tutela**  
(GOMES NETO, Indalécio)-----71
- **Inexistência de Licença Especial para os Magistrados Trabalhistas**  
(SAMPAIO, Ricardo)-----91
- **Globalização, Terceirização e Princípio de Isonomia Salarial**  
(MELHADO, Reginaldo)-----97
- **A Multa do Art. 22, da Lei do FGTS**  
(COLOMBO FILHO, Cassio) -----119
- **Tutela Penal do Direito ao Salário**  
(BARACAT, Eduardo Milléo) -----125
- **O Conceito de Salário em Utilidades**  
(SANTOS, José Aparecido dos) -----147

## JURISPRUDÊNCIA

- ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª - REGIÃO -

|   |     |
|---|-----|
| - Embargos de Terceiro. Fraude à Execução. Insolvência da Executada.....  | 167 |
| - Ação Rescisória de Acórdão que Não Admitiu Recurso por Suposta Deserção. Cabimento. ....  | 171 |
| - Relação de Emprego. Acionista, Vice-Presidente e Diretor de Sociedade Anônima. "Affectio Societatis". Improcedência da Reclamação. .... | 175 |
| - Horas Extras. Intervalo Entre Jornadas. Pagamento. ....   | 187 |
| - Lei 3.999/61 Abrangência. Auxiliares de Laboratório. ....   | 191 |
| - Vínculo Empregatício. Agenciador de Mão-De-Obra. "O Gato". --   | 197 |
| - Liberação de Crédito ao Substituto Processual. Impossibilidade. ....  | 205 |
| - Legislação Federal. Aplicação a Estados e Municípios. Impossibilidade. ....   | 209 |
| - Vínculo de Emprego. Sócio e Empregado. ....   | 213 |
| - Digitadora. Salários Equivalentes aos Pagos pela Empresa Tomadora. ....   | 221 |

# **TEMAS DIVERSOS**

## **JUIZ NEY JOSÉ DE FREITAS<sup>(\*)</sup>** **DISCURSO DE POSSE - TRT/9<sup>a</sup>**

*A Justiça é o pão do povo.  
Às vezes bastante, às vezes pouco.  
Às vezes de gosto bom, Às vezes de gosto ruim.  
Quando o pão é pouco, há fome.  
Quando o pão é ruim há descontentamento.*  
(Brecht. Poemas. O Pão do Povo)

O momento é de contentamento. mas. também. de reflexão.

O contentamento origina-se do fato de que ascendo. agora. ao degrau máximo do Judiciário Trabalhista de meu Estado.

Assumo as elevadas funções de Juiz Togado desta Corte depois de uma longa caminhada que se iniciou em 1980 quando ultrapassei os umbrais da graduação e tornei-me advogado. Exerci essa nobre e difícil atividade por oito anos e dela saí por uma irresistível força que me atraía para o exercício da função de magistrado.

Não me arrependo. em momento algum. da opção que concretizei. mas. confesso que guardo. em lugar especial do meu coração. os momentos de realização pessoal que obtive quando do outro lado da trincheira.

Esta sessão solene perante o Tribunal Pleno com o aconchego dos familiares e amigos. é. como disse. momento de rara felicidade que deve ser aprisionado no fundo do espírito para servir. não obstante o rolar do tempo. como estímulo para o enfrentamento do novo e instigante desafio que se descortina de agora em diante.

De outra parte. não obstante o momento festivo que deve ser sorvido com o prazer que proporciona. é preciso aproveitar o instante para refletir sobre o papel da Justiça. do Juiz em confronto com o conceito de cidadania que emerge. de modo forte e definitivo no estágio atual da democracia moderna.

---

<sup>(\*)</sup> Ney José de Freitas, Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 9<sup>a</sup> Região, empossado em 19 09 96.

Não há dúvida de que o Brasil ingressou em novo estágio de desenvolvimento, consoante se verifica dos índices de crescimento econômico e de sua demanda energética, apesar da persistente pobreza de certas regiões e do desemprego endêmico que assola o País.

Mas, é forçoso reconhecer que, independentemente do prognóstico dos pessimistas profissionais, a nossa Pátria marcha para um destino melhor, por imperativo de um arejamento que surge da vivência democrática que é, sem dúvida, pelo menos até o momento atual, a melhor forma de convivência entre os homens.

Nesse contexto, o juiz moderno, em que pese continuar preso à antiga parêmia imobilista, condicionado, portanto, ao impulso das partes, abandonou a condição de ator restrito aos autos do processo para se integrar ao tecido social a que pertence e emprestar à sociedade a flama de seus ideais e o dinamismo de seus braços em favor do povo que é, em última razão, o destinatário da atividade jurisdicional do Estado.

Os magistrados sentem a Pátria nas angústias que permeiam os litígios da sua gente.

Os movimentos do coração social palpitam nas entrelinhas de suas sentenças em permanente comunicação osmótica.

Assim, o desenvolvimento da nação exige da Justiça uma reflexão maior a fim que se possa adaptar o direito às emergentes demandas da vida social, com o devido resguardo aos princípios jurídicos de dimensão universal, hoje ameaçados pela avassaladora corrida a modernidades e inovações que rompem com a tradição, mas, de outra margem, não apresentam pilares sólidos para a construção do novo.

Contudo, Senhores, o ideal de Justiça perde-se no vazio sem a existência de um Poder Judiciário independente e autônomo.

Reconheço que, lamentavelmente, vivemos num País onde predomina que se denomina ilusão gráfica. Vale dizer: acredita-se que tudo o que está escrito na Constituição Federal ocorre na realidade da vida.

Desta forma, se o art. 99 da CF/88, afirma que o Poder Judiciário possui autonomia administrativa e financeira, concluímos: o aparelhamento judiciário depende, única e exclusivamente, da iniciativa dos Tribunais na elaboração de suas propostas orçamentárias.

Não é assim, infelizmente. Sonega-se ao Poder Judiciário condições mínimas para que a entrega da prestação jurisdicional seja realizada adequadamente.

Por mais contraditório que pareça quanto mais se lhe exige, mais se o abandona, preconiza-se uma distribuição de Justiça rápida, célere e de custo reduzido, e, em contrapartida, nada se lhe oferece no que atine a recursos materiais e humanos.

Penso, Senhores, que nas intimidades dos gabinetes onde se aloja, de fato, o Poder orchestra-se a própria extinção do Poder Judiciário, transformando-o em mero departamento burocratizado e desta forma, abre-se espaço para uma verdadeira privatização da Justiça.

Comenta-se, hoje, em círculos restritos no denominado Estado mínimo.

Essa expressão foi cunhada para timbrar o recuo da organização estatal de áreas onde a atuação privada demonstra maior rentabilidade, porque movidos por interesses de imediata satisfação, geralmente representada em valores cambiáveis.

Porém, a exacerbação desses conceitos podem gerar uma falsa premissa e provocar, por consequência, o estiolamento das instituições.

Neste aspecto, ao que parece, o Poder Judiciário estaria na alça de mira de detratores da cidadania, já que demolido o arcabouço institucional que mantém o método organizacional público, esta (a cidadania) é apenas uma ficção política sem qualquer utilidade prática para o homem.

Jurisdição e cidadania, num enfoque moderno, são faces da mesma moeda.

Vivemos um tempo cuja característica é a simultaneidade das transformações nos planos político, econômico e social.

Contudo, por mais estruturais que sejam essas mudanças, jamais, se pode abandonar conquistas consolidadas, fruto de um longo processo histórico e originário de intensas lutas.

É preciso afirmar: qualquer pretensão que tenha por objetivo solapar as bases do princípio federativo, da convivência harmônica e respeitosa entre os Poderes do Estado, devem merecer, de logo, pronta

repulsa, porquanto atentatória ao exercício da Jurisdição e conseqüentemente, contra a cidadania dela dependente e, sobre ela influente, num elo de realimentação constante, por meio da dinâmica própria da democracia

Mesmo diante deste quadro, reafirmo, aqui, o meu compromisso com a Justiça

Acredito, sem qualquer vacilação, nos Juizes e servidores do Poder Judiciário.

Diante da desconsideração, nos afirmaremos com o nosso trabalho

Em face da ausência de recursos materiais e humanos, protestaremos, mas, responderemos com o nosso trabalho

Enfim, o que temos é o nosso trabalho e este oferecemos ao Povo, como demonstração efetiva da nossa crença no exercício consciente da cidadania e na distribuição efetiva da Justiça

Agora, é hora de homenagear

Por força do destino passo a ocupar, hoje, a cadeira neste Tribunal que pertenceu aos Eminentíssimos Ministros Luiz José Guimarães Falcão, Indalécio Gomes Neto e João Oreste Dalazen. Todos nascidos no Rio Grande do Sul que se tornaram paranaenses por adoção

De cada um deles se pode dizer que dotados de formação humanística invejável e de competência ímpar elevaram este Egrégio Tribunal a nível de respeitabilidade nacional

Por dever de consciência, todavia, deposito a minha homenagem especial ao Ex. Ministro Dalazen, a quem sucedi na presidência da 4ª JCJ de Curitiba e a quem agora sucedo neste Tribunal, pelo seu exemplo como Juiz, Professor e Jurista

Meu empenho, assim, diuturnamente, será oferecer o melhor de mim para desenvolver minhas atividades judicantes com a mesma dedicação e a mesma dignidade de suas Excelências

Afirmo, contudo, que o encargo é difícil, mas, não impossível para quem adentra esta Casa de Justiça com a cabeça erguida, mas com o coração humilde e mente aberta para, se integrando, a este respeitável Colegiado oferecer o seu contributo na distribuição da Justiça Trabalhista. Empenhar-me-ei para seguir os passos dos Eminentíssimos Ministros



Falcão Indalecio e Dalazen, que marcas tão profundas deixaram nesta Egrégia Corte

Agora é a hora de agradecer

Sem a família e sem os amigos os objetivos, quaisquer que sejam, são impossíveis de serem atingidos

Na verdadeira vida vislumbro o olhar contente de José meu pai realizando-se no sucesso do filho

Presente comigo, minha mãe Francisca que, na lucidez de seus 80 anos, vela por todos nos João Carlos, o irmão que eu sempre quis ter e Carlos Eduardo sobrinho querido, Rose companheira de todas as horas e Elise e Leonardo os mais belos poemas que já fiz, a vocês obrigado

Abraço, fraternalmente, sem nominar para não cometer injustiças a todos os meus amigos, ligados, de qualquer, modo à atividade judiciária ou estranhos a ela

Sem a presença de vocês a vida teria sido mais difícil

Cada um e todos, proporcionaram-me a magnífica oportunidade de aprender, aprender sempre, na busca incessante do aperfeiçoamento espiritual

Como sempre disse em todas as oportunidades em que falei perante esta Egrégia Corte Que Deus o Juiz Perfeito, porque Senhor da vida, nos abençõe a todos

Muito obrigado

**JUÍZA ROSEMARIE DIEDRICHS PIMPÃO<sup>(\*)</sup>**  
**DISCURSO DE POSSE - TRT/9ª**

SUAS EXCELÊNCIAS:

Presidente desta Corte. Juiz JOSÉ FERNANDO ROSAS.

Presidente do Tribunal de Justiça. desembargador CLAUDIO NUNES NASCIMENTO.

Presidente do Tribunal de Alçada. Juiz DILMAR KESSLER.

Presidente da Assembléia Legislativa. Deputado ANÍBAL KHOURY.

Procurador-Geral do Estado. neste ato representando o Governo do Estado do Paraná. LUIZ CARLOS CALDAS.

Sub-Chefe da Procuradoria Regional do Trabalho. Procuradora MARA LANZONI

Presidente da Associação do Advogados Trabalhistas do Paraná. neste ato representando a Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Paraná - ELIÁZER ANTONIO DE MEDEIROS.

em nome dos quais saúdo cada uma das autoridades que nos honram com a presença neste momento.

MEUS COLEGAS DE AMBAS AS INSTÂNCIAS.

SENHORAS E SENHORES

Começo pelo princípio e causa de todas as coisas e de todos os seres começo por DEUS. senhor do Universo e amparo em minha vida e em minha carreira Ao invocá-lo. humildemente agradeço o que tenho recebido e Lhe dirijo a mesma prece diária:

**"Em ti, Senhor, confio, livra-me pela tua justiça; és a minha rocha e a minha fortaleza; por amor do teu nome, guia-me e encaminha-me."**

---

<sup>(\*)</sup> Rosemarie Diedrichs Pimpão, Juíza do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, empossada em 11 11 96

Assim o fiz até viver esta festa que me vem de ser preparada ao longo de muitos anos.

no amanhecer de cada dia

na aguarda de cada audiência

na ouvída de cada testemunha

no folhear de cada processo

no enxugar de cada lágrima dos filhos que da minha atenção precisavam e que às vezes, de pronto, eu não podia dar

a cada retorno à casa da qual saíra há tantas horas

a cada sentença proferida com a convicção de estar dando a cada um o que era seu

Se chego com a alma em festa ao segundo grau da Justiça do Trabalho de meu Estado, devo **também** o que sou e o que tenho sido à minha **mãe**, MARIA DE LOURDES A ela dirijo o meu olhar de gratidão, homenageando a memória de meu pai, GERMANO, meus familiares e amigos Saibam **todos** (e que **bom** poder assim dizer a minha própria alma ), que o privilégio de estar onde estou agora foi possível também graças à fibra, ao incentivo e ao amor de **minha mãe**.

Tributo, ainda, a ascensão a esse elevado cargo ao meu generoso marido VESPERTINO FERREIRA PIMPÃO, a quem renovo meu amor pela dadivosa presença de meus filhos CARLOS HENRIQUE e MARCELA testemunhos de compreensão amor e ternura

Perdoem-me por mais uma vez falar do amor mas as pessoas só falam bem segundo Conrad, quando estão movidas por um sentimento pessoal ou "argumentando em favor de quem lhes é de fato mais precioso que a vida"

Então, se "viver é não abandonar" , vivi e tenho vivido mais para a Justiça do que para a família, porque não conheci o desamparo e sempre tive a certeza de ter quem me esperava

A meus colegas juízes, aos diligentes servidores, aos sempre respeitados advogados aos insígnies membros do Ministério Público do Trabalho instituição fundamental à defesa da ordem jurídica

Ocupando a sentida vaga do eminente juiz JOÃO ANTONIO GONÇALVES DE MOURA, notabilizado pela dedicação à judicatura e

respeito as partes chego a casa dos recursos com os olhos naturalmente postos na **justiça**. Sei que ela " não é uma virtude como as outras" nas palavras do filósofo francês mas pela elementar razão de que " é o horizonte de todas e a lei de sua coexistência"

Venho pois para prosseguir na minha busca pela justiça. Pretendo fazê-lo com o mesmo absoluto respeito a celeridade e a qualidade dos julgamentos como é da longa e notória tradição deste Tribunal. Fa-lo-ei consciente de que não é justiça apenas tirar de uns para dar a outros sem causa ou razão na lei.

Fora da lei penso não há direito nem justiça. Portanto a minha defesa e o meu compromisso primeiros continuarão sendo com o respeito a majestade da ordem jurídica.

Chego também com o mesmo compromisso de lutar pela manutenção e pelo constante prestigiamento desta justiça social próxima do dia-a-dia dos trabalhadores e dos empregadores. Desta justiça com este perfil híbrido que faz a sua riqueza ideológica mesclando de um lado os muitos anos de estudo jurídico dos que vieram pela carreira e de outro a sabedoria das fabricas do comércio do campo daqueles que vieram como dignos representantes das classes produtoras e trabalhadoras. Desta justiça que está julgando dois milhões de causas em todo o Brasil só no ano de 1996.

Na complexa quadra de transformações sociais o crescimento demográfico a globalização da economia e o desenvolvimento tecnológico criaram uma nova realidade que o mundo não está conseguindo equacionar como o desemprego crescente.

Neste contexto no Brasil surgem as propostas de reformas inclusive a do Poder Judiciário alvo de tantas críticas ao qual se lhe imputa parcela desproporcional de responsabilidade para os graves problemas sociais. E nesta visão simplista daqueles que parecem mal conhecerem os poucos meios materiais e humanos de que dispomos incluem a Justiça do Trabalho e a legislação trabalhista como origem de todos os conflitos sociais sem considerarem que o que resta de equilíbrio social deflui de nossa ação conciliadora e célere.

Bendita seja pois a Justiça do Trabalho.

Não me estenderei com diagnóstico do Poder Judiciário Trabalhista pois o momento prende-me mais a alegria do que a reflexão que já é parte do cotidiano dos juizes.

Por isto que o compromisso que acabo de renovar agora nesta instância vincula-se sobretudo aos sentimentos superiores que suprem o coração humano e me induzem a jamais me desvencilhar das amarras da independência da integridade e da ética

Agradeço, com emoção, as palavras daqueles que me saudaram. Sei que brotam da generosidade e da polidez.

Guardarei no coração e na alma o significado deste dia

Encerro depositando minha convicção final nas palavras de Ruy Barbosa

**"DE TUDO QUANTO NO MUNDO TENHO VISTO, O RESUMO SE ABRANGE NESTAS CINCO PALAVRAS: NÃO HÁ JUSTIÇA SEM DEUS".**

# **DOUTRINA**

# PROCESSO TRABALHISTA E TÉCNICA JUDICANTE

*João Oreste Dalazen<sup>(\*)</sup>*

## 1. Da importância da técnica judicante

Sob o título em foco pretendo ocupar-me aqui da importância da técnica judicante no exercício da função jurisdicional trabalhista

A abordagem do tema em apreço fruto de uma antiga e permanente inquietação intelectual minha resulta do convencimento de que frequentemente as decisões judiciais **não** são primorosas do ponto de vista **técnico** e isto não raro compromete a distribuição de Justiça a que todos aspiramos

Está claro que o principal e fundamental atributo de uma sentença é **ser justa**, nos limites das possibilidades humanas o que significa, no mínimo levar a **paz entre os homens**.

O compromisso com a **Justiça** e o primeiro e indefectível dever de todo Juiz digno do nome

E **para se alcançar** uma sentença justa, nunca é ocioso lembrar é indispensável que o Juiz afaste-se do **mero raciocínio lógico-dedutivo**, do singelo silogismo e compreenda que a atividade judicante **tem que ser efetiva e essencialmente valorativa**.

Deve desdobrar-se em uma série de juízos de valor

O juiz **não** deve ser um **aplicador mecânico e autômato de normas jurídicas**, um **servo da legalidade** e ignorante da vida, na base do superado "dura lex sed lex" deve **estimar** os resultados concretos que da incidência da norma advêm e estimar os **valores** tutelados pela norma

---

<sup>(\*)</sup> *Ministro togado do Tribunal Superior do Trabalho e Professor de Direito e Processo do Trabalho da UNB*

Como ensinou **COUTURE** a sentença, originalmente, "é algo que foi **sentido** e daí o seu nome **sentença**". A sentença forma-se pelo "sentir do Juiz"

Esse "sentir do Juiz" de que resulta a sentença, no caso do Juiz do Trabalho mais ainda se faz necessário especialmente o Juiz do Trabalho, deve ter a **sensibilidade** aguçada em virtude dos princípios e da natureza especial do Direito do Trabalho que lhe cabe aplicar deve lembrar sempre que lhe cumpre aplicar o **Direito do Trabalho**, com todos os princípios básicos que o informam e não o Direito do Capital

Não é demais recordar que toda norma comporta uma **pluralidade de significados** ou de possibilidades interpretativas

**É um comando geral e abstrato e**, no momento em que se aplica, converte-se num comando individualizado e concreto. Essa conversão exige do juiz uma escolha **voluntária e valorativa** e não mecânica

Vale dizer proferir sentença justa **não** é apenas uma questão de **lógica pura** mas de formulação de juízos de valor

Entretanto, a **justiça** da decisão é um tema insolúvel da filosofia do direito sobre o qual não pretendo centrar minha abordagem? Afinal, o que é a Justiça, como valor? Ninguém conseguiu decifrá-la e conceituá-la satisfatoriamente de um ângulo substancial. Permanece até hoje um enigma, um mistério

Irei deter-me em alguns aspectos da técnica processual judicante ou da **arte de julgar**, aspectos esses comumente desprezados ou relegados ao oblivio por alguns Juizes

Desafortunadamente constata-se que está em voga hoje um certo despreço pela **técnica judicante** como se pudesse empecer ou constituir um óbice intransponível a realização da Justiça

É um ledor engano. A **técnica, entendida** como "todo conjunto de regras aptas a dirigir eficazmente uma atividade qualquer"<sup>(1)</sup>, e um

---

<sup>(1)</sup> *ABBAGNANO Nicola Dicionario de Filosofia São Paulo Ed Mestre Jou, 2ª ed, 1982 p 905*



instrumento útil e a serviço da consecução do fim a que deve tender qualquer processo e a própria atividade judicante a distribuição de Justiça

Sem dúvida a técnica se manejada pelo Juiz com parcimônia pode emprestar um elevado contributo a que se alcance esse desiderato **aplainando** o caminho de outorga de uma prestação jurisdicional **justa**.

**Não é difícil perceber quão nefasta** e deletéria mostra-se para os jurisdicionados e para o Estado muitas vezes a infeliz resolução de uma questão processual pelo Juiz. Suponha-se um erro perpetrado pelo Juiz no tocante a **competência territorial**: por exemplo uma JCJ de Curitiba inadvertidamente acolhe exceção de incompetência territorial e declina da competência para instruir e julgar a causa em favor de uma JCJ distante no outro extremo do País (JCJ de Belem)

Salta a vista que se não se ensejar recurso ordinário pronto e imediato contra essa decisão para o 9º Regional (fincando-se de certo modo uma **cunha** no sistema fechado de recorribilidade em tal circunstância CLT art 799 § 2º) o empregado demandante podera sofrer um **dano irreparável** que implique **autêntica denegação de justiça**. Evidentemente a seguir-se uma interpretação ortodoxa da CLT (art 893 § 1º) isso o obrigaria a dirigir-se a capital do PARA a milhares de quilômetros de distância ali prestar depoimento produzir prova referente ao merito e depois recorrer da decisão final junto ao TRT da 8ª Reg insistindo na arguição de incompetência quando então dar-se-ia o reexame da decisão da JCJ de Curitiba que julgou a exceção com virtual provimento ao recurso e anulação de todo o processo

Penso que esse exemplo entre tantos que se poderiam aqui lembrar e **emblemático** de como a má solução de uma questão processual pode comprometer ate irremediavelmente o escopo de Justiça. Notório que uma decisão equivocada desse jaez produz no minimo um sequito de despesas processuais inuteis e delongas injustificaveis que afetam os jurisdicionados e abalam o prestígio da Justiça do Trabalho

Por conseguinte e imperioso partir-se da premissa de que as ideias de **“técnica”** e de **“justiça”** não se excluem reciprocamente complementam-se<sup>(7)</sup>

---

<sup>7</sup> *Ensina a proposito o prof. José Carlos Barbosa Moreira: Não cabe supor assim que para corresponder as expectativas da sociedade tenha a Justiça de*

Naturalmente não me anima aqui o propósito de promover a apologia de **filigranas** técnico-processuais senão o de ressaltar aspectos técnicos relevantes sem descuidar sempre que têm um caráter instrumental

O ideal como em tudo o que é virtuoso parece residir num ponto de equilíbrio em que não se supervalorize a técnica mas nem a técnica seja subestimada

Ou na precisa lição de BARBOSA MOREIRA

“O **tecnicismo exagerado**, aprendemos a custa de muitos erros. esteriliza o Direito o desprezo da técnica o reduz a uma caricatura barata Tolerar que o Direito seja tratado atecnicamente e abrir a porta ao diletantismo frívolo quando não ao mais desbragado charlatanismo”<sup>(3)</sup>

Tecidas essas considerações introdutórias passemos as nossas reflexões pertinentes a técnica judicante

## 2. Qualidades essenciais da sentença. Linguagem.

Costumo dizer que as qualidades essenciais de uma sentença são um trinômio que começa com **C: clara, completa e convincente**. Mas o fio condutor para o atendimento dessas qualidades repousa na **linguagem** mormente a linguagem jurídica que se exprime sempre através da **palavra**, mormente a **palavra escrita**.

Nem sempre nos damos conta do valor da palavra no processo e para o processo CARNELUTTI depois de acentuar que o processo é mecanismo feito de palavras escreveu

---

*prescindir da técnica ou de relega-la a plano secundario Bem ao revés o que se ha de querer e que ela a trabalhe melhor Sem arvorar-la em fim e certo sem sacrificá-lhe tudo sem perder de vista a sua subordinação a valores mais altos mas prestigiando com uma utilização cuidadosa e inteligente o papel indispensavel que ela e chamada a desempenhar na economia do processo **Temas de Direito Processual**. 1 Justiça no limiar de novo século 5ª serie São Paulo Saraiva 1994 p. 27*

<sup>(3)</sup> Ob Cit p 27

“Não há talvez, outro aspecto da vida, no qual e para o qual a palavra tenha tanta importância. Não se exagera afirmando que **em grande parte o problema do processo é o problema da palavra**”<sup>(4)</sup>

De fato, é através da palavra na condução do processo, notadamente a palavra escrita consubstanciada em decisão que o Juiz expõe a sua personalidade a sua cultura a sua sensibilidade e por que não o dizer, a sua habilidade a sua filosofia e a sua ideologia

É através dessa palavra escrita retratada na sentença que se exteriorizará o “sentir do Juiz”. É essa palavra escrita que será lida pelas partes pelos advogados e pela comunidade universitária quando não for veiculada nos meios de comunicação de massa. E enfim, o que se legará aos pósteros nos arquivos públicos

Conforme ensina o brocardo latino, “*verba volant, scripta manent*”. Assim o que se escreve em sentença, bem ou mal, permanece duradouramente **ou** depondo contra a imagem do Juiz, **ou** enaltecendo-lhe a atuação profissional

A meu juízo, portanto, a técnica judicante exprime-se, **em primeiro lugar, no esmero de vocabulário** em especial o vocabulário jurídico

Toda questão terminológica importa uma questão conceitual

Daí porque é imperioso que a decisão do Juiz seja sempre vazada não apenas em linguagem escorreita do ponto de vista do vernáculo, mas também em vocabulário científico (jurídico!) de significado preciso e não ambíguo

E o que se vê hoje, não raro no processo trabalhista? Vê-se uma acentuada **leniência** com o apuro terminológico em detrimento da clareza da economia e da celeridade processuais

Eis alguns **exemplos de deslizes terminológicos inadmissíveis:**

---

<sup>(4)</sup> C. IRNUTI Francesco *Diritto e Processo* Napoli Morano Editore 1958, n° 55 p. 96

1º) é comum julgar-se **procedente “a ação”, ao invés de** procedente o pedido. a locução “procedência ou improcedência da ação” encerra um grave vício incompatível com o conceito de ação como direito **autônomo e abstrato em relação ao direito material cujo reconhecimento se postula**; se o direito de ação não depende da existência do direito material pleiteado ou de assistir razão ao autor. não pode o juiz, no julgamento de mérito, dizer que a “ação” foi improcedente tanto tinha a parte o **direito de ação** que conseguiu até uma sentença de mérito!

2º) não raro se baralham os vocábulos **lanço e lance**, embora para tal concorra a própria CLT. que, ao revés do CPC, alude impropriamente à “**venda**” dos bens em hasta pública pelo maior “**lance**” (art 888. § 1º e 2º) tecnicamente porém **lanço** é o arremesso ou oferta de preço em hasta pública **lance** significa fato acontecimento, situação, assim, lance de olhos olhadela.

3º) igualmente é patente a inadequação da locução “**recurso de ofício**”, ainda tão usual em virtude do teor literal do Decreto-lei 779/69 (o CPC não comete esse grave deslize terminológico), há também aí uma gritante inadequação entre a locução e a ideia que se quer transmitir, é óbvio que o impropriamente denominado “recurso de ofício” **não é recurso**, porque a ninguém acode a ideia de que o Juiz pretenda impugnar a sua própria sentença manifestando-se irredimido com ela e postulando do Tribunal a reforma ou substituição por outra, ademais, se recurso fosse, então logicamente se deveria admitir a possibilidade de **reforma para agravar** a condenação da Fazenda Pública o que é inconcebível nesse instituto, dada a finalidade que o inspira, ora, se assim é se não é recurso, se não cumpre nem de longe o papel de recurso por que persistir aludindo a “recurso de ofício”?, mais técnico sentença submetida ao “reexame necessário do duplo grau de jurisdição” (CPC, art 475).

4º) outra locução errônea e superada é “**conflito de jurisdição**”, embora também conte com o respaldo da CLT e de outras leis antigas, (CLT arts 803, 804, 808, LOMAN, art 101, § 3º, b), o equívoco aí esta em que a locução nega o princípio da **unidade** de jurisdição, pressupondo “pluralidade de jurisdições no seio do mesmo Estado soberano”, expressão correta, usada pelo CPC (arts 115-123) conflito de competência.

5º) baralham-se comumente também os vocábulos **jornada e horário**; jornada é a **duração** diária do labor do empregado é a **quantidade**

de trabalho diária ou semanal a que por força de lei do contrato ou de norma coletiva o empregado obriga-se a prestar ao empregador horário e, na lição de JOSE MARTINS CATHARINO a "a distribuição determinada da quantidade de trabalho no tempo".

6º) também sobremodo inadequada e não recomendável a locução "**pedido de demissão**" a despeito de a CLT aludir a ela (art 477, § 1º) nos contratos por tempo indeterminado a rescisão unilateral pelo empregador denomina-se **despedida** e a rescisão pelo empregado denomina-se **demissão** (e não "pedido de demissão") a rescisão tem natureza jurídica de direito potestativo receptício e constitutivo<sup>(1)</sup>. significa que basta a declaração de vontade comunicada ao outro sujeito do contrato para produzir automaticamente a extinção da relação de emprego. **independentemente de aceitação**; tanto isso é exato que comunicada a rescisão é concedido aviso prévio se a parte notificante reconsiderar o ato antes de seu termo a outra parte e "**facultado**" aceitar ou não a reconsideração (CLT art 489) portanto o empregado **não pede**: rescinde livremente o contrato tal como o empregador

7º) avulta ainda uma breve abordagem do vocabulo "**incabível**" em sede de **ação rescisória**, para demonstrar que entre nos. o descaso para com o rigor terminológico não raro vem dos próprios Tribunais Superiores provocando uma caudal de atos processuais desnecessários e perfeitamente evitáveis

O E Supremo Tribunal Federal (Sumula 343) e o Tribunal Superior do Trabalho (Sumula 83) sedimentaram jurisprudência no sentido de que o "**incabível**" a ação rescisória se a decisão rescindenda baseou-se em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais. Por conta disso há muito Relator indeferindo liminarmente a petição inicial de ação rescisória. "por impossibilidade jurídica do pedido" quando não é o próprio Regional que a julga "**incabível**", extinguindo o processo **sem** exame do mérito

Sucedo que a despeito da gritante impropriedade terminológica do vocabulo "incabível" **não** se tem em mira no caso a **ausência alguma condição da ação**, ou de pressuposto processual de modo a justificar-se tal solução mas o próprio **mérito** da pretensão rescisória fundada no inc V do

---

<sup>(1)</sup> LAMARCA *Antomo Manual da Justa Causa São Paulo Ed Rev dos Tribunais 1977 p 203*

art 485 do CPC Patente que se equaciona o **mérito** da rescisória quando se afirma que **não** há violação literal de dispositivo de lei se a interpretação da norma recebe pronunciamentos dispares nos Tribunais. Com efeito o que se examina aí é o **próprio pedido** de desconstituição do julgado sob o enfoque da procedência ou não da ocorrência efetiva de violação literal a lei ou não.

A não se entender assim criar-se-ia uma situação no mínimo insolita e esdrúxula a consequente extinção do processo **sem** julgamento do mérito (ou como se não houvesse ) a teor do art 267 CPC ensejaria ao autor o direito de **renovar** tantas vezes quantas quisesse o mesmo pedido de rescisão sem modifica-lo numa letra sequer.

Logo a decisão que se guar a risca pelas apontadas sumulas julgando "incabível" a rescisória e extinguindo o processo incorre em **error in procedendo**, tornando-se passível de **anulação** por Corte superior para determinar o processamento da ação.

Muitas outras expressões impropriamente poderiam ainda ser aqui referidas "funcionario" instância "notificação", reclamação "contra" fulano "arquivamento de processo", "verba honoraria", "verba fundiaria", confusão entre foro e forum entre processo incidente e incidente do processo etc.

### **3. Questões técnico-processuais: três categorias**

Mais importante se afigura todavia uma abordagem de questões técnico-processuais que comumente têm originado decisões inadequadas quando não funestas para a consecução do sempre presente escopo de distribuição de Justiça.

Neste passo impende recordar que na fundamentação o juiz examina ou pode examinar sucessivamente **três categorias fundamentais** de institutos para julgar o processo **pressupostos processuais, condições da ação e o mérito da causa**.

O exame dessas **três categorias** é feito de forma **prejudicial** uma em relação as outras e em três estagios sucessivos.

Evidentemente pressupostos processuais e condições da ação são apreciados como **questões preliminares**, inclusive de ofício (CPC arts 267 § 3º e 301 § 4º)

Vamos enfrentar alguns dos tormentosos problemas que se manifestam nesta área maxime nas condições da ação

A **primeira categoria** cujo exame se faz indispensável em qualquer sentença são os **pressupostos processuais**: trata-se de requisitos legais indispensáveis à constituição válida da relação processual tais como a capacidade das partes a originalidade da demanda (inexistência de litispendência ou de coisa julgada) imparcialidade do juiz (inexistência de impedimento ou de suspeição) competência regularidade formal da petição inicial etc

Antes de tudo num primeiro estágio toca ao Juiz perquirir a presença dos **pressupostos processuais**.

Segundo LIEBMAN **primeiro de tudo** averigua-se a regularidade formal da petição inicial depois a **competência e os demais pressupostos, sucessivamente**. Ao meu ver porém impõe-se o inverso primeiro examina-se a **competência** e depois a regularidade da petição inicial Por quê? Porque como assentado na doutrina alemã o juízo incompetente somente tem competência para proclamar a própria incompetência Robuste essa convicção o CPC art 113 § 2º pelo qual declarada a incompetência absoluta são nulos os atos decisórios Se assim e o Juízo virtualmente incompetente não pode decidir de forma válida acerca da regularidade formal da petição inicial

De todo modo se se concluir pela ausência de um pressuposto processual **salvo incompetência** (CPC art 113 § 2º) a solução que esta na lei e a **extinção do processo**, sem lhe apreciar o mérito (CPC art 267 inc IV)

### 3.1 “Não conhecer”

No entanto observa-se não raro o vício de alguns Juizes consistente pura e simplesmente em se declarar que **“não se conhece”** de determinada ação ou pedido ao fundamento de que falta este ou aquele pressuposto processual O mais comum e a decisão que conclui assim não

conheço” de embargos à execução. ou “não conheço” de embargos de terceiro. às vezes mais grave ainda. até por suposta “deserção”

Há aí igualmente uma sucessão de seríssimos erros técnicos

O **primeiro** resulta de uma má compreensão da natureza jurídica **polissêmica** do vocábulo “**embargos**”.

Alguns Juizes ainda não se deram conta de que o **vocábulo “embargos”**, em Direito, ora tem natureza de **ação** --- caso dos embargos de terceiro embargos à execução, embargos à arrematação --- ora ostenta natureza de **recurso** (embargos declaratórios, embargos infringentes, “embargos” para SDI, no TST). **ora** um meio de **defesa** (“embargos monitorios” constituem típico meio de defesa, pelo qual o suposto devedor opõe-se, formal e/ou materialmente, seja ao exercício da ação monitoria, seja à cobrança do crédito em si mesma, enfim, os “embargos monitorios” são o mecanismo de defesa pelo qual o apontado devedor **pode resistir** à ordem de pagamento ou de entrega de bem que lhe foi endereçada, questionando a legalidade e o mérito da decisão injuntiva, perante o próprio Juízo que a emitiu)

O **segundo** equívoco reside em que --- e nenhum esforço é preciso para o evidenciar! --- na técnica do direito brasileiro “**não conhecer**” é uma locução reservada **unicamente** ao juízo **negativo** de admissibilidade de um **recurso**.

Daí que se segue que **jamais** se pode “não conhecer” de uma **ação** que, inclusive, já originou um processo. Se for o caso, é de extinguir-se o processo sem exame do mérito. Até porque “não conhecer” de uma **ação significa o quê?** Uma decisão teratológica dessa natureza, a propósito de uma **ação**, acarreta uma gama enorme de perplexidades e dúvidas: produz apenas coisa julgada formal e, portanto, é passível de repositura a respectiva **ação?** produz também coisa julgada **material e comporta rescisória?** O Tribunal, se entender que se equivocou o Juiz de primeiro grau, deve **anular a decisão ou reformá-la e substituí-la** (CPC art. 512)'

#### **4. Acolher preliminar e prosseguir o julgamento**

Outra decisão que aberrava da técnica mais elementar é a consistente em **acolher preliminar e prosseguir o julgamento**, examinando



o mérito seguindo a fórmula clássica “ainda que assim não fosse”. Ora o acolhimento de preliminar necessariamente deve-se à ausência de um pressuposto processual ou de uma condição da ação. Se assim é, o processo **não** pode instaurar-se validamente a consequência inelutável está no art. 267, do CPC. É elementar que se fosse dado ao Juiz proceder **sempre e de forma incondicional** a um exame do mérito, inteiramente ociosa a existência legal de “preliminar”.

Como diria o Conselheiro Acácio, “preliminar” existe para ser examinada “preliminarmente” e isto precisamente porque, se acolhida, não é viável, do ângulo jurídico, equacionar o mérito. O processo não se formou validamente. A não se compreender assim a “preliminar”, não careceria existir como tal.

#### 4.1 “Rejeitar-se” a petição inicial

Merece menção rápida igualmente a costumeira adoção do vocábulo genérico “**rejeita-se**” quando, em boa técnica, **indefere-se** a petição inicial a qualquer título, no todo ou em parte.

O caso mais frequente é a adoção do “rejeita-se” porque ausente a causa de pedir relativa a um dos pedidos formulados pelo autor.

**Pergunto:** produz coisa julgada material esse capítulo da sentença? O pedido pode ser renovado em outro processo se se decide “rejeita-se”?

De minha parte, reputo absolutamente imprópria e atécnica essa forma de decidir porque o vocábulo rejeição é de aceção **ambígua**: tanto pode significar a não admissão da postulação ou **da demanda** fundada em motivo **eminente processual** (vide CPC, arts. 739 e 737), ou a improcedência da postulação por razões de mérito (CPC art. 269, I).

Eis porque **se recomenda**, no caso, em sintonia com a técnica da lei brasileira (CPC arts. 295, I e 267, I) **indefere-se** a petição inicial, entingundo-se o processo no particular sem exame do mérito.

#### 5. Condições da ação: possibilidade jurídica

Ate aqui tivemos os olhos fitos para aspectos atinentes a **primeira categoria** com que se vê a braços o Juiz ao sentenciar

Os problemas mais serios contudo repousam na **segunda categoria de institutos** com que se defronta o Juiz ao sentenciar as condições da ação

Ninguém ignora que o direito de ação é **autônomo e abstrato** em relação ao direito material afirmado ou invocado em juízo. Vale dizer e reconhecido constitucionalmente o direito de ação (para COUTURE não seria senão um desdobramento do **direito de petição**) desvinculado e independente do reconhecimento da procedência ou não do direito subjetivo material alegado

O direito de ação contudo **não é incondicionado**, de mero acesso aos Tribunais ao contrario na sistemática da lei brasileira o exercicio do direito de ação requer o atendimento de determinados requisitos indispensaveis a obtenção de uma sentença de merito. Tais requisitos são as chamadas `condições da ação` possibilidade jurídica legitimidade ativa e passiva `ad causam` e interesse processual (CPC art 267 VI)

Portanto no enfoque desta questão processual a premissa objetiva e inelutavel de que se ha de partir e esta ao menos **no plano do direito positivo brasileiro**, as condições da ação constituem materia **ESTRANHA** ao mérito

Esta circunstância contudo **não impede** que se questione **de lege ferenda** e do ângulo doutrinário a diretriz abraçada pelo legislador brasileiro assim como **não impede** que se busque **relativizar ou flexibilizar** o tormentoso e atormentador conceito das condições da ação objetivando tornar menos graves os problemas a todo momento identificados nessa area

Vamos nos deter na **possibilidade jurídica**, sobre a qual se poderia afirmar parafraseando o dito de MANON ROLAND ao pé da guilhotina sobre a liberdade

Oh possibilidade jurídica quantos equívocos processuais graves se cometem em teu nome!

Um desses equívocos, muito em voga hoje no processo trabalhista, é o seguinte: a sentença, com fulcro no art. 37, inciso II, da Constituição Federal, entende “juridicamente impossível” o **pedido de vínculo empregatício com o Estado**, em razão de desrespeito à obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso para investidura em cargo público. Em decorrência, acolhendo preliminar argüida pelo Reclamado, julga extinto o processo. **sem** lhe apreciar o mérito.

Positivamente, uma decisão desse jaez (conquanto alicerçada em respeitável orientação doutrinária e jurisprudencial) não me causa e nem deve causar o menor entusiasmo, pois funda-se em um conceito superado de possibilidade jurídica e extrai uma conclusão tecnicamente insustentável.

Antes de mais nada, imperioso ressaltar que reina acentuada cizânia doutrinária acerca do **conceito** de “possibilidade jurídica”. Para a corrente majoritária da doutrina, inspirada em LIEBMAN, a possibilidade jurídica consiste na “admissibilidade, em abstrato, do pronunciamento pedido, segundo as normas vigentes no ordenamento jurídico nacional”. Ou seja: sob esta ótica, associa-se a possibilidade jurídica à viabilidade, em tese, de acolhimento da pretensão de direito material deduzida em juízo.<sup>(6)</sup>

Sucede, todavia, que esse conceito é insatisfatório para exprimir uma condição da ação, como tal **dissociada** do mérito.

**Em primeiro lugar**, o conceito parte do suposto da **plenitude do ordenamento jurídico**, isto é, desconsidera a existência das chamadas lacunas da lei ou do direito. Naturalmente, para que seja viável, em tese, o pedido, há de estar explicitamente contemplado o direito subjetivo no ordenamento jurídico.

---

<sup>(6)</sup> *Para outros, a possibilidade jurídica residiria na inexistência de veto no ordenamento jurídico ao pleito formulado, de tal sorte que não se faz presente a condição se o sistema jurídico proíbe o provimento jurisdicional pretendido. Assim, MIONIZ DE ARAÚJO: “Sendo a ação o direito público subjetivo de obter a prestação jurisdicional, o essencial é que o ordenamento jurídico não contenha uma proibição ao seu exercício; aí, sim, faltará a possibilidade jurídica. Se o caso for de ausência de um preceito que ampare, em abstrato, o pronunciamento pleiteado pelo autor, ainda não se estará, verdadeiramente, em face da impossibilidade jurídica.” COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Rio de Janeiro: 2ª ed; Forense, 1976. p. 508.*

Logo em todos os casos de lacuna da lei dever-se-ia proclamar a impossibilidade jurídica do pedido

**Em segundo lugar**, e principalmente a luz desse conceito e patente e indisfarçável a **vinculação estreita** entre a possibilidade jurídica e o **mérito** da causa

Efetivamente pronunciar a carência de ação por impossibilidade jurídica **com fundamento em tal conceito**, não constitui senão uma das muitas formas de rechaçar-se o pedido mediato equacionando-se assim o **mérito da causa**. E que em semelhante circunstância substancialmente o Juiz **rejeita** o pedido visto que carece de suporte jurídico para ser acolhido

A rigor por mais que medite sobre o tema tanto mais robusteço a convicção de que **se se partir desse conceito**, declarar a impossibilidade jurídica e julgar improcedente o pedido e pois apreciar inequivocamente o mérito Manifesto que o confronto do pedido com o direito material positivo somente pode levar a uma solução de mérito

Não foi em vão que ADROALDO FABRICIO FURTADO afirmou

fortalecemos sempre mais nossa convicção no sentido de ser a sentença declaratória da impossibilidade jurídica uma **típica e acabada sentença de mérito**. Ao proferi-la o Juiz rejeita o pedido do autor' nos exatos termos do art 269 inc I denega-lhe o *homo* da vida por ele perseguido através do processo afirma que ele não tem o direito subjetivo material invocado diz que ele não tem razão indefere-lhe o pedido mediato formulado repele a sua demanda Podem-se alinhar as dezenas outras maneiras de dizer mas todas significarão que a ação (*rectius* o pedido) não procede (1)

E tanto isso é exato que como se sabe ENRICO TULLIO LIEBMAN o grande inspirador da diretriz encampada pelo vigente CPC de incluir a **possibilidade jurídica** entre as condições da ação **renegou-a** a partir da 3ª ed de sua clássica obra **Manuale di diritto processuale civile**. Tal se deveu a entrada em vigor na Itália da Lei que instituiu o divórcio em

---

(1) *Extinção do processo e mérito da causa* Revista de Processo nº 58 p 17

1970. com o que desapareceu lá um dos pouquíssimos exemplos de suposta ausência de possibilidade jurídica do pedido <sup>(8)</sup>

Sem mais. GALENO LACERDA<sup>(9)</sup> e LOPES DA COSTA<sup>(10)</sup>, em antigas e consagradas obras, também não cogitavam expressamente da possibilidade jurídica como “condição da ação”.

O direito positivo brasileiro, todavia, por uma ironia da história, ainda persiste erigindo a possibilidade jurídica em “condição da ação”, cuja ausência provoca a extinção do processo. **sem** exame do mérito, quando o pai da idéia já a renunciou, há muito

A despeito disso, **insisto**: se se parte do já aludido e corrente conceito de possibilidade jurídica, é errôneo e falacioso supor-se que, ao proclamá-la, **não** se adentra ao exame do mérito.

Mas, **poder-se-á objetar**: se o Juiz seguir à risca essa lógica do sistema processual brasileiro, que equívoco técnico terá cometido?

Em seu entender, o equívoco da **insensibilidade** de não compatibilizar uma norma processual ao seu tempo, dela não extraindo uma solução dotada de razoabilidade

Como alguém já frisou, “o Juiz inteligente sabe libertar-se das peias dos parágrafos e atender ao interesse social”.

Ora, é flagrantemente insatisfatória e ilógica uma decisão que, não obstante apenas enfrente o mérito, paradoxalmente conclui por negá-lo, de modo preempatório, extinguindo o processo **como se não** o houvesse julgado. Evidentemente, o legislador é poderoso, mas não é **onipotente**...

---

<sup>(8)</sup> Na 5ª ed. italiana dessa obra, o insigne processualista declara textualmente: “Le condizione dell’azione, poco fa menzionate, sono l’interesse ad agire e la legittimazione” (Manuale 5ª ed., Milano, Giuffrè editore 1992, p. 144).

<sup>(9)</sup> Já ensinava, em 1953: “Se julgar inexistentes as condições da ação, referentes à possibilidade jurídica e à legitimação para a causa, proferirá sentença de mérito, porque decisória da lide” DESPACHO S.INE.IDOR. Porto Alegre Fabris, 2ª ed., 1985 p. 82

<sup>(10)</sup> Manual Elementar de Direito Processual Civil 3ª ed., 1982. p. 37 e segs

Mas o mais grave nisso a par da incongruência, esta em que a sentença no caso **não** gera coisa julgada **material**, apenas formal. Uma vez que produz coisa julgada **material** apenas o dispositivo da sentença (CPC, art. 469), segue-se que poderá haver repropositura da mesma demanda, com idêntico objeto quantas vezes se queira (CPC art. 268)

E então, é de indagar-se como fica a **segurança**, a estabilidade nas relações jurídicas se se pode reabrir, a todo momento, a discussão de mérito já enfrentada por outra decisão sob o enfoque da “impossibilidade jurídica do pedido”? O Estado por exemplo poderá ser acionado miríades de vezes para exame da controvérsia sobre o vínculo empregatício do servidor admitido sem concurso?

**E o Tribunal**, ao julgar recurso ordinário, convencendo-se, pelo contrário de que concorre a “possibilidade jurídica” para o pedido, que posição há de abraçar? Considera a sentença terminativa e apenas anula, por vício procedimental no que julgou extinto o processo, “sem” julgamento do mérito ou considera a sentença propriamente **de mérito** e reforma, substituindo-a (CPC art. 512)?

A rigor, em se supondo tratar-se de recurso interposto contra **sentença terminativa** --- isto é, de pronunciamento decisório que põe termo ao procedimento de primeiro grau **sem** julgar o mérito, por ausência de possibilidade jurídica do pedido --- o Tribunal, dele conhecendo, unicamente devera perquirir se andou bem ou não, o Juízo *a quo*, para efeito de anular, ou não a decisão por **error in procedendo**. Isto porque naturalmente a única decisão tomada e a de extinção do processo é, assim, é a única matéria passível de impugnação no recurso e em derradeira análise de devolução ao tribunal. De sorte que nesta perspectiva não será dado ao juízo *ad quem*, se der provimento ao recurso, ato contínuo adentrar no exame do **mérito da causa**. Nesse caso o provimento do apelo necessariamente implicará a restituição dos autos ao Juízo *a quo* para que dê seqüência ao procedimento<sup>(11)</sup>

---

<sup>(11)</sup> *Tal se faz necessario como asinala CHIOVENDI, “porquanto faltou por inteiro o primeiro grau de jurisdição quando o primeiro juiz declarou não poder manifestar-se sobre o merito”. Instituições de Direito Processual Civil São Paulo Saraiva, 1965, 2ª ed Vol III pag 255*

Forçoso convir, no entanto, que essa igualmente não é uma decisão convincente e tranqüila porque, bem ou mal, houve a apreciação do mérito negando-se a possibilidade jurídica do pedido...

Percebe-se, portanto, a vasta gama de problemas suscitados pela malsinada impossibilidade jurídica quando pronunciada com esteio no conceito usual (admissibilidade em tese do provimento de mérito postulado, à luz do ordenamento jurídico).

E o que é pior ainda: afinadas a esse mesmo diapasão “lógico”, muitas outras decisões podem ser tomadas em nome da “impossibilidade jurídica” do pedido, generalizando-se o caos processual...

O autor pretende a declaração de estabilidade no desempenho de função de confiança? Impossibilidade jurídica do pedido...

O Reclamante pleiteia aviso prévio proporcional não regulado em lei e em norma coletiva? Impossibilidade jurídica do pedido...

O Reclamante pede adicional de hora extra superior ao contemplado na CF/88, em lei ou em norma coletiva? Pretende diferenças salariais de planos econômicos declaradas sem suporte jurídico pelo STF? Impossibilidade jurídica do pedido, que não encontraria amparo no direito positivo...

Enfim, já que conduz à extinção do processo sem apreciação do mérito, a impossibilidade jurídica do pedido pode até convolar-se em atraente panacéia para o confortável manejo de alguns poucos Juízes. É muito mais cômodo e simples...

Em suma: ante o quadro que se vem de desenhar, a declaração da impossibilidade jurídica **fundada no conceito usual, sob o prisma técnico e de “lege ferenda”**, importa incontestável apreciação do mérito; no entanto, sob o ângulo do direito positivo a ausência de uma **condição da ação** conduz lógica e inexoravelmente à extinção do processo, sem exame do mérito!!!

Qual a solução, então, para o impasse?

Há quem preconize a declaração de impossibilidade jurídica com julgamento do mérito. A apontada diretriz, todavia, é inaceitável porque conflita abertamente com a lei brasileira (CPC, art. 267, VI) e, sobretudo, porque exprime uma contradição lógica insuperável. Com efeito. Se a possibilidade jurídica é uma “condição da ação”, no direito positivo brasileiro, de duas, uma: **ou** bem existe e pode julgar-se o mérito, **ou** bem não existe e não se pode julgar o mérito... Sem dúvida, pode-se e deve-se negar, **do ponto de vista doutrinário e de “lege ferenda”**, que a possibilidade jurídica seja “condição” da ação, ao menos tal como é, em geral, conceituada. Contudo, **“legem habemus”**: se a lei a declara tal e obsta a apreciação do mérito, decidir o inverso implicará negar vigência à lei federal, **ou** porque se nega a existência dessa condição da ação, **ou** porque se extrai uma consequência jurídica em manifesto contraste com o direito positivo federal.

A meu juízo, a solução está em se **redefinir** o conceito de possibilidade jurídica, deslocando o enfoque ou o conceito do plano do direito **material** para o plano do direito **processual**.

Conforme advoga o prof. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, coberto de razão, “impõe-se **restringir a possibilidade jurídica do pedido ao seu aspecto processual**, pois só assim estaremos diante de uma verdadeira *condição da ação*, como requisito prévio de admissibilidade do exame da questão de mérito”.

O pedido que o autor formula ao propor qualquer demanda é dúplice, eis que se pode desdobrar tecnicamente em dois: a) **pedido imediato**, dirigido ao Estado, pedido concernente à prestação jurisdicional; b) **pedido mediato**, dirigido ao réu, consistente em um bem da vida.

Segundo o ilustre processualista mineiro, a “possibilidade jurídica, então, deve ser localizada no pedido **imediato**, isto é, **na permissão, ou não, do direito positivo a que se instaure a relação processual em torno da pretensão do autor**”<sup>(12)</sup>.

Por conseguinte, a impossibilidade a considerar-se condição da ação haverá de ser unicamente a impossibilidade jurídico-processual, derivante da inviabilidade de entrega da prestação jurisdicional e nunca do

---

<sup>(12)</sup> THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa*. Revista do Processo, nº 17, p. 46-47.



pedido mediato. cuja apreciação é inseparável do mérito. A impossibilidade, pois, é da própria propositura da demanda com vistas a determinado pedido e não decorrente da inviabilidade do acolhimento do pedido mediato.

Sob esta ótica, no processo trabalhista, por exemplo, carece temporariamente de ação o Reclamante, por impossibilidade jurídica, se deu motivo a dois “arquivamentos” sucessivos, ou se não compareceu ao Juízo, em cinco dias, para reduzir a termo a reclamação verbal apresentada ao distribuidor (CLT, arts. 731 e 732).

Somente em situações excepcionais que tais --- em que haja veto à outorga da prestação jurisdicional --- pode ter lugar a extinção do processo, sem exame do mérito, por impossibilidade jurídica.

Em meu entender, será extremamente salutar ao processo trabalhista a adesão a essa engenhosa e sedutora reconstrução doutrinária do conceito de possibilidade jurídica, pois enseja contornar e obviar os notórios inconvenientes do conceito até aqui prevalecente, sem se afrontar a lei.

## 5. Conclusão

Como se vê, “Justiça” e “técnica judicante” não se contrapõem: interagem!

Mas para tanto é imperativo que se coloque a técnica sempre a serviço da Justiça, e não o inverso.

Ação é direito-meio: processo é instrumento: a técnica é uma ferramenta que pode e deve ser bem manejada para a consecução daquilo que é a razão e o fim da atividade judicante: sobrepassar o interesse do Homem, não das coisas, fazendo sempre emergir e cintilar a Justiça!

# COOPERATIVAS DE TRABALHO RELAÇÃO DE EMPREGO

*José Luciano de Castilho Pereira<sup>(\*)</sup>*

## 1. O IDEAL DO COOPERATIVISMO

1.1. O cooperativismo surgiu como ideal de alguns reformadores sociais do século XIX, como, v.g., ROBERT OWEN (1771-1858), que era industrial, proprietário, mas socialista e reformador social.

O cooperativismo visava uma vantagem pecuniária para seus membros, para que assim eles pudessem viver melhor. O lucro era eliminado, dentro do possível, cabendo a cada cooperado um voto, nas assembléias, independentemente da importância de sua quota.

1.2. Evidentemente, era mesmo na Inglaterra que o cooperativismo deveria surgir, pois foi lá que a Segunda Revolução Industrial foi mais forte, sendo que lá também o capitalismo foi mais perverso, como fruto de um vitorioso liberalismo.

É por isto que se diz que o cooperativismo surgiu como uma doutrina de reforma social dentro do capitalismo (cfr. Enciclopédia Mirador Internacional - 1990 - vol. 6 - págs. 2.862/2.864).

## 2. O COOPERATIVISMO NO BRASIL

2.1. No Brasil, depois de muitas experiências, na prática e na legislação, foi instituída a Política Nacional de Cooperativismo, que compreende a atividade decorrente de iniciativas ligadas ao sistema cooperativo originárias de setor público ou privado, isoladas ou coordenadas entre si, desde que reconhecido seu **interesse público**. É o que está na lei 5.764, de 16/12/71.

---

<sup>(\*)</sup> *José Luciano de Castilho Pereira, Ministro Togado do Tribunal Superior do Trabalho, Seminário de Direito do Trabalho (Patrocínio da Amatra III, Escola da OAB MG e Sindicato dos Advogados de Minas Gerais).*

Logo, na forma da lei, o **interesse público** deve presidir a ação cooperativa.

2.2. As pessoas que celebram um contrato de sociedade cooperativa o que estão buscando?

Segundo o art. 3º da mencionada lei, elas almejam desenvolver uma atividade econômica, de proveito comum, comprometendo-se, para tanto, a contribuir com bens ou serviços, sem objetivo de lucro.

Logo, a sociedade cooperativa foi regulamentada com, substancialmente, o mesmo espírito com que ela foi concebida no passado, isto é, ela existe para proveito comum dos sócios, chamados de cooperados.

Para tanto, algumas cautelas foram tomadas pela lei, como, por exemplo, as seguintes:

a) limitação do número de quotas-partes para cada associado;

b) o **quorum** para funcionamento e deliberação da assembléia geral é baseado no número de sócios e não no capital;

c) limitação do número de associados às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviços, sendo que esta prestação de serviços se refere é aos associados (art. 4º).

Para que, em determinadas circunstâncias, haja segurança no desenvolvimento da cooperativa - que é de interesse público, como já pontuado - ao seu dirigente foi, em certas cooperativas, assegurada estabilidade no emprego, como previsto no art. 55, da referida lei, assim redigido:

Os empregados de empresas que sejam eleitos diretores de cooperativas pelos mesmos criadas, gozarão das garantias asseguradas aos dirigentes sindicais pelo art. 543 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Mais,

Este tipo de sociedade pressupõe tal espírito de colaboração que o trabalho que o sócio presta à cooperativa não caracteriza relação de emprego, como está no art. 90.

No art. 86, está previsto que as cooperativas poderão fornecer bens e serviços a não associados, desde que o exercício de tal faculdade esteja de acordo com os objetivos sociais, sendo estes sempre vinculados a melhorar a condição dos cooperados.

Para que o interesse de alguns não se sobreponha ao de todos, é vedado que parentes entre si até o segundo grau, em linha reta ou colateral, integrem a mesma diretoria ou conselho.

2.3. Percebe-se, portanto, que o espírito que presidiu o nascimento do cooperativismo está presente na legislação brasileira e sua apreensão é fundamental ao tema que será debatido, em seguida.

### 3. COOPERATIVA E RELAÇÃO DE EMPREGO

3.1. O mencionado art. 90 diz que, qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados.

Mas o artigo 91 é taxativo ao dizer que as cooperativas igualam-se às demais empresas em relação a seus empregados para os fins da legislação trabalhista e previdenciária.

É possível ser dito que, em determinadas condições, o cooperado seja empregado da cooperativa, apesar da literalidade do art. 90?

A resposta é positiva e ela não é nova no direito do trabalho, onde se debate sempre a zona cinzenta que separa o contrato de trabalho de outros diferentes tipos de relação contratual. É a hipótese do que MAURÍCIO GODINHO DELGADO chama de **sociedade como simulação** (cfr. Introdução do Direito do Trabalho - LTr. 1995 - pág. 302). Matéria também exaustivamente estudada por PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA. (Relação de Emprego - Ed. Saraiva, 1975).

Evidentemente, o motorista de carreta da CCPL não pode, comprando dez cotas da cooperativa, perder todas as garantias trabalhistas decorrentes do manifesto contrato de emprego que efetivamente existia.

Aqui se está no campo de atuação do art. 9º da CLT, casuisticamente resolvido.

Penso que, até aqui, não temos grandes controvérsias a estabelecer e nem tivemos grandes problemas a resolver, no desenvolvimento do direito brasileiro.

3.2. Ocorre que resolveu o legislador - através da lei nº 8.949, de 09 de dezembro de 1994 - acrescentar um parágrafo ao art. 442 da CLT, no qual, na primeira parte foi repetido o art. 90 da lei das cooperativas e, na segunda, ficou resolvido que também não há relação de emprego entre os associados e os tomadores de serviço da cooperativa.

Com esta sinalização, foram criadas as COOPERATIVAS DE TRABALHO, o que é a razão de ser de nosso encontro de hoje.

Vale registrar que lei 8.949/94 decorreu de projeto apresentado por parlamentares do PT, que foram instrumento de postulação do Movimento Nacional dos Trabalhadores Sem Terra. É que, nos assentamentos, após a conquista da terra, o MST organiza o trabalho de produção em Cooperativas de Assentados. Cada cooperado recebe de acordo com a sua participação no trabalho coletivo gerado pelas cooperativas. É comum estas cooperativas empreitarem trabalhos para proprietários vizinhos. Por conta disto, quando algum dos assentados resolve sair da cooperativa entra na Justiça do Trabalho reivindicando direitos trabalhistas da cooperativa. Daí a lei que visou fortalecer a cooperativa: não há relação de emprego nem com ela nem com o tomador do serviço (cfr. A Flexibilização dos Direitos Trabalhistas Chega ao Campo: O caso do Setor Citrícola - O ouro que virou suco - Francisco José da Costa Alves, Luiz Fernando Paulillo e Edson Antônio da Silva *in* LTr, vol. 60, n.2 - fevereiro de 1996).

Na exposição de motivos do projeto de lei que resultou na introdução do mencionado parágrafo único do art. 442, os ilustres deputados disseram que:

**“A insegurança dos trabalhadores é muito grande, o que no campo aumenta a legião dos bóias-frias, contribuindo para o êxodo rural e estes mesmos ‘evacuados’ do campo se fixam nas periferias das grandes cidades, amargando a falta de oferta de emprego. Esse fluxo migratório que chega a um ritmo de dois milhões de pessoas por ano, gera a**

necessidade de criação de 600 mil novos empregos anualmente, sem contar com o crescimento de mais mão-de-obra urbana.

**Está no cooperativismo de trabalho ‘fórmula mágica’ de reduzir o problema do desemprego gerado pelo êxodo rural e agora mais precisamente pela profunda recessão econômica.”**

O deputado CHICO VIGILANTE, como relator, destacou que o “alcance social do projeto é inegável. Se aprovado, além dos evidentes benefícios que trará à vasta camada de trabalhadores, sobretudo no setor rural, terá o mérito de desafogar a Justiça do Trabalho, ao transformar em lei o entendimento jurisprudencial dominante.”

Estes argumentos também foram capitados pelo parecer do deputado HÉLIO BICUDO.

O resultado disto tudo será apreciado em seguida.

3.3. Em verdade, as Cooperativas de Trabalho já existiam. O que o parágrafo único do art. 442 fez - com os argumentos já colocados - foi estimular sua ampliação, porque delas se procurou retirar a ação do direito do trabalho.

É também de ser registrado que a lei não define o que seja cooperativa de trabalho, mas EDUARDO GABRIEL SAAD entende que com ela não conflita o conceito adotado pelo Decreto 22.239, de 19/12/32, nestes termos:

*“São cooperativas de trabalho aquelas que constituídas entre operários de uma determinada profissão ou ofício, ou de ofícios vários de uma mesma classe, têm como finalidade primordial melhorar os salários e as condições de trabalho pessoal de seus associados e, dispensando a intervenção de um patrão ou empresário, se propõe a contratar e executar obras, tarefas, trabalhos ou serviços públicos ou particulares, coletivamente por todos (os cooperados) ou por grupos de alguns.”* (cfr. in Suplemento Trabalhista da LTr - 93/96 pág. 552)

3.4. A própria OIT estimula a criação de cooperativas de Trabalho, sendo que seu objeto é agrupar os trabalhadores de um mesmo

ofício. para que trabalhem **em comum** de forma que salvaguardem sua independência e sua dignidade no cumprimento de seu trabalho.

Da OIT há ainda a recomendação 127, de junho de 1966, que exalta o papel das cooperativas de trabalho no progresso econômico e social dos países emergentes (cfr. SAAD - op. e loc. cit.).

3.5. Tudo isto está de acordo com o parágrafo único do art. 174/CF que diz que **a lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.**

É bem de ressaltar que o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, através do Decreto nº 611, de 11/07/92, diz que é segurado obrigatório, como trabalhador autônomo, o **“trabalhador associado de cooperativa de trabalho que nessa qualidade presta serviço a terceiros.”**

Percebe-se, portanto, que o parágrafo único do art. 442 - que é de 1994 - veio apenas confirmar o que já estava no Regulamento de Benefícios da Previdência, valendo lembrar que desde 1967 os associados de cooperativa de trabalho são segurados autônomos da Previdência.

3.6. A prática, contudo, resultou, muitas vezes, em absoluto confronto com a lei e com o espírito das cooperativas.

Tal realidade tem provocado enorme atividade do Ministério Público do Trabalho, como demonstram estes exemplos concretos:

a) ACP ajuizada no TRT da 3ª Região, na qual se lê o seguinte:

**“O MPT apurou que estão sendo criadas, em alguns municípios deste Estado, entidades cooperativas de trabalho, atuando, sobretudo, nas regiões de cultura de café e de cana-de-açúcar. (...) Tais entidades conseguem arregimentar enorme número de pessoas, chegando, algumas, a possuir em seus quadros mais de 10 mil trabalhadores rurais, sem que tenham completado um ano de funcionamento. Nascem sem qualquer estrutura e assim atuam, atraindo mais e mais trabalhadores, com promessa de compensadora remuneração. São fichados como ‘sócio cooperado’, fazendo-os comprometer a cumprirem normas internas, sendo que, na sua quase**

**totalidade, sequer sabem do que se trata. Os serviços que os dirigentes contratam a estes são pagos e por estes repassados aos trabalhadores. A distribuição dos 'resultados' é feita de forma injusta e arbitrária. Na maioria dos casos, no acerto mensal o 'sócio' fica sempre em débito com a cooperativa, num efeito 'bola de neve', espécie de compromisso cíclico, que impede a maioria de retornar aos locais de origem."**

b) ACP ajuizada perante JCJ de CATANDUVA/SP - pelo MPT e pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. no qual se lê o seguinte:

**"A Federação dos Trabalhadores na Agricultura do Estado de São Paulo apresentou denúncia a esta Procuradoria, apontando diversas irregularidades perpetradas no setor rural, quando da contratação de mão-de-obra destinada à colheita de laranja, na safra do ano de 1995. Tal contratação tem sido realizada via intermediação de cooperativas rurais, preconizadas pela entidade denunciante como espúrias. (...) No decorrer do ano de 1995 em progressão aritmética, as empresas agrícolas ligadas à citricultura passaram a adotar a prática de transferir para terceiros a contratação de trabalhadores para colheita de laranjas dos pomares, cuja produção foi adquirida, "no pé", pelas primeiras. (...) Os dados nesta sede ofertados denotam a existência de mera locação e exploração de mão-de-obra, através da vetusta e combatida figura da 'marchandage', ora desenvolvida sob o novel manto de 'cooperativas rurais'. Aludidas cooperativas, ao invés de visar fins deliberados pelos próprios membros, prestam-se, em verdade, a amealhar benefícios e dividendos aos empresários citricultores, em detrimento dos mais básicos direitos trabalhistas dos obreiros..." (ACP nº 75/96, da 2ª JCJ de Catanduva/SP).**

b) ACP ajuizada perante a 64ª JCJ do Rio de Janeiro. onde se lê. na área urbana. vinculada ao aproveitamento dos trabalhadores marítimos, o mesmo desvirtuamento do ideal cooperativista. Neste caso. a questão ocorreu antes da vigência da lei nova. já que ajuizada em março de 1994. sendo que. neste mesmo mês foi concedida liminar pela JCJ do Rio de Janeiro.

3.7. Ora. nestes casos de absoluto desvirtuamento do espírito e da letra da lei das cooperativas não há como se pretender aplicar o parágrafo único do art. 442. da CLT. que deve ser interpretado segundo o prescrito no seu art. 9º. que considera nulos de pleno direito os atos praticados com o



objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos nela contidos.

Por isto, a JCJ de José Bonifácio - sob a presidência do Juiz do Trabalho CARLOS AUGUSTO ESCANFELLA, em 27 de junho deste ano de 1996, no processo 155/96, fez a seguinte afirmação:

**No caso concreto, pode-se afirmar, com toda a certeza, que a Cooperativa reclamada fora criada apenas como forma de burlar a lei, como forma de impedir a aplicação das normas de proteção ao sofrido trabalhador do campo.**

Assim é que milhares de trabalhadores deixaram de ser registrados (como sempre foram nas anteriores safras) e deixaram de receber benefícios estampados na lei nacional, tais como descansos semanais remunerados, 13º salários, férias, FGTS acrescido de multa de 40%, aviso prévio, horas extras, horas “in itinere” e ainda o seguro-desemprego, verba esta com a qual se sustentavam por alguns meses no período da entressafra.

**Se concluir que pequeno aumento no valor pago por caixa colhida não é suficiente para compensar todos os direitos subtraídos dos trabalhadores. Sofreram eles prejuízos que não se ajustam aos ideais cooperativistas de melhoria sócio-econômica.**

Neste caso houve condenação solidária da cooperativa e da CITROSUCO.

Em reclamatória semelhante, perante a JCJ de FERNANDÓPOLIS/SP, houve condenação substancialmente idêntica de uma cooperativa e da CARGILL SUCO, sendo a sentença de 15/05/96.

3.8. Tenho que, nestes casos extremos, não iremos ter muita dificuldade, sendo que o Ministério do Trabalho já traçou o rumo de sua fiscalização para coibir as falsas cooperativas, como está na PORTARIA GM/MTb nº 925, de 28/09/95.

Aqui, vale lembrar, estas palavras do Min. ALMIR PAZZIANOTO:

**“O custo final da mão-de-obra brasileira torna-se elevado em razão dos numerosos encargos sociais que nela incidem. A solução para esse problema não será, porém, encontrada apresentando como cooperado que, na verdade é trabalhador empregado e, como tal, se acha amparado pelas leis trabalhistas e previdenciárias.” (Folha de São Paulo - 04/10/96)**

A questão da relação de emprego, pois, é casuística e, pelo que se viu, é irrelevante o que se escreveu na segunda parte do parágrafo único do art. 442/CLT.

O tema, como colocado, não é novo no Direito do Trabalho, como já fixado nesta palestra. É de ser recordado, por exemplo, a figura do Representante Comercial, cuja autonomia, excludora do vínculo empregatício, é discutida em cada caso concreto.

3.9. Mas, nas cooperativas de trabalho, é possível, num exercício de abstração, caminhar para questões essenciais, que se coloquem além de qualquer casuismo?

É o que se indicará, em seguida.

Por exemplo: é possível que a cooperativa de trabalho atue na atividade-fim da empresa para a qual ela presta serviço?

Neste caso, ela estaria ocupando o lugar das empresas intermediadoras de mão-de-obra, atraindo a aplicação do Enunciado 310, do Tribunal Superior do Trabalho?

Em substancioso artigo publicado pela Revista LTr, ADILSON BASSALHO PEREIRA - Juiz do TRT da 15ª Região - entende que é o Enunciado 331/TST que balisa a atividade de empresas intermediadoras de mão-de-obra, inclusive sob a forma de cooperativa. (LTr 59, de novembro/95).

De modo radical, a Juíza IARA ALVES CORDEIRO PACHECO - também do TRT da 15ª Região - afirma que:

**O cooperativismo não visa à excelência das empresas, mas à reunião voluntária de pessoas, que juntam seus esforços e suas economias,**

para concretização de um objetivo comum - objetivo delas e não de nenhuma empresa. Outrossim, não pode a cooperativa ser utilizada para substituição da mão-de-obra interna das empresas.

O *merchandising* sempre foi coibido no sistema jurídico trabalhista, consoante inúmeros julgados da Justiça do Trabalho, e, inclusive, do TFR, como lê em voto do Min. EVANDRO GUEIROS LEITE:

“ora, não vejo qualquer sentido cooperativista no exercício de atividades isoladas e diversificadas, que recebem contraprestação do beneficiário e proporcionam vantagem pecuniária à sociedade. Não será possível caracterizar-se, tampouco, o cooperativismo, em face da existência de um terceiro beneficiário das atividades da sociedade, no caso do IBC, que dela não faz parte. Contra os sistemas de *merchandising* ou *leasing* já se tem manifestado a OIT, em alerta contra a quebra do equilíbrio dessas relações, seriamente ameaçado pelo açambarcamento do mercado de trabalho pelas sociedades do tipo de Cooperativa de Trabalho de Profissionais Especializados.” (LTr de julho de 1996 - Suplemento Trabalhista)

É de ser registrado que o acórdão do antigo TFR é de 1981.

Noutra vertente, está EDUARDO GABRIEL SAAD que reconhece que a doutrina brasileira exclui a possibilidade da atuação da cooperativa substituindo a atividade-fim da empresa, mas diz que aceita a tese com temperamentos, figurando o seguinte exemplo:

Se o empresário provar que só poderá vencer a concorrência e, assim, sobreviver, se reduzir os custos de um dos seus setores produtivos mediante a contratação dos serviços de uma cooperativa de trabalho, não será de bom aviso tachar de fraudulenta essa operação.

Se impedida de celebrar tal contrato de prestação de serviços, a empresa for arrastada à insolvência, virá, com certeza, o pior, isto é, o desemprego da totalidade dos empregados com reflexos negativos no organismo social.

**Nesta ordem de idéias - conclui SAAD - entendemos que a cooperativa de trabalho pode realizar qualquer tipo de atividade numa empresa, desde que o respectivo contrato não dissimula ofensa às normas protetoras do trabalho subordinado e assalariado.” (LTr Suplemento Trabalhista 93/96)**

Observe-se que não é fácil acompanhar o raciocínio de SAAD, que ora valoriza o trabalho humano - sob a proteção legal - ora subordina os objetivos sociais da cooperativa à sobrevivência das empresas, pena de desaparecerem os empregos, que já não mais existiam com a utilização da cooperativa.

Renovo a pergunta?

É possível que a empresa - via cooperativa - terceirize sua atividade-fim?

Minha primeira resposta é negativa.

Por exemplo, não vejo como uma Escola - constituindo-se em uma empresa regular - não tenha professores. Todos os professores que trabalham na escola pertencem a determinada cooperativa. Esta mesma Escola resolve também utilizar-se de cooperativas de trabalho para segurança, limpeza e contabilidade. O mesmo fará com os orientadores educacionais, psicólogos, etc.

Logo, teremos uma grande Escola sem empregados, já que a gerência dela será exercida pelos próprios sócios.

Ora, se isto for possível será imediatamente generalizado e não mais falaremos em aviso prévio, férias, 13º salário, FGTS, nem em CLT e muito menos em Justiça do Trabalho.

Por tudo isto, penso que - nesta quadra de nosso desenvolvimento - não como se cogitar em terceirizar - via cooperativas ou não - a atividade-fim das empresas.

Não percebo o modo pelo qual se possa pensar que a classe trabalhadora brasileira, de repente, não mais do que de repente, salte das raias da miséria para o mais apurado estágio de desenvolvimento que lhe

permita assumir a posição de sócio, coordenando e dirigindo grandes empresas cooperativas e, ganhando tanto, que descarte estas “velharias” de direitos trabalhistas!

Será?

O debate está aberto e, como sempre, envolto em muitos slogans, que têm a vantagem de dispensar a reflexão criadora.

3.10. Também tem sido discutido, na doutrina e nas muitas sentenças que tive oportunidade de ler, se o parágrafo único do art. 442 pode ser aplicado às atividades rurais.

Segundo o art. 1º, da lei 5.889/73, as relações de trabalho rural serão reguladas por essa lei, e, no que com ela não colidir, pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho.

O art. 4º da mencionada lei diz que se equipara ao empregador rural a pessoa física ou jurídica que, habitualmente, em caráter profissional e por conta de terceiros, execute serviços de natureza agrária, mediante utilização do trabalho de outrem.

E o art. 17 assegura aos que trabalham no campo, sem serem empregados, as garantias na lei previstas, no que couber o que levou ROBERTO BARRETO PRADO a escrever:

**Queremos salientar, mais uma vez, que a 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 ditas, 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.** (citado por IARA ALVES CORDEIRO PACHECO - op. cit. pág. 20)

Também penso que o parágrafo único do art. 442 não tem aplicação ao meio rural.

É verdade que não nego a possibilidade da existência de cooperativa de trabalho no meio rural, mas sua descaracterização independerá do mencionado parágrafo único, do art. 442, que, pelo visto, se reveste de absoluta inocuidade.

3.11. Mas, pelo sim pelo não, já se quer eliminar tal parágrafo único, nascido, pelo que se viu, de inspiração tão nobre e transformado, em grande parte, em odioso instrumento de exploração, numa moderna e refinada “mais valia”.

É, assim, que, em 06/08/96, o deputado ALOYSIO NUNES FERREIRA, apresentou projeto de lei, que revoga o sempre referido parágrafo único do art. 442.

#### 4. CONCLUSÃO

Lamento não ter trazido as soluções esperadas e temo não ter colocado todas as dúvidas suscitadas por tema tão desafiador.

Receio que minha formação cultural não me tenha permitido admitir - até hoje - que mais importante do que tudo são as leis do mercado, já que segundo a moda do dia - elas tudo regulam.

Ainda não assimilei a “novidade” de que o que não é mercado é pieguismo saudosista, corporativo e ultrapassado.

Ainda não domino, com exatidão, o que seja “globalização”, cujos riscos, em artigo magistral, destacou recentemente o prof. WASHINGTON ALBINO (in jornal HOJE em dia 05/11/96).

Ainda não apreendi a mensagem dos que sustentam que o mundo começou a ser escrito de novo com a queda do muro de Berlim e com a implosão do Estado Soviético.

De qualquer forma, lembro que NORBERTO BOBBIO, em junho de 1989, disse o seguinte:

**“A democracia, devemos admitir, superou o desafio do comunismo histórico. Mas de que meios e ideais dispõe para enfrentar os mesmos problemas que deram origem ao desafio comunista?”**

E arremata dizendo: **“Como disse o poeta: Agora que já não temos bárbaros, que será de nós sem bárbaros.”** (cfr. in Depois da Queda - Ed. Paz e Terra - 1993 - pág. 20).

O que estou dizendo - para que eu também ouça - é que devemos cultivar um Direito. que assegure a todos um mínimo decente para viver humanamente.

Não se trata, evidentemente, de princípio igualitário, mas de ideal da mais estrita justiça.

Isto me autoriza, para finalizar esta palestra - mesmo correndo o risco de ser apodado de conservador e ultrapassado - transcrever as seguintes palavras de MARIO DE LA CUEVA, no prólogo da Edição Brasileira de seu PANORAMA DO DIREITO DO TRABALHO, palavras escritas no distante 1968:

**“O homem é um ser que vive de ilusões e de esperanças, às quais nunca puderam dar morte os grandes cataclismas da História. Uma das mais bonitas idéias é a de um Direito do Trabalho que, de uma vez para sempre, na luta entre Capital e Trabalho, ponha o primeiro, e a Economia em si, a serviço do segundo.”**

Em seguida, o jurista mexicano adverte que o Direito do Trabalho forjou a ilusão e o sonho de que era possível:

**“assegurar ao homem que trabalha condições que lhe permitam concorrer ao banquete servido, diariamente, pelas riquezas naturais da terra, que não é um festim para alguém ou para alguns, senão para todos, porque nosso planeta foi um dom dos deuses para todos os tempos e para todas as raças e tribos, um banquete que se serve para que os homens de todas as cores levantem-se da mesa sem temor ante a Vida e possam penetrar, então, nos espaços infinitos da cultura universal”** (cfr. op.cit. Edição Sulina - 1969 - pág. 7).

O sonho acabou?

Eis o novo ENIGMA que foi colocado às portas da nova TEBAS. Que os deuses nos ajudem a solucioná-lo. Sem a tragédia de Édipo!

# FRAUDE À LEI EM TEMPOS DE CRISE (\*)

Márcio Túlio Viana(\*\*)

**Fiscal:** -Você trabalha para quem?

**Lavrador:** -Sou empregado da cooperativa.

**Fiscal:** -Qual o nome dela?

**Lavrador:** -Não sei.

**Fiscal:** -Mas você é empregado ou sócio?

**Lavrador:** -Não sei. Acho que sou **anônimo**.  
(Depoimento de um apanhador de laranjas)

## 1. INTRODUÇÃO

Num tempo que já vai longe, quando as violas ainda cantavam nas varandas das fazendas, meu pai me falava de pássaros. “O melro” - dizia - “bebe os ovos do tico-tico, pondo os dele no lugar. E o tico-tico, enganado, cria os filhotes do melro...”

Há uma planta nos trópicos que exala odor de carniça para atrair os insetos. Já o louva-deus se faz de folha para se defender, o camaleão se colore com as cores do ambiente e a cobra imita o cipó para tapear a presa.

Na mitologia grega, Ulisses presenteou os troianos com um cavalo de madeira, recheado de soldados, enquanto a sua fiel Penélope, forçada a se casar de novo tão logo tecesse um manto, à noite desfazia o que havia feito de dia.

No reino infantil das fadas e das bruxas, Peter Pan *passa a perna* no Capitão Gancho, a rainha-má engana Branca de Neve, o sapo se transforma em príncipe, o príncipe em fera, o lobo em vovozinha...

Seja na vida ou na arte, na história e na ficção, na prosa ou na poesia, os ardis se multiplicam. Jânio renunciou pensando em ficar, Judas

---

(\*) *Palestra proferida para os colegas do Rio (X EMAT) e Minas (CEPE), outubro-novembro 96.*

(\*\*) *Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 3a. Região. Professor da Faculdade de Direito da UFMG.*



traiu Cristo com um beijo. Até o futebol tem a falta *cavada*, a bola de curva e o drible de corpo...

Naturalmente, há boas e más trapaças. e se, na corte dos reis de França, a terrível Catharina dizimava os inimigos com os mais ardilosos venenos, a mineira Doralina, dos meus tempos de estudante, enfrentava a ditadura se disfarçando de homem.

Mas é especialmente no direito que as artimanhas acontecem, pois o interesse individual - constrangido pela lei - aspira a ser livre de novo; e *violar*, atacando de frente, é sempre mais arriscado do que *fraudar*, dissimulando o ataque.

No campo trabalhista - onde o direito é privado, mas de ordem pública - maior é a pressão sobre a vontade individual. E por isso as fraudes são ainda mais comuns, revelando, de certo modo, que a menor distância entre dois pontos pode não ser uma reta, como na Física, mas uma curva...

## 2. FRAUDE E FIGURAS AFINS

Fraude é engano, mas nem todo engano é fraude. Há figuras afins, como o dolo e a simulação. Vejamos as diferenças.

Na fraude<sup>(1)</sup>, o negócio é efetivo, real. Trai-se apenas o *espírito* da lei. Usa-se uma norma jurídica para se chegar a um resultado proibido por outra norma jurídica<sup>(2)</sup>. Exemplo: a CLT permite que o empregador remova o empregado de uma filial para outra, na mesma localidade. Sabendo disso, *A* desloca *B* para junto de seu inimigo *C*, para levá-lo a se demitir.

Na simulação, o negócio é apenas aparente. Fantasia-se a realidade, para enganar terceiros. Exemplo: a lei proíbe a redução de salários. O empregador *A* finge que despede *B* e em seguida o “recontrata”, pagando menos.

---

<sup>(1)</sup> *Estamos nos referindo à fraude à lei, que se distingue da fraude à execução e da fraude contra credores.*

<sup>(2)</sup> *Herrero Nieto, B. “La simulación y el fraude a la ley en en derecho del trabalho”, Bosch, Barcelona, 1958, p. 136.*

No dolo, há também engano, mas dirigido contra a pessoa a quem se despoja. Além disso, ao contrário do que acontece com a simulação, o que se quer é aquilo mesmo que se diz querer<sup>(3)</sup> Exemplo: o empregador *A* pensa em contratar *B*, mas para isso forja dados irreais sobre as finanças da empresa.

Por fim, distinguem-se a fraude e a violação da lei. Na fraude, o agente cumpre a lei sob o prisma objetivo, ferindo-a sob o aspecto subjetivo; na violação, faz o oposto. Na fraude, a intenção importa; na violação, passa ao segundo plano<sup>(4)</sup>.

### 3. CONSEQUÊNCIAS DO DOLO, DA SIMULAÇÃO E DA FRAUDE

Em Direito do Trabalho, “governa-se o forte para se proteger o fraco”<sup>(5)</sup>. Daí por que, quase sempre, quem pratica a ilicitude é o empregador. Mas mesmo quando *também o empregado* dela participa, nada o impede de arguí-la. É o que se dá na simulação.

Assim, se o vendedor *A* celebra com *B* um contrato que o descreve como autônomo, pode provar o oposto em juízo. A simulação é inocente para um e culposa para outro. Parte-se em duas a regra da lei civil<sup>(6)</sup>

Já nos casos de dolo e fraude à lei, a regra do direito comum se aplica por inteiro. Se, por exemplo, o empregado se faz passar por médico sem ter habilitação, nem por isso receberá os salários da categoria.

Como se vê, são nítidas as diferenças - e não apenas conceituais - entre o dolo, a simulação e a fraude. Mas vamos falar de fraude em sentido amplo, abrangendo a simulação e o dolo.

### 4. FRAUDES E CRISE ECONÔMICA

---

<sup>(3)</sup> *Herrero Nieto, B, Op. cit., p. 132.*

<sup>(4)</sup> *Sussekind, Arnaldo. “Imperatividade das normas de proteção ao trabalho”, in “Instituições de Direito do Trabalho” (obra coletiva), vol. 1, 11ª ed., Ltr, S. Paulo, pp. 201-203.*

<sup>(5)</sup> *A expressão é de Josseland.*

<sup>(6)</sup> *Nesse sentido, Tarso Genro (“Direito Individual do Trabalho”, Ltr, S. Paulo, 1985, pp. 120-122).*

Dizia que as fraudes são mais comuns em Direito do Trabalho. De um lado, porque a lei constrange o empregador. De outro, porque a necessidade constrange o empregado.

Mas há uma razão a mais para que as fraudes se multipliquem: é a crise dos novos tempos. O mercado se globaliza, o consumo se retrai, a concorrência se enfurece. E mais uma vez - como um *super-herói* de quadrinhos - o capital se transforma, para aumentar a produtividade e manter as taxas de lucros.

As mudanças são duras e profundas. E não se sabe até onde irão chegar. Afetam a empresa, os produtos, o trabalho e o homem.

A empresa se horizontaliza e se desloca. O *fordismo* e o *taylorismo* cedem espaço ao *toyotismo*. Para os novos produtos - flexíveis, mutantes, descartáveis - o novo modelo exige mão de obra também oscilante, polivalente, precária.

Um autor chega a dizer que, *depois de lutar contra a exploração capitalista, os trabalhadores passam a lutar contra a falta dela*. O sistema de exploração dá lugar a um sistema de exclusão. Nasce o fantasma do desemprego, utilizado ideologicamente, pelas mesmas forças que o provocam, para desmonte da lei.

Enquanto as fronteiras se abrem, nossas indústrias se fecham. O produto que vem de fora traz embutidos não só a automação e a reengenharia, mas a espoliação que as multinacionais praticam impunemente nos *Tigres Asiáticos*.

Com o desemprego, até a convenção coletiva inverte o seu papel: torna-se instrumento de gestão da crise empresarial<sup>(7)</sup>. Daí, talvez, a ênfase exagerada que nela se coloca, como solução mágica para todos os males.<sup>(8)</sup>

---

<sup>(7)</sup> A expressão é de José Eduardo Faria.

<sup>(8)</sup> Na verdade, o pretense equilíbrio de forças que segundo alguns presidiria as negociações é afetado duramente pela crise, e - entre nós - por outras distorções do sistema, como o controle das "abusividades" da greve pelo judiciário e o próprio nível cultural (baixíssimo) dos líderes sindicais. Daí

Vejamos as fraudes mais comuns nesses tempos liberais.

## 5. MERCADO INFORMAL

Tem sido comum dizer que a crise fragmentou o mercado de trabalho. De um lado, os trabalhadores protegidos, cada vez mais escassos. De outro, os desprotegidos, que somam hoje 51% da mão de obra ativa do país.

Na verdade, pelo menos teoricamente, muitos informais têm a proteção da lei, pelo simples e bom motivo de que são empregados. É o que acontece com boa parte dos camelôs, das prostitutas e dos catadores de papel, que trabalham para verdadeiros *tubarões* do comércio. Mas uma coisa é a teoria, outra é a prática...

O pior é que a chamada *economia invisível* não é invisível apenas aos olhos dos fiscais, mas dos próprios sindicatos, que dificilmente têm acesso aos locais de trabalho.

## 6. TERCEIRIZAÇÃO

O modelo *vertical* das empresas nasceu nos Estados Unidos, por volta dos anos 20. A meta era reduzir riscos, a partir do controle acionário dos fornecedores. Já o modelo *horizontal*, em expansão desde os anos 70, quer basicamente manter o mesmo patamar de lucros numa economia em retração.

Do ponto de vista das empresas, a terceirização traz vantagens: baixa os custos, crescendo os lucros. Permite o ingresso rápido e simples de mão de obra. E em geral aumenta a produtividade, pois permite que as forças se concentrem no foco principal da atividade.

Já do ponto de vista dos trabalhadores, só traz desvantagens. Ao invés de aumentar, reduz postos de trabalho. Dobra a carga de subordinação. Pulveriza a ação coletiva. Destroi o sentimento de classe. Degrada as condições de higiene e segurança. E, de quebra, reduz salários.

---

*por que a convenção coletiva não pode ser vista como um mecanismo de substituição da lei, mas de complemento.*

Naturalmente, se os salários são baixos, é porque os lucros são altos. Há alguns anos, por exemplo, um *segurança* do Banco do Brasil recebia cinco vezes menos do que era pago *per capita* à empresa que o contratava. Ao mesmo tempo, a intensidade do trabalho é maior: estudos mostram que um digitador terceirizado, que presta serviços a bancos, *toca* o teclado três vezes mais que um bancário na mesma função.

O pior é que certas fraudes contam com a cumplicidade *do próprio poder público*. Um exemplo é a Portaria MT no. 865/95, que impede a autuação dos fiscais quando a empresa descumpre a lei, com apoio em convenções ilícitas. Outro exemplo são as cooperativas de trabalho, sobre as quais falaremos adiante.

## 7. COOPERATIVAS

Quem primeiro pensou em cooperativismo foi Robert Owen, um gênio que aos nove anos já tinha lido os clássicos e filosofava. Mas a primeira cooperativa que realmente funcionou foi a de Rochdale, Inglaterra, em 1844. Vinte e oito tecelões abriram uma pequena mercearia, num beco escuro da cidade, e o negócio se expandiu tanto que até os clientes se tornaram sócios<sup>(9)</sup>

É claro que uma cooperativa nesses moldes não gera relação de emprego. Aliás, a palavra *cooperar* vem de *co-operari*, ou seja, obra em comum, relação horizontal. É a antítese de *sub-ordinare*, trabalho subordinado, relação vertical.<sup>(10)</sup>

Por isso, não é de hoje que a lei impede que um trabalhador seja, ao mesmo tempo, cooperado e empregado *da cooperativa*. O novo parágrafo do art. 442 da CLT, acrescentado pela Lei no. 8 949/94, veio apenas estender a regra aos *tomadores de serviços*.

---

<sup>(9)</sup> Silva, Jacinto L. da. "Sociedades cooperativas: aspectos e problemas de suas relações com o Estado" (tese). FDU'FMIG, B. Horizonte, 1986, pp. 1-29.

<sup>(10)</sup> A propósito, v. o nosso "Cooperativa e relação de emprego", in "Repertório IOB de Jurisprudência", 2ª quinzena de maio 96, ed. 10 96, texto 2 11 266, S. Paulo.

O curioso é que a lei que regula as cooperativas não previa e continua não prevendo a hipótese de terceirização. Ao contrário. Diz que os cooperados são os beneficiários de seus próprios serviços<sup>(11)</sup>

E o resultado está aí. Cooperativas se reproduzem como ratos, principalmente onde a mão-de-obra é desqualificada e ignorante. Muitas atuam como braços invisíveis das tomadoras de serviço. Quem as cria são profissionais liberais, comerciantes ou fazendeiros, que se utilizam de *testas-de-ferro* como diretores para explorar o trabalho alheio.

O pior é que esses traficantes de mão-de-obra passam aos "cooperados" a idéia de que não têm direitos trabalhistas, sonogando a informação de que podem votar e ser votados. E assim se perpetuam no poder, respaldados por pilhas de documentos que os trabalhadores assinam sem decifrar.

É o que acontece com frequência em muitas fazendas do interior paulista, que se dedicam ao cultivo de laranjas. Muitas se recusam a contratar formalmente empregados: só admitem "cooperados", que em geral não sabem sequer o nome da "cooperativa" e referem-se a ela não como algo deles, mas como sua empregadora, intuindo a realidade por detrás da farsa<sup>(12)</sup>

De certo modo, o caso das cooperativas é mais do que uma fraude à lei: é fraude *através* da lei, contra o direito. O pretexto é o desemprego. A razão é o lucro. O resultado é o subemprego.

## 8. SERVIDORES EM SITUAÇÃO IRREGULAR

Mas há outras formas pelas quais o Estado participa das fraudes. É o que acontece, por exemplo, quando terceiriza através de empresas inidôneas.

De acordo com o Enunciado no. 331/TST, não se forma relação de emprego, por falta de concurso. Segundo a Lei no. 8.666, não se pode

---

<sup>(11)</sup> *A propósito, v. o ótimo artigo "Cooperativas de trabalho x intermediação de mão-de-obra", de Iara A. Cordeiro Pacheco, in ST - Doutrina, jul 96, pp. 11 10, S. Paulo.*

<sup>(12)</sup> *Informações prestadas por fiscais do trabalho em Patos de Minas-MG.*

sequer responsabilizá-lo pelos pagamentos, mesmo quando inadimplente a prestadora de serviços.

Outro exemplo é a contratação direta de falsos autônomos, para atividades inerentes à função pública. É o que ocorre em algumas cidades do interior mineiro, que admitem varredores de rua sem concurso, pagando-lhes apenas o salário de cada dia.

Num caso e noutro, há vozes discrepantes na doutrina e na jurisprudência. Uns entendem que o trabalhador não tem qualquer direito, pois o contrato é nulo; outros lhe garantem todos os direitos, pois a nulidade (mesmo absoluta) não retroage; e há os que reconhecem apenas o direito aos salários *stricto sensu*, admitindo, implicitamente, que pode haver enriquecimento sem causa - desde que pela metade...

## 9. ESTAGIÁRIOS

E outras fraudes vêm surgindo, como no caso de estagiários, que proliferam cada vez mais. Quase sempre, os contratos são formalmente perfeitos - mas os jovens prestam serviços comuns, que pouco ou nada têm a ver com a sua formação acadêmica.

O pior é que poucos reclamam, pois o estágio traz implícita a promessa de um futuro emprego. Mesmo quando isso não acontece, e o “estagiário” deixa a empresa, há sempre o risco de entrar para a *lista-negra* dos que procuraram a Justiça.

Assim, por culpa de sua ineficácia, a própria lei, mais uma vez, transforma-se em instrumento de lesão do direito.

## 10. O PAPEL DO INTÉRPRETE

Embora diferentes, essas formas de ardil têm pontos em comum. Em geral, fantasiam a realidade: fingem ser o que não são. Em sentido estrito, estão mais para a simulação do que para a fraude. Além disso, como vimos, contam às vezes com a cumplicidade do próprio empregado.

Por outro lado, não afetam apenas as partes. Repercutem para além de sua esfera jurídica, como na velha imagem da pedra no lago,

formando círculos concêntricos. Assim é, por exemplo, que os informais tiram emprego dos formais, e os terceirizados pulverizam a categoria.

Mas o pior é que todos eles, vítimas da fraude, pressionam para baixo os salários da classe operária, degradando - *por tabela* - as condições gerais de trabalho. E não é só. O sindicato se fragiliza, a identidade de classe se esvai e a luta entre as empresas se reproduz entre os trabalhadores.

Pergunta-se: o que fazer?

Do ponto de vista do operador do direito, há algumas soluções possíveis.

Na hipótese do trabalho informal, abrir os olhos para as falsas autonomias. Lembrar-se de que, “provada a relação de trabalho, deve-se presumir a de emprego”<sup>(13)</sup>, invertendo o *onus probandi* em benefício do trabalhador.

No caso do trabalho temporário, *quando licito*, acolher a responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços; *quando ilícito*, concluir pela relação de emprego com a prestadora, responsabilizando solidariamente a tomadora. Lembrar-se de que a ilicitude, no caso, tanto pode decorrer de uma formalidade não cumprida (contrato escrito, p. ex.), como da falta de justificativa para a contratação<sup>(14)</sup>.

No caso do estagiário, concluir pelo vínculo de emprego sempre que o trabalho não tiver ligação direta com a sua futura profissão.

Na hipótese de servidores, defender uma interpretação que compatibilize a exigência de concurso (art. 37.II, da CF) com o primado do trabalho e da dignidade humana (art. 1o., III e IV da CF), garantindo-lhes

---

<sup>(13)</sup> *Conclusão do II Congresso Ibero-Americano de Direito do Trabalho, adotada largamente.*

<sup>(14)</sup> *Sobre o tema, v. as ótimas lições de Mauricio Godinho Delgado, in: “Curso de Direito do Trabalho”, obra coletiva, coord. Alice M. de Barros, Ltr, S. Paulo, vol. I, 1994; e “Introdução ao Direito do Trabalho”, Ltr, S. Paulo, 1995, pp. 351 e segs.*



*todos os direitos trabalhistas. ressalvada a responsabilização futura do agente público*<sup>(15)</sup>.

No caso específico de terceirização no serviço público, responsabilizar a Administração, o que não significa bater de frente com o Enunciado no. 331 e a Lei no. 8.666. É que o Enunciado diz apenas que a relação de emprego não se forma: não impede o pagamento das verbas trabalhistas. Por outro lado, a Lei só deve ser aplicada quando a Administração a cumpre *por inteiro*, ou seja, quando não age com culpa *in eligendo*. Se escolhe mal a empresa que lhe vai prestar serviços, paciência. De todo modo, além de subsidiária, essa responsabilidade será de *terceiro grau*, só se efetivando se os sócios da empresa prestadora de serviços não tiverem bens suficientes para garantir a execução<sup>(16)</sup>.

Mas essas são apenas *algumas* das correções possíveis. Outras existem: basta querer usar a lei em sentido dinâmico e não estático, como instrumento de transformação social. Mas é preciso também desenvolver o espírito crítico, percebendo o que há por trás da própria intenção de fraudar.

De fato, não podemos ver as fraudes como um fenômeno isolado. Muito menos como uma doença crônica dos homens. Hoje, elas assumem um papel diferente, uma importância peculiar. São etapas de um caminho. São degraus de uma mesma escada. São formas de *flexibilização selvagem*.

Em outras palavras, as fraudes compõem todo um processo de desarticulação, de precarização e de desmonte do Direito do Trabalho. E é sob essa ótica que devemos combatê-las, ainda que nos acusem de *marchar na contra-mão da História*. Aliás, talvez seja mesmo preciso buscar uma *outra História*, diferente da que tentam nos impor...

---

<sup>(15)</sup> *V., a propósito, o nosso artigo "Servidor público admitido irregularmente: direitos trabalhistas e competência da justiça laboral", in Revista Ltr, vol. 57, n.º 7, julho'93, S. Paulo.*

<sup>(16)</sup> *Nesse sentido tem decidido reiteradamente a 4.ª Turma do TRT da 3ª Região.*

## ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.

*Indalécio Gomes Neto<sup>(\*)</sup>*

*“O tempo é um inimigo do direito, contra o qual o juiz deve travar uma guerra sem tréguas”  
(Carnelutti).*

O processo sempre foi considerado como o instrumento necessário a entrega da prestação jurisdicional. Todavia, a Justiça vem entregando a prestação jurisdicional com excessiva lentidão e o processo se transforma em algo penoso, sobretudo para os mais fracos e pobres e isso lesa até mesmo o princípio da igualdade. Daí dizer José Rogério Cruz e Tucci, que "o fator tempo, que permeia a noção de processo, constitui, desde há muito, o principal motivo da crise da Justiça, uma vez que a excessiva dilação temporal das controvérsias vulnera "ex radice" o direito à tutela jurisdicional, acabando por ocasionar uma série de gravíssimos inconvenientes para as partes e para os membros da comunhão social"<sup>(1)</sup>.

A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no artigo 6º, parágrafo 1º que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível.

É bom dizer que a lentidão da Justiça é fruto de vários fatores. Primeiro, o elevado número de processos que é atribuído a cada órgão julgador, em quantidade sempre crescente; segundo, o rito processual adotado e o número de recursos previstos. Aos juízes pouca culpa se pode atribuir por essa lentidão, pois, salvo exceções, são operosos e diligentes.

Os juristas, sempre preocupados com essa lentidão, têm procurado oferecer sugestões ao legislativo, a quem cabe dispor sobre a matéria. Algum progresso já foi obtido nessa área, bastando lembrar os atuais

---

<sup>(\*)</sup> *Indalécio Gomes Neto, é Ministro aposentado do TST e advogado em Curitiba/PR.*

<sup>(1)</sup> *Garantia da prestação jurisdicional sem dilatações indevidas como corolário do devido processo legal - RePro 66 73;*

Juizados Especiais, a Ação Civil Pública, o Código do Consumidor, O Mandado de Segurança Coletivo, a Antecipação da Tutela, a Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer, a Ação Monitória e a via alternativa da Arbitragem, este último sistema recentemente instituído pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1.996.

Antes de iniciar a abordagem do tema e pela sua pertinência na diretriz de um Novo Processo e Uma Nova Justiça, vale destacar as oportunas palavras do Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira, que foi um dos destacados colaboradores das reformas introduzidas no CPC. Diz ele:

Ao aproximar-se a excitante virada do século, nestes tempos de extraordinárias transformações nos campos político e ideológico, quando países se agregam em comunidades econômicas, nações se libertam e fronteiras estão em constante mutação, regimes totalitários e carismáticos se esfacelam e uma onda de liberalismo varre o horizonte, quando a pobreza cede lugar à miséria, a violência invade os lares, a ciência e a tecnologia atingem patamares inacreditáveis e os sonhos povoam os corações dos que acreditam no amanhã, cabe, a todos nós, missão relevante, árdua, mas grandiosa e bela.

O Estado Democrático de Direito não se contenta mais com uma ação passiva. O Judiciário não mais é visto como mero Poder equidistante, mas como efetivo participante dos destinos da Nação e responsável pelo bem comum. Os direitos fundamentais sociais, ao contrário dos direitos fundamentais clássicos, exigem a atuação do Estado, proibindo-lhe a omissão. Essa nova postura repudia as normas constitucionais como meros preceitos programáticos, vendo-as sempre dotadas de eficácia em temas como dignidade humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria e da marginalização, valorização do trabalho e da livre iniciativa, defesa do meio ambiente e construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

Foi-se o tempo do Judiciário dependente, encastelado e inerte. O povo, espoliado e desencantado, está nele a confiar e reclama sua efetiva atuação através dessa garantia democrática que é o processo, instrumento da jurisdição.

É de convir-se, todavia, que somente procedimentos rápidos e eficazes têm o condão de realizar o verdadeiro escopo do processo. Daí a

imprescindibilidade de um novo processo: ágil, seguro e moderno, sem as amarras fetichistas do passado e do presente, apto a servir de instrumento à realização da Justiça, à defesa da cidadania, a viabilizar a convivência humana e a própria arte de viver"<sup>(2)</sup>.

Em dezembro de 1994 foram publicadas várias leis que introduzem modificações em diversos artigos do Código de Processo Civil.

A alteração mais relevante foi introduzida no artigo 273 do Código de Processo Civil, que trata da antecipação da tutela.

Não se trata de um provimento cautelar, com o objetivo de assegurar um resultado útil ao processo principal. Aqui, a tutela, cuja antecipação se pede, é aquela que tem por objeto o pedido formulado no processo principal.

O legislador condicionou a prestação jurisdicional de antecipação da tutela ao atendimento de determinados pressupostos. O artigo 273 do CPC está assim redigido:

"O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I- haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II- fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de inversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.

---

<sup>(2)</sup> *Revista da Procuradoria Geral do INSS, vol. 3, nº 1, abril a junho de 1996;*

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento".

Como se observa, o legislador, ao tratar dos pressupostos da antecipação da tutela, utilizou-se de duas locuções que não se harmonizam, na medida em que exige prova inequívoca e verossimilhança da alegação.

Prova inequívoca é aquela sobre a qual não recai qualquer dúvida; é a prova que se basta por si e não exige qualquer complementação; é a prova que alicerça plenamente o convencimento do julgador.

Já a verossimilhança é a aparência da verdade; é o que parece verdade; é a probabilidade de que determinado fato seja verdadeiro.

O primeiro aspecto a considerar, portanto, reside em como compatibilizar essas duas locuções.

Quanto à prova inequívoca da alegação é uma imposição da lei. Conseqüentemente, se a prova ainda não satisfaz a convicção do julgador, não há como antecipar a tutela. Provas desnecessárias não devem ser produzidas, conforme regra contida no artigo 130 do CPC. A contrário sensu, se a prova é necessária, impõe-se o seu exaurimento, sem o que a tutela antecipada não pode ser deferida.

Esse ponto de vista, contudo, não é pacífico na doutrina, valendo lembrar Cândido Rangel Dinamarco, para quem a prova a ser produzida para a antecipação da tutela necessariamente não precisa ter a mesma extensão daquela destinada à tutela definitiva, bastando que seja convincente. Assim diz o renomado doutrinador:

"Para chegar ao grau de probabilidade necessário à antecipação, o juiz precisará de uma instrução que lhe revele suficientemente a situação de fato, não é o caso de chegar às profundezas de uma instrução exauriente, pois esta se destina a proporcionar grau de certeza necessários para julgamento definitivo, não provisórios como na antecipação da tutela. Tratar-se-á de uma cognição sumária dimensionada segundo o binômio representado (a) pelo menor grau de imunidade de que se reveste a medida

antecipatória em relação à definitiva e (b) pelas repercussões que ela terá na vida e patrimônio dos litigantes". E arremata o seu ponto de vista acerca do tema:

"O reduzido nível de imunidade das decisões concessivas de tutela antecipada (sua provisoriedade) não é motivo para descuidar das atividades instrutórias inerentes à indispensável cognição sumária. A probabilidade exigida pela lei ao falar em prova inequívoca significa que até a algum grau de investigação o juiz deve chegar. Decidirá à luz dos documentos que estejam nos autos e, fazendo valer seus poderes instrutórios, de ofício ou a requerimento determinará a realização das atividades probatórias que em cada caso sejam convenientes. Aplicam-se as regras ordinárias sobre distribuição do ônus da prova (art. 333), embora não precise o autor levar o juiz a níveis absolutos de convicção sobre os fatos constitutivos.<sup>(3)</sup>

Desse entendimento não compartilha J. J. Calmon de Passos, asseverando que a prova inequívoca de que fala a lei há de ser a mesma que se exige para a decisão de mérito. Escreve o renomado processualista:

"Falando a lei em prova inequívoca da alegação, ficou em mim a dúvida: é possível prova inequívoca da alegação que autoriza a antecipação, quando seja ela insuficiente para autorizar a decisão de mérito? a prova para a antecipação é uma prova menos robusta ou menos inequívoca que a exigida para a decisão de mérito? Minha resposta é negativa. A antecipação da tutela, ora disciplinada, reclama, para que seja deferida, já seja possível decisão de mérito no processo em que ela é postulada, a ser concomitantemente proferida, ou já exista decisão de mérito, à qual se deseja acrescentar o benefício da antecipação, para que se torne, de logo, provisoriamente executável. Não se cuida de um passe de mágica em favor da tão endeusada celeridade, efetividade, deformalização e outros vaps-vupts processuais. O que se fez, em boa hora, foi permitir, nos casos excepcionais indicados, que a decisão de mérito seja de logo executável, pouco importando, no caso, o efeito suspensivo do recurso, que será afastado em face da antecipação, autorizada em razão da presença dos pressupostos que o artigo 273 do Código de Processo Civil fixou em seus incisos I e II."<sup>(4)</sup>

---

<sup>(3)</sup> *A Reforma do Código de Processo Civil, Malheiros Editores, 2ª ed.*

<sup>(4)</sup> *Inovações no Código de Processo Civil, Forense;*

Manoel Antonio Teixeira Filho entende que a mera probabilidade só se ajusta ao processo cautelar, mas não na antecipação de tutela. Segundo seu pensar, o legislador, ao possibilitar a antecipação da tutela de mérito, no próprio processo de conhecimento, "na situação em que houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, procurou, de um lado, evitar que o processo cautelar continuasse a ser desviado de sua finalidade histórica, pois, até então, vinha sendo largamente manejado com o escopo de promover a tutela do direito material, mediante a emissão de sentenças satisfativas, e de outro, exigir que essa antecipação da tutela se dê com maiores elementos de convicção, e, para isso, formulou a exigência da prova inequívoca, cujo rigor é abrandado pela verossimilhança da alegação do autor. Com essa providência, buscou evitar a proteção antecipada do direito material sem um mínimo de prova quanto ao fato constitutivo, e, como contrapartida, satisfez-se com a mera alegação da parte de que esse direito está na iminência de ser lesado".<sup>(5)</sup>

Luiz Guilherme Marinoni lembra que a tutela antecipatória, nos casos de receio de dano, poderá ser requerida antes ou depois de encerrada a instrução probatória, bem como após a sentença. A tutela antecipatória, portanto, nem sempre será fundada em cognição sumária.

A tutela fundada em cognição sumária é uma tutela baseada em prova não suficiente para o juiz declarar a existência do direito. Se, por exemplo, uma vez ouvido o réu, a prova é suficiente para o juiz declarar a existência do direito, o caso é de julgamento antecipado do mérito. Portanto, a denominada "prova inequívoca", capaz de convencer o juiz da "verossimilhança da alegação", somente pode ser entendida como "a prova suficiente" para o surgimento do verossímil, entendido como o não suficiente para a declaração da existência ou inexistência do direito.<sup>(6)</sup>

Ao exigir prova inequívoca, quer o legislador que o juiz se convença da verossimilhança da alegação, significando dizer que não basta apenas a probabilidade e nem a aparência de direito, requisitos próprios das medidas cautelares. Exige-se mais, justamente por se tratar de um provimento de mérito, devendo a prova, ainda que não exauriente, ser no mínimo suficiente a alicerçar o convencimento do julgador.

---

<sup>(5)</sup> *As alterações no CPC e suas repercussões no Processo do Trabalho;*

<sup>(6)</sup> *A. Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil, Malheiros Editores;*

A prova documental, não raro, é suficiente para demonstrar a existência de determinado fato. Nesta hipótese, ainda que seja cabível a prova testemunhal, o juiz já conta com elementos para conceder a tutela antecipada, evitando, com isso, a demora da solução judicial.

Mas não basta a produção de prova inequívoca da alegação.

Com efeito, além da existência de prova inequívoca da alegação, cabe ao requerente demonstrar que sem a antecipação da tutela corre o risco de sofrer um dano irreparável ou de difícil reparação, ou então, que fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

O risco de sofrer dano irreparável ou difícil reparação deve corresponder a uma situação de objetividade fática plenamente demonstrável e não significar, tão somente, o temor do requerente em sua avaliação subjetiva.

Parece lógico que o fato da parte já ter sofrido o dano, não inviabiliza o pedido de tutela antecipada.

No que diz respeito ao exame do abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, o juiz deve agir com extrema cautela, nunca esquecendo que o processo é contraditório, e não há de se tomar ao pé da letra a obrigação de expor os fatos conforme a verdade, pois esta só será esclarecida na própria sentença.

Não é incomum a parte postular contra expressa disposição de lei, mas sob o fundamento de que ela é inconstitucional. Nesta hipótese não há como entender configurada a litigância de má-fé e sobre o tema assim já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

"Não caracteriza má-fé a litigância só porque a parte emprestou a determinado dispositivo de lei ou a certo julgado uma interpretação diversa da que neles efetivamente contidas ou desafeiçoada ao entendimento que lhe dá o juízo" (STJ- 1ª Turma, REsp 21.185-6-SP, rel. Min. César Rocha, j. 27.10.93, DJU 22.11.93).



Para configurar, pois, a litigância de má-fé é preciso que a conduta da parte seja incompatível com a seriedade dos atos judiciais, aduzindo alegações destituídas de qualquer fundamento jurídico.

## **PROCESSAMENTO DO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.**

A lei não esclarece se o pedido de antecipação da tutela deve ser processado em atuação própria ou no bojo dos autos principais.

Cândido Rangel Dinamarco e J. J. Calmon de Passos dissentem a respeito de como se proceder.

O primeiro (ob. cit.) diz que "para a concessão de medida antecipatória de tutela não se forma processo algum, tendo-se no máximo um incidente no bojo do próprio processo pendente (e nos seus autos)"; o segundo entende que "o pedido de antecipação deve ser feito em petição própria, na qual, determinado o processo em que a postulação ocorre, serão expostos os fatos e os fundamentos de direito da pretensão, com o pedido de antecipação da tutela que já se obteve, ainda que em caráter não definitivo, ou que está para ser dada também nessas mesmas condições. Essa petição será autuada em apartado e configura um incidente da causa, em seu específico procedimento (ob. cit.).

Do ponto de vista legal não há óbice que o pedido de antecipação seja feito e tramite no bojo dos autos principais, mas a prática, por certo, irá recomendar que o pedido antecipatório seja autuado em separado, para não prejudicar o andamento do processo.

Em inúmeras situações a tutela antecipada deferida, sendo ilíquida a decisão exequenda, exigirá a sua prévia liquidação, sobretudo isto poderá ser comum no processo do trabalho, em que o pedido, de regra, é formulado de maneira ilíquida. Logo, a liquidação de sentença nos autos principais criaria obstáculos à sua regular tramitação, o que não se harmoniza com a instrumentalidade do processo.

Cabe registrar que já se nota uma certa tendência dos juízes de primeiro grau em deferir a tutela antecipada no bojo dos autos principais, mas isso já vem ocasionando alguns transtornos de ordem prática.

Em síntese, sempre que a situação concreta revele que o processamento da tutela no bojo dos autos principais não irá criar obstáculos a regular tramitação do processo, é até razoável que assim se proceda. Todavia, se pela natureza da obrigação a ser executada, os atos praticados possam dar ensejo a outros incidentes, melhor será que o processamento se faça em separado.

## **PRAZO PARA REQUERER A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.**

A lei é silente acerca do prazo para requerer a antecipação da tutela.

Calmon de Passos entende que esse prazo não pode ficar a critério da conveniência do autor, devendo ser aplicado, por analogia, o prazo do artigo 325 do CPC, que diz:

"Contestando o réu o direito que constitui fundamento do pedido, o autor poderá requerer, no prazo de dez (10) dias, que sobre ele o juiz profira sentença incidente, se da declaração da existência ou inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide (art. 5º)".

Aduz, ainda, que esse prazo começa a fluir da consciência da situação que importe risco de dano ou de quando invocado para configurar o abuso do direito de defesa, ou o comportamento temerário, pressupondo-se, sempre, a existência de prova inequívoca da alegação (ob. cit.).

Assim, presente prova inequívoca da alegação e presentes os demais pressupostos, o prazo seria de dez dias, a contar da defesa.

Em artigo doutrinário que levei à publicação em revistas especializadas, cheguei a concordar em parte com J.J. Calmon de Passos. Hoje, depois de melhor refletir sobre o tema, já penso de modo diverso. A qualquer tempo, após a contestação, e até mesmo após configurado o dano, a parte pode pedir a antecipação da tutela. Significa dizer que até na fase recursal o pedido pode ser formulado.

## **LEGITIMIDADE.**

Tem legitimidade para requerer a antecipação o autor, ou mesmo o Ministério Público, este quando se tratar de direitos indisponíveis.

Enfim, todo aquele legitimado para requerer a execução tem legitimidade para pedir a antecipação, não podendo, contudo, ser deferida de ofício, por se tratar de hipótese não prevista na lei.

## **PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO.**

Uma questão relevante e que merece uma profunda reflexão diz respeito à possibilidade de ser deferida a antecipação da tutela contra pessoa jurídica de direito público interno, de modo a ensejar a execução por quantia certa.

J.J. Calmon de Passos (ob. cit.) entende que sim, na medida que diz que essa decisão se submete ao duplo grau de jurisdição.

Ocorre, todavia, que as dívidas dos entes públicos são pagas mediante o procedimento do precatório, conforme determina o artigo 100 da Constituição Federal. A requisição depende de inclusão no orçamento das entidades de direito público e, como se sabe, o orçamento é aprovado através de lei. Por tudo isso, ainda que se admita que é um privilégio que precisa ser revisto, sobretudo porque demanda longo tempo até a satisfação da dívida, sendo difícil, pelo sistema adotado, a reparação plena do dano, mesmo assim parece difícil que se possa admitir uma execução provisória, com base em antecipação da tutela, contra os entes de direito público interno.

Viável, entretanto, quando se tratar de obrigação de fazer ou não fazer, na tutela específica do artigo 461 do CPC.

## **COMPETÊNCIA.**

Tema relevante, especialmente para o autor, refere-se ao juiz competente para deliberar a respeito do pedido.

Estando o processo tramitando perante o juízo de primeiro grau e não tendo este ainda proferido decisão definitiva, parece não restar dúvida

de que o juiz da causa é o competente para decidir a respeito da tutela antecipada.

Todavia, ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o seu ofício jurisdicional, conforme norma contida no artigo 463 do Código de Processo Civil. Logo, não lhe cabe mais, após a decisão de mérito e havendo recurso para o Tribunal, decidir acerca do pedido de tutela antecipada, salvo em relação aos pontos que não foram objeto do recurso.

Se o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto do recurso, resta saber de quem será a competência para decidir sobre a tutela antecipada. Do relator ou da turma ou seção competente para apreciar a matéria devolvida no apelo?

J. J. Calmon de Passos (ob. cit.) lembra que a decisão proferida em grau de recurso substitui a decisão recorrida (artigo 512.CPC) e também que, conhecido o recurso, esse conhecimento opera como condição resolutiva da decisão recorrida. Assevera que essa conclusão conduz a negar-se ao juiz de primeiro grau que já proferiu decisão de mérito, sujeita a recurso, competência para antecipar a tutela, salvo no tocante ao que não foi objeto de devolução, porquanto, a respeito disso, existe decisão firme, sem possibilidade de desconstituição por força do conhecimento do recurso interposto. Sustenta, finalmente, que no âmbito do tribunal, a competência para apreciar o pedido de antecipação é do colegiado e não do relator, impondo-se tratamento procedimental idêntico ao que se prevê para o mérito do recurso, em que se postula a tutela que se pretende ver antecipada.

O tema fica melhor colocado no regimento interno dos tribunais, mas não vejo como discordar do ponto de vista do eminente processualista, pois se a antecipação versa sobre o que foi devolvido no apelo, competente para o seu exame será quem for para o recurso.

Não há, por outro lado, como estabelecer paralelo com as medidas cautelares, que prevêm a concessão de liminares, estas, nos tribunais, de competência do relator, com direito ao recurso de agravo regimental ao colegiado.

Na antecipação da tutela, salvo a específica do art. 461 do CPC, não existe decisão liminar, pois esta incide sobre o próprio mérito do pedido inicial, ou seja, há identidade entre o que se pede neste e o que se

pede na antecipação da tutela, não se tratando, portanto, de assegurar um resultado útil ao processo principal. Aqui, a tutela antecipada não tramita em processo autônomo, com rito próprio. Não fosse prejudicar a tramitação do processo, sequer teria pertinência determinar-se que o pedido antecipatório fosse processado em separado. Aliás, o parágrafo 5º do artigo 273 do CPC, ao dizer que, concedida ou não a antecipação, prosseguirá o processo até final julgamento, já revela a faculdade de que tudo se decida no âmbito do processo principal. A atuação em apartado visa, apenas, evitar obstáculos à regular tramitação do processo principal, mormente quando a decisão antecipatória encerra obrigação de dar, que exige prévia liquidação, a fim de ensejar a execução provisória. Esta diretriz é válida, sobretudo, para o processo do trabalho, em que a execução não tramita em processo autônomo.

## **DA CONTESTAÇÃO.**

A lei é silente a respeito do contraditório e do direito de defesa do réu sobre o pedido de antecipação da tutela.

Contudo, parece indiscutível que não se pode decidir sem antes assegurar ao réu o direito de se manifestar sobre o pedido e produzir as provas pertinentes.

Não se pode perder de vista que pelo menos um dos requisitos arrolados no artigo 273 do CPC pressupõe o contraditório, ou seja, que fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

De outra parte, versando a antecipação sobre o próprio mérito da ação e ensejando a execução provisória, não se concebe que se possa subtrair do réu o direito de defesa, sobretudo em face da regra consagrada no artigo 5º, LV, da Constituição da República, que dispõe: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Outra conclusão que se extrai da inovação trazida no artigo 273 é a de que o pedido de tutela antecipada pressupõe a existência do processo. Com efeito, diz a lei:

"O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial (.....)".

Nada se diz a respeito do prazo que o réu tem para oferecer a defesa, mas deve-se entender que é o mesmo destinado a sua resposta ao pedido inicial, quando deverá se pronunciar, também, acerca deste, alegando toda a matéria de defesa e especificando as provas que pretende produzir. É necessário atentar para a simplificação dos atos processuais, sem multiplicá-los desnecessariamente.

Se o pedido antecipatório é formulado após a defesa ou quando o processo já se encontra no tribunal, mesmo assim o réu deve ser ouvido, parecendo razoável, nesta hipótese, que se adote, por analogia, o prazo de cinco dias, previsto no artigo 802, caput, do CPC.

A regra, portanto, é a de que o réu deve ser ouvido sobre o pedido de antecipação da tutela, salvo em situações excepcionais, como na tutela específica, em que há a previsão de concessão de liminar, quando relevante o fundamento da demanda e haja justificado receio de ineficácia do provimento final.

## **NATUREZA DA DECISÃO PROFERIDA NO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.**

O artigo 162 do Código de Processo Civil classifica os atos praticados pelo juiz no processo.

Denomina sentença o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa; decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente; e são despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma.

Parece indiscutível que o ato que examina o pedido de antecipação da tutela é uma decisão interlocutória. Essa conclusão se extrai do parágrafo 5º, do artigo 273, que dispõe:

"Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento".

Portanto, a decisão proferida no pedido antecipatório não põe termo ao processo, impondo-se uma sentença terminativa, ainda que seja para confirmar a decisão proferida incidentalmente.

Especialmente no processo do trabalho, que não há recurso contra a decisão que antecipa a tutela, nada impede e até é preferível, que o juiz resolva em uma única sentença o pedido de antecipação e a tutela definitiva, pois o primeiro tem como escopo fundamental a execução provisória, já possível, na pendência de recurso, no âmbito da Justiça do Trabalho, como se colhe dos artigos 876 e 899 da CLT.

No processo civil, pondera Luiz Guilherme Marinoni (ob. cit.), que a antecipação não pode ser concedida na sentença não só porque o recurso de apelação será recebido no efeito suspensivo, mas principalmente porque o recurso adequado para a impugnação da antecipação é o de agravo de instrumento. Admitir a antecipação na sentença, segundo ele, seria dar recursos diferentes para hipóteses iguais e retirar do réu, em caso de antecipação da sentença, o direito ao recurso adequado. De acordo com o seu pensar, a antecipação deve ser concedida, quando for o caso, através de decisão interlocutória, no mesmo momento em que é proferida a sentença, naturalmente quando o juiz esteja em condições de proferir esta.

## **RECURSO.**

Da sentença caberá apelação. É a regra contida no artigo 513 do Código de Processo Civil. Sentença, como já se viu, é o ato do juiz que põe termo ao processo, extinguindo sem ou com o julgamento do mérito. Logo, a antecipação da tutela não extingue o processo e a decisão é incidente. Conseqüentemente, o recurso cabível é o de agravo de instrumento, previsto no artigo 522 e seguintes do CPC.

Daí ponderar Luiz Guilherme Marinoni que a antecipação não pode ser concedida na sentença, pois os recursos para atacar os atos são diferentes.

Pareceu-nos, em estudo anterior, ser possível a antecipação da tutela na sentença, especialmente para que não houvesse multiplicação de atos judiciais, mas a posição de Marinoni chama a atenção para um ponto relevante.

De fato, a decisão que antecipa a tutela é agravável e o agravo de instrumento não obsta o andamento do processo, ressalvado o disposto no artigo 558 (art. 497 do CPC), ao passo que da sentença caberá apelação (art. 513, CPC), que será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo, salvo nas exceções enumeradas na lei (art. 520, CPC).

No processo do trabalho o recurso ordinário corresponde ao de apelação e só interponível das decisões definitivas, segundo a regra do artigo 895 da CLT, entendendo-se como tais as que extinguem o processo, com ou sem julgamento do mérito. Assim, da decisão que antecipa a tutela não cabe qualquer recurso, salvo se apreciado, no mesmo ato, o pedido definitivo, caso em que caberá o recurso ordinário, visto que o agravo de instrumento, no processo do trabalho, restringe-se à revisão dos despachos que denegarem a interposição de recursos (arts. 897, b, CLT).

Uma pergunta aflora ao natural: qual o meio de defesa da parte prejudicada com a decisão que antecipa a tutela no processo do trabalho, se contra essa decisão não há nenhum recurso cabível?

Não existe nenhum meio de defesa e a parte só poderá atacar essa decisão por ocasião do recurso contra a sentença, salvo, é claro, contenha a decisão antecipatória ilegalidade ou abuso de poder, ferindo direito líquido e certo da parte, hipótese em que dará ensejo ao mandado de segurança, garantia prevista no artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal e na Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951.

## **EXECUÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA.**

Deferida a tutela antecipada, autoriza o artigo 273, parágrafo 3º, do CPC, que se proceda à execução, aplicando-se, no que couber, o disposto no artigo 588 do CPC, nomeadamente seus incisos II e III.

O artigo 588 do Código de Processo Civil, estabelece o seguinte:

"A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observados os seguintes princípios:

I- .....



II- não abrange os atos que importem alienação do domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento do depósito em dinheiro;

III- fica sem efeito, sobrevindo sentença que modifique ou anule a que foi objeto da execução, restituindo-se as coisas no estado anterior.

Como se verifica, a execução será sempre provisória, não abrangendo, por conseqüência, os atos que importem a alienação do domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro.

Sobrevindo sentença que modifique ou anule a decisão que foi objeto da execução, fica sem efeito esta e as coisas serão restituídas ao estado anterior.

Parece indiscutível que o artigo 588, II, está se referindo às execuções por quantia certa e a dúvida que paira reside em como se proceder nas obrigações de fazer.

O Código de Processo Civil, com a redação contida no artigo 587, parece autorizar a execução provisória da obrigação de fazer, na medida em que não faz qualquer distinção entre as diversas espécies de obrigações exequíveis.

Leve-se em conta, por outro lado, que na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, introduziu-se no artigo 461 do Código de Processo Civil o mecanismo da tutela específica, que está a exigir um novo enfoque sobre a matéria, como examinaremos logo a seguir.

## **TUTELA ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER.**

A reforma do Código de Processo Civil de dezembro de 1.994, introduziu no artigo 461 do CPC importante novidade com relação à ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, autorizando o juiz a conceder a tutela específica da obrigação.

Diferente do que ocorre na antecipação da tutela do artigo 273, na tutela específica o juiz entrega a prestação jurisdicional na sentença, salvo sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de

ineficácia do provimento final, quando é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia.

Quando a tutela específica for concedida pela via de medida liminar, esta decisão, que é de natureza interlocutória, ainda terá que ser confirmada por sentença.

Diz o artigo 461 do CPC:

"Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converte em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou para obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial".

A Lei nº 8.952, de 1994, ao criar uma disciplina nova, no texto do artigo 461, inspirou-se no artigo 84 do Código de Proteção do Consumidor, que dispõe de idêntica redação.

Algumas conseqüências já se pode extrair do referido dispositivo.

Em primeiro lugar parece não restar dúvidas que o artigo 461 do CPC aplica-se a todas as obrigações de fazer ou não fazer, fungíveis ou infungíveis, impondo-se ressaltar que a tutela específica das obrigações de prestar declaração de vontade continua subsumida ao regime próprio dos arts. 639 a 641 do CPC, que não sofreram alteração:

A última opção da lei é a conversão em perdas e danos, desde que o autor o requeira e isso não venha a agravar excessivamente o cumprimento da obrigação, ou quando impossível a tutela específica ou a obtenção de resultado prático equivalente. Contudo, mesmo em caso de conversão, as perdas e danos serão cumuláveis com a multa, que tem por finalidade pressionar o obrigado ao adimplemento:

É importante não perder de vista que a regra, agora, é a tutela específica, atingível pelo sistema de multas (astreintes) ou pela determinação de providências capazes de assegurar o resultado prático equivalente ao adimplemento. A multa, portanto, funciona como instrumento de pressão psicológica, poderíamos dizer que é um verdadeiro chicote jurídico:

Caberá à sensibilidade do juiz optar entre as astreintes, cumuladas com as medidas sub-rogatórias capazes de levar ao resultado prático equivalente ao adimplemento, ou decidir pela tomada imediata e exclusiva destas:

Se o juiz optar pela multa, que independe de pedido do autor, deverá fixar prazo razoável ao obrigado para o cumprimento do preceito, sem prejuízo, quando possível, das medidas sub-rogatórias capazes de levar ao resultado prático equivalente ao adimplemento:

A determinação do cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer pode vir em sentença final ou ser provisoriamente antecipada, sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, liminarmente ou mediante justificação prévia.

neste último caso com citação do réu. Trata-se de regra específica para esse tipo de tutela, desdobramento do princípio geral da antecipação dos efeitos de qualquer tutela jurisdicional, introduzida no novo art. 273.

Descumprido o preceito da sentença ou de sua antecipação, passa-se às medidas executivas *lato sensu*, no mesmo processo de conhecimento já instaurado: se se tratar de obrigação de prestar declaração de vontade, aplica-se o sistema dos artigos 639 a 641 do CPC, pois a sentença constitutiva já produz resultado equivalente ao da declaração; se se tratar de prestação fungível, que possa ser prestada por terceiro, a hipótese subsume-se ao disposto no art. 634 do CPC - inalterado, que não deixa de configurar medida sub-rogatória enquadrável no § 5º do art. 461, independente, portanto, do processo separado de execução; nas demais hipóteses, a multa se torna exigível e, sempre que possível, o juiz procederá de imediato a tomada das providências sub-rogatórias exemplificadas no § 5º do art. 461, para atingir o resultado equivalente ao adimplemento, sem necessidade de processo de execução.<sup>(7)</sup>

Nesta altura é preciso dizer se a antecipação da tutela e a tutela específica é compatível com o processo do trabalho.

O artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece que:

"Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título".

Parece indiscutível que as inovações trazidas nos artigos 273 e 461 do CPC, são plenamente compatíveis com o processo do trabalho, cabendo a prudência e a sensibilidade do juiz examinar concretamente as hipóteses em que é cabível a antecipação da tutela e a tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer.

---

<sup>(7)</sup> Ada Pellegrini Grinover, *Revista Trabalho & Processo*, junho de 1995, Saraiva.

# INEXISTÊNCIA DE LICENÇA ESPECIAL PARA OS MAGISTRADOS TRABALHISTAS

*Ricardo Sampaio<sup>(\*)</sup>*

**Sumário:** 1) Pretensão à licença; 2) Argumentos em Prol; 3) Órgão Desautorizado; 4) Servidores e MP; 5) O Anteprojeto da LOMAN; 6) O TCU - Tribunal de Contas da União; 7) O STF e a Inconstitucionalidade; 8) Lei Federal; 9) Império da Lei.

## **1. Pretensão à Licença**

Muitos magistrados do trabalho brasileiros entendem possuir direito à chamada “licença especial”, também conhecida como “licença-prêmio”. Consiste no direito de não trabalhar por três meses a cada cinco anos de serviço, sem prejuízo de férias, recesso judiciário e outros afastamentos. Esta vantagem está expressamente prevista tanto para os servidores públicos, estes pela Lei 8.112/90, como para os membros do Ministério Público, estes pela Lei Complementar 75/93.

Para os juízes, incluídos os do trabalho, não existe lei permissiva expressa concedendo o mesmo benefício. Por isto, os que defendem sua inserção no rol dos que dela já desfrutam acenam diversos argumentos em seu favor. Diversos tribunais do trabalho a concedem pela via administrativa, embora variem os entendimentos.

## **2. Argumentos em Prol**

Sustentam os magistrados e as decisões favoráveis, em síntese, em abono da pretensão: a) são servidores públicos em sentido lato; b) não são menos importantes do que os membros do Ministério Público; c) setores da Justiça Federal também a concederiam a seus magistrados; d) a Constituição Federal consagra o princípio da isonomia; e) também o recesso da Justiça do Trabalho resulta de empréstimo, por analogia, de lei pertinente a outro segmento do Judiciário; f) a Lei Orgânica da Magistratura não proibiria outras licenças; g) os tribunais possuem autonomia administrativa, conforme a atual Constituição Federal.

---

<sup>(\*)</sup> Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho-9ª Região.

Todos os argumentos caem, porém, a uma análise detida do assunto. A invocação a outras categorias do serviço público é incabível, por exemplo, pela elementar razão da dificuldade de aplicar-se o método da analogia em direito administrativo. Sem lei expressa, os juizes não podem auto-conceder-se licenças não previstas em seu estatuto, mormente se isto for efetuado pela via administrativa interna, sem sequer o contraditório e a fiscalização da nação.

### **3. Órgão Desautorizado**

Sustentar-se, pois, que como a lei “não proíbe” a instituição da licença, ela poderia ser livremente instituída, é aberrar dos princípios. Neste campo, a permissão de fazer tem que ser clara e taxativa.

JOÃO FÉDER cita a lição de KELSEN, repetida por BILAC PINTO, a respeito desta necessidade expressa da lei a guiar os atos concessivos do administrador: *“O indivíduo que não age como órgão do Estado pode fazer tudo o que não seja proibido pela ordem legal, enquanto que o Estado, isto é, o indivíduo que age como órgão do Estado pode fazer apenas aquilo que a ordem legal o autorize a fazer. Do ponto de vista da técnica legal, portanto, é supérfluo estatuir proibições para um órgão do Estado. BASTA NÃO AUTORIZÁ-LO”* (in “O Estado e a Sobrevida da Corrupção”, pág. 33, ed. única, grifei).

Impõe-se, pois, uma primeira conclusão: não podem os Tribunais do Trabalho, nem administrativa, nem judiciariamente, conceder licenças a seus membros apenas porque não seriam proibidas. Não sendo autorizadas já estão proibidas!

### **4. Servidores e MP**

Compreende-se até que os juizes fiquem inconformados com o que lhes parece um tratamento mais vantajoso ao Ministério Público e aos servidores públicos. O equívoco está, porém, em pretender o mesmo sem lei, enquanto que aquelas instituições a possuem. Em outros trabalhos, já acentuei a inconveniência da licença especial ao menos em relação aos ilustres membros do “parquet”. Mas, decididamente, não podem os magistrados querer o mesmo benefício, à luz do atual ordenamento jurídico. Mesmo quanto aos servidores, a licença virtualmente, acabou pela MP 1.522, de 11/out/1996. Já nem podem ser convocados para uso do método analógico!

Na esteira da lição de KELSEM, verifica-se que a Lei Complementar 35/79 prevê o afastamento do magistrado, em seu art. 73, apenas para frequência a cursos, para a Justiça Eleitoral e para o exercício da presidência de associação de classe. Logo, não autoriza outras licenças!

## **5. O Anteprojeto da LOMAN**

Mesmo o anteprojeto de lei orgânica da magistratura, encaminhado à Câmara dos Deputados, quase quatro anos atrás, não prevê a licença especial. Pode-se argumentar que, então, continuaria aberto o caminho para instituí-la pela via administrativa. Mas o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que é o autor do anteprojeto, rechaça esta possibilidade, filiando-se à tese já exposta de que os órgãos do Estado só podem fazer aquilo a que estão autorizados.

Se isto vale para a futura LOMAN, vale obviamente para a atual. Com efeito, lê-se na “exposição de motivos” que acompanhou o anteprojeto: *“O Projeto não prevê nem a licença especial ou licença-prêmio, nem a licença, não remunerada, para tratar de interesses particulares, a partir da compreensão de sua inconveniência no âmbito da Magistratura e pelos prejuízos que podem acarretar à normalidade dos serviços judiciários, sempre carentes de juizes, nas diferentes instâncias e jurisdições, como resulta da análise das estatísticas forenses.”* (grifei).

Vê-se, assim, que a mais alta Corte de Justiça não queria e não quer a instituição da licença especial. A “exposição de motivos”, a par da referência aos distúrbios que ela causaria na celeridade dos trabalhos judiciários, ainda oferece outra razão para sua inconveniência: *“-A não-garantia dessas licenças, no Projeto, reforça, de outra parte, a conveniência de manter-se, no âmbito da Magistratura, o sistema de férias anuais de sessenta dias.”*

Mostra-se o Excelso Pretório, pois, sensível às cobranças sociais de menos vantagens à carreira do juiz. Abre mão de parte delas, para conservar algumas outras, que são - estas sim - verdadeiras prerrogativas. Daí ser inevitável a constatação de que agem com insensibilidade as cortes judiciais inferiores que discrepam desta orientação, o que poderá ter graves conseqüências para o conjunto de prerrogativas dos magistrados, quando da inevitável reforma do Poder Judiciário.

## 6. O TCU

Acresce notar que paulatinamente foi o Tribunal de Contas da União dirigindo-se para a mesma conclusão: é incabível a licença especial para os magistrados. Depois de vedar a contagem em dobro para efeito de aposentadoria do juiz, determinou já em 1993, por sua 2ª Câmara, que o Tribunal do Trabalho do Paraná (9ª Região) suspendesse “por falta de amparo legal, a concessão de licença especial aos Juizes” (grifei). Tal norma vale para todas as demais Cortes, inclusive para a Justiça Federal.

Ignorar-se determinação do TCU é negar vigência ao inc. IV do art. 71 da Constituição Federal de 1988. Por ele, mesmo o Poder Judiciário está sujeito às inspeções e auditorias inclusive de caráter operacional, na via administrativa.

## 7. O STF e a Inconstitucionalidade

Recentemente, porém, o Excelso Supremo Tribunal Federal veio a se manifestar sobre o tema, em decisão judiciária na Ação Originária nº 155-2, oriunda do Rio Grande do Sul. Discutiram-se alguns artigos de diferentes leis daquele Estado, que concediam a vantagem denegada na origem, e objeto de mandado de segurança.

Pois bem.

Em acórdão de que foi relator o eminente Ministro Octávio Gallotti, assentou-se que “Perante a enumeração exaustiva do art. 69 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35-79), ficam revogadas as leis estaduais concessivas do direito de licença prêmio ou especial aos magistrados, aos quais, igualmente, não se aplicam as normas que confirmam esse mesmo direito aos servidores públicos em geral. Mandado de Segurança, por tal fundamento, indeferido.” (in “DJU, 10/nov/1995, grifei).

## 8. Lei Federal

Pode-se argumentar que, afinal, o tema era específico sobre uma lei estadual, com a esperança que, não sendo a decisão administrativa de um tribunal federal uma lei, então esta teria que ser respeitada ao conceder a licença. A par de se tratar de um argumento mambembe e claramente



fisiológico. tem-se que nem mesmo a uma lei federal abre o Supremo Tribunal exceção!

Tanto é assim que, do corpo do voto, extrai-se o ensinamento que “... a *Lei Orgânica da Magistratura estabelece um regime taxativo de direitos e vantagens dos magistrados, recebido pela Constituição de 1988, e insuscetível de modificação por meio de legislação estadual de qualquer hierarquia, BEM COMO DE LEI ORDINÁRIA FEDERAL.*” (grifei, destaquei).

Para os que sustentam que a LOMAN apenas estabeleceu alguns princípios, podendo outros ser concedidos, a pá-de-cal advém, na mesma ação, quando do voto do eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Assentou ele, ao filiar-se à corrente do relator: “*Os direitos e vantagens, estabelecidos no ‘Estatuto da Magistratura’, são o mínimo a impedir que os possa restringir o legislador local, mas são também QUAIXIMO, a desestimular, enfim, qualquer ‘troca institucional de boas vontades’ entre os Poderes, na órbita local.*” (grifei, destaquei).

Em suma, pela vontade do Supremo Tribunal, nem por lei ordinária estadual, nem por lei federal, pode-se dar mais do que a LOMAN dá ou permite. Obviamente, não se pode dar pelo menos, ou seja, pela via administrativa interna dos tribunais inferiores, visto que estas decisões não têm sequer o “status” da própria lei.

## **9. Império da Lei**

Não tem este trabalho o propósito de discutir se o Excelso Pretório está juridicamente correto ou não. Mas é preciso lembrar, ainda com JOÃO FÉDER, que já Helvécio proclamava, em 1758, a necessidade do “império da lei”: “*as boas leis constituem a única maneira de tornar os homens virtuosos*”, contrapondo-se ao pensamento de ARISTÓTELES, para quem “*Um Estado é melhor governado por um bom homem do por uma boa lei.*” O tempo e os próprios homens comprovaram que, sem a lei, abria-se a porta do abuso do corporativismo e da própria tirania.

Compreensível é, entretanto, a irritação dos juízes que, desde 1988, vêem outras importantes categorias e classes do serviço público e instituições diversas conquistando prerrogativas e vantagens, nem sempre extensíveis ao Judiciário. Mas isto só é possível pela via legal expressa, com

ampla exposição pública e clareza de propósitos. Nos difíceis tempos atuais, o desafio ao entendimento do STF, em matéria de economia própria de magistrados, é uma provocação para represálias dos demais poderes e setores ao Judiciário.

No mínimo, é ser imprudente. É desaprender, senão da justiça, ao menos de elementar cautela. Afinal, desde XENOFONTE ouve-se que a justiça é também uma “... *virtude que se aprende. Mas para ser justo é preciso ser prudente e um homem imprudente não pode de repente fazer-se justo.*”

# GLOBALIZAÇÃO, TERCEIRIZAÇÃO E PRINCÍPIO DE ISONOMIA SALARIAL

*Reginaldo Melhado<sup>(\*)</sup>*

**Sumário:** 1. Introdução 2. Conceito 3. Cenário socioeconômico da terceirização 4. Evolução jurisprudencial 5. Terceirização e direito à isonomia salarial 6. Conclusão

## 1. Introdução

A jurisprudência dominante em diversos tribunais e, notadamente, as concepções materializadas na Súmula 331 do TST, fixaram-se no sentido de que, nas situações em que ocorre a terceirização, o direito à isonomia salarial entre os trabalhadores das empresas contratante e contratada estaria restrito às hipóteses em que o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços é judicialmente declarado.

Este ensaio tem por objetivo fundamental sustentar que, mediante determinadas condições específicas, o direito à referida isonomia salarial deve ser observado também nos casos em que a terceirização é considerada lícita. Vale dizer: asseverar que, dados certos requisitos fático-jurídicos, o empregado de uma empresa subcontratada faz jus à mesma retribuição salarial outorgada ao trabalhador de posto equivalente da empresa tomadora dos seus serviços, ainda que a subcontratação seja vincada de liceidade.

Embora pareça caminhar na contramão do pensamento dominante, esta "tese" está lastrada em considerações de ordem hermenêutica e sociológica que via de regra não têm sido sopesadas pelos operadores jurídicos. Não se pode dizer, com efeito, que seus argumentos já tenham sido vencidos: apenas não foram apreciados. Move-nos pois a intenção de mesclar o debate com uma argumentação quiçá inovadora ou pouco manejada na literatura especializada e na jurisprudência sobre a matéria.

---

<sup>(\*)</sup> Juiz Titular da 3ª JCJ de Maringá (Paraná, doutorando em Filosofia Jurídica, Moral e Política pela Universidade de Barcelona, membro da AMLATRA - IV e da Associação Juizes para a Democracia.

Para tanto o texto que se segue fixa, de início, elementos conceituais básicos. Em seguida analisa-se, ainda que *en passant*, o contexto socioeconômico da terceirização, reflexão cuja importância se acentua ante a relevância da ponderação de elementos sociológicos na análise da ordem normativa e da controvérsia fático-processual subjacentes ao processo<sup>1)</sup>. O item 4 traz um esboço da evolução da jurisprudencial sobre a matéria. No item 5 vem exposta a proposição quanto ao direito à isonomia salarial na hipótese referida, seguindo-se algumas notas à guisa de conclusão.

## 2. Conceito

A terceirização é neologismo, aparentemente de origem gaúcha. O termo não se encontra dicionarizado e designa o mecanismo pelo qual uma pessoa jurídica comete a outras atividades não essenciais aos seus objetivos empresariais. Mais conhecido na Europa como subcontratação, o fenômeno jurídico também é denominado reconcentração, focalização ou descentralização.

O vocábulo adotado no Brasil - terceirização - revela a prevalência de uma perspectiva do Direito do Trabalho, a partir do qual a nova expressão foi cunhada: à luz do contrato de emprego e somente a partir dele o contratado a quem se transferem atividades de uma empresa é "terceiro". Empregado e empregador figuram na relação originariamente angular como *primus* e *secundus*. Da terceirização resulta um liame triangular entre os agentes da produção.

Segundo a ótica daqueles que pactuam com a subcontratação (isto é, das empresas contratante e subcontratada), terceiro talvez seja o próprio empregado, estranho à relação jurídica ancorada em um contrato bilateral regido pelo Direito Civil<sup>2)</sup>.

Através de técnicas instrumentais de subcontratação uma empresa transfere a terceiro etapas do processo de produção de bens ou serviços ou mesmo a sua comercialização. Àquela designa-se empresa

---

<sup>1)</sup> Essa ponderação "multidisciplinar" é sempre necessária. Não obstante, no caso específico da terceirização o estudo da legislação e o exame dos fatos a serem subsumidos a ela requer ao juiz um extraordinário desprendimento para tomar em consideração os fatores sociológicos, econômicos e políticos inexoravelmente imbricados ao jurídico.

<sup>2)</sup> ROMITA, Arion S., *Terceirização e o Direito do Trabalho*, Ltr 56-03, p. 273.

principal. empresa cedente ou empresa contratante. À esta, empresa subcontratada, que passa a ser responsável por fases ou atividades integrantes do ciclo produtivo originário. Ocorre assim a "fragmentação ou decomposição dos processos produtivos e a exteriorização de funções complementares, auxiliares ou acessórias, sobretudo no setor de serviços"<sup>(3)</sup>.

### 3. Cenário socioeconômico da terceirização

O mais característico fenômeno da fase atual do capitalismo é a internacionalização da economia. O processo de globalização em certo aspecto inverteu uma lógica peculiar do modo de produção capitalista. Nos seus primórdios, e até muito recentemente, o sistema de "economia de mercado" apresentava tendências à concentração de grandes massas de operários no ambiente fabril. Cada vez mais sofisticada, a tecnologia criava grandes indústrias e agrupava um número continuamente maior de operários nas unidades fabris.

Este cenário levou Marx a conceber a revolução proletária como uma espécie de sombra do capitalismo<sup>(4)</sup>. Instituído uma nova sociedade política, e um Estado feito à sua imagem e semelhança, a revolução burguesa teria aberto as duas grandes trilhas para a possibilidade de uma outra transformação social, agora capitaneada pelo proletariado e pelo espectro do socialismo.

Os dois fatores objetivos primários da possibilidade de transformação social seriam, de um lado, as crises decorrentes da superprodução ocasionada pelas tecnologias crescentemente sofisticadas. Gerada pela progressiva potenciação da força de trabalho e, com efeito, da taxa de lucro, a superprodução - além de uma crise de concorrência capitalista - acarretaria instabilidade às massas de trabalhadores e seria também a força motriz permanente de crises sociais e portanto políticas. Como outra face de uma mesma moeda, o modo de produção capitalista mostrava, de outro lado, a indefectível tendência à proletarização crescente dos setores médios da sociedade. Concentrava imensas massas operárias na grande indústria, homogeneizando seu padrão de vida na miséria dos baixos

---

<sup>(3)</sup> MONERO PÉRES, José Luis, *A responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos*. *Ibidem*, Madri, 1994, p. 26.

<sup>(4)</sup> A idéia de como a revolução burguesa gera as condições da revolução proletária, no pensamento de MARX, foi extraída *Manifesto (...)*, in *Obras escolhidas*, Alfa-Omega, São Paulo, entre outros textos.

salários. na desprofissionalização do operário. no melancólico domínio do trabalho vivo sobre o trabalho morto<sup>(5)</sup> Outorgava-lhes pois as condições objetivas à sua organização em torno de interesses imediatos que. no processo de lutas. poderia descortinar objetivos políticos mais amplos a sociedade socialista A socialização do processo do trabalho aparecia pois como um fator objetivo da ação coletiva

A subcontratação - ao lado do caráter da transnacionalização do grande capital - como se disse em certa medida inverte esta tendência característica do capitalismo Com ela a produção faz redivivo o trabalho atomizado ao qual corresponderá a pulverização das organizações sindicais correspondentes a estas novas formas de organização da produção capitalista

Fruto de uma gigantesca revolução macroeletrônica e tecnológica e de um perfil de concorrência capitalista jamais experimentado. a globalização econômica acarretou duas consequências fundamentais para as relações de trabalho De um lado. o fenômeno da descentralização dos ciclos produtivos Fez nascer sistemas de interconexão de atividades empresariais baseados em pequenas e microempresas e até mesmo no trabalho independente de profissionais ou consultores (self-employed) A informática tornou possível o trabalho a domicílio. contactado à tomadora de serviços por computadores Surgem novos e mais eficientes métodos de controle do trabalhador<sup>(6)</sup>

---

<sup>(5)</sup> MARX, Karl, *El capital, Critica de la economía política, Livro I, Edición OME, trad Mameel Sacristan, Barcelona-Buenos Aires-México, 1976, p 55* Referia-se Marx especialmente ao fato de que a industrialização subtraiu aos trabalhadores de ofício da fase pre-capitalista o controle sobre os tempos e os ritmos de fabricação com a divisão social do trabalho na fábrica, e sobretudo com as técnicas organização fabril de uma racionalidade que viria a ganhar seu apogeu com o taylorismo e do fordismo, o ritmo da máquina passou a dominar definitivamente a intensidade do trabalho Sobre o tema, v CORLAT, Benjamin, *L' atelier et le chronometre Essai sur le taylorisme, le fordisme et la production de masse*, Cristian Bourgois Editeur, Paris, 1979

<sup>(6)</sup> *O território da luta de classes passa por uma metamorfose "a diferença entre a mercadoria (genérica) que se compra e a que se incorpora à produção, a força de trabalho, e tão certa em sua consignação como as matérias primas, o que se compra se gasta sem margens de erro"* (O VEJERO LUCAS, Félix, *Interesses de todos, acciones de cada uno Crisis del socialismo, ecologia Y emancipacion, Siglo Veintiuno, Madrid, 1989, p 118*)

De outro lado, as grandes corporações industriais disseminam sua atuação em diversos pontos do planeta e derrubam fronteiras nacionais. Na esteira da revolução da informática e da potenciação dos meios de comunicação e transporte, escolhem em que país produzir cada fração dos seus produtos mediante a compra da mão-de-obra mais barata. A pouco e pouco o velho Estado nacional é esgarçado e acelera-se a concentração do poder econômico. O desemprego estrutural atinge um terço dos trabalhadores do planeta.

Os dois marcos da globalização - o trabalho atomizado e o colosso transnacional - fundem-se dialeticamente: feito duas faces de uma mesma moeda, são resultado de novas técnicas de organização da produção, de controle social do trabalho, de relações industriais ou, numa só palavra, da "japonização" - ou toyotização - da empresa moderna.

Confrontando-se com as lógicas do fordismo e da racionalidade ocidental, a empresa japonesa ancora-se nos princípios do just-in-time e de relações laborais de implicação incitada<sup>(7)</sup>. Forja um modelo de representação obreira completamente cooptada pelos interesses patronais, destruindo qualquer possibilidade de um sindicalismo autêntico. Articula técnicas de retribuição pecuniária, progressão funcional e formação profissional capaz de fundir integralmente os interesses do assalariado aos da empresa. Constrói um formidável conjunto de contrapartidas e vantagens condicionadas que leva alguns teóricos a designarem essas formas de relações de trabalho como de tipo neofeudal, "potencialmente adequadas a apoderar-se de cada momento existencial do trabalhador"<sup>(8)</sup>.

A descentralização atomiza a divisão do trabalho e inverte a lógica inicial do capitalismo, propensa a concentrar grandes massas de operários em uma mesma planta industrial. Agora esses operários são retirados da fábrica, montam seu próprio negócio, dispersam-se em pequenas empresas. Voltam para suas casas, prestam serviço a domicílio. O trabalho é literalmente atomizado, feito partículas descondensadas.

---

<sup>(7)</sup> *Sobre os traços fundamentais da "toyotização"*, v. CORIAT, B. *Penser à l' envers. Travail et organisation dans l' entreprise japonaise*, Cristian Bourgois Editeur, Paris, 1991.

<sup>(8)</sup> GAETA, Lorenzo, *La dignidad del trabajador y las 'perturbaciones' de la innovacion*, in BAYLOS, A. e APARICIO (org), *J. Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992, p. 73.

Os paradigmas de estrutura sindical são desarticulados: não funcionam a representação por empresa, por atividade econômica, por profissão. Com a japonização ohniana trabalhador e empresa se fundem: aquele pertence e depende desta. Restabelecem-se os laços personalistas e fiduciários algo semelhantes aos dos modos de produção feudal e gerando modernas relações de vassalagem<sup>(9)</sup>. Cibernética neomedieval!

No sistema estruturação sindical brasileiro, via de regra agregados em um único sindicato, os trabalhadores de uma mesma empresa passam a vincular-se a diversas associações profissionais, por ser o seu enquadramento definido pela atividade predominante dos empregadores. Se há terceirização, há o sindicato que representa os trabalhadores da empresa contratante e os muitos sindicatos representativos dos empregados das empresas terceirizadas, além daqueles que compreendem os integrantes das chamadas categorias diferenciadas. O resultado desse processo é o enfraquecimento do movimento sindical.

Com pluralismo e liberdade sindicais, seria viável enfrentar este quadro factual reunindo sob a égide de uma mesma entidade trabalhadores de empresas integrantes diversos ramos de atividade mediante o simples requisito de existência entre eles solidariedade de interesses econômicos. Aliás, a real liberdade associativa deveria descortinar a possibilidade da organização de sindicatos por empresa ou abrangendo a representação de determinadas empresas, prática já vivenciada em diversos países. A "reforma" do Estado, tão alardeada pelo neoliberalismo, não é entretanto capaz de tocar na estrutura sindical... As organizações de trabalhadores não conseguem construir sua unidade na concretude da luta política e são incapazes de prescindir do artifício da unicidade sindical imposta pelo Estado, cuja espinha dorsal é o enquadramento associativo a partir da atividade predominante do empregador.

Os arautos da terceirização defendem-na como tendência à especialização mercadológica e ao conseqüente aprimoramento da produção. Sensível à noção de qualidade total - quase um *frisson* -, o capitalismo moderno estaria propugnando pelo *enxugamento* dos quadros de pessoal das grandes corporações empresariais. O objetivo maior da terceirização seria permitir ao empresário a concentração de investimentos e atenções no foco de sua atividade. Secundariamente ela evitaria aglomerações no mesmo

---

<sup>(9)</sup> GAETA, Lorenzo, *op. cit.*, p. 72, 73.



estabelecimento. racionalizaria a produção e a prestação de serviços e, logo, melhoraria as condições de trabalho. Ao Estado mínimo da onda neoliberal corresponderia a empresa mínima!

O que se pretende deixar assentado é que a terceirização é uma das substâncias componentes da profunda transformação dos métodos de organização da produção capitalista - cujas origens estão nos anos 70 e na gênese do processo de globalização - que identificam uma fase a que muitos teóricos da economia denominam *pós-taylorismo* ou *pós-fordismo* e que alguns sociólogos mais apressados ousam chamar *pós-capitalismo* ou *neofeudalismo*. Já não se trata agora de gostar ou não da terceirização, mas de estabelecer possibilidades racionais e eticamente aceitáveis de sua prática no interior dessa nova realidade.

No Brasil, segundo Manager Assessoria de Recursos Humanos, já se encontram terceirizados ou em fase de terceirização:

- 76.7% dos serviços de limpeza e conservação de ambientes;
- 70.0% dos serviços de preparação e distribuição de refeições;
- 66.7% dos serviços de vigilância e segurança patrimonial;
- 60.3% dos serviços médico-assistenciais; e
- 60.0% dos serviços de transporte de funcionários<sup>(10)</sup>.

Pesquisa do Dieese mostra que 72.5% dos benefícios sociais das empresas prestadoras de serviços (as terceiras) contratadas são menores que os vigentes na empresa cliente. O nível salarial é inferior ao praticado pelas tomadoras de serviços em nada menos que 67.5% das empresas subcontratadas. Somente a Caixa Econômica Federal, revelam os dados, chegou a contar com cerca de 17.500 estagiários e milhares de trabalhadores contratados por empresas interpostas. No setor público a terceirização, muitas vezes imprescindível, enseja distorções das mais graves. São ilustrativas do quadro caótico em que ela se inscreve estas emblemáticas declarações do Chefe de Polícia do Rio de Janeiro: "A polícia paga R\$ 1.200 para cada faxineiro que trabalha lá, contratado por uma firma particular.

---

<sup>(10)</sup> Cf. Brito, Armando, *O contrato realidade e a terceirização*, Ltr 58-2, p. 136.

Sabe quanto o faxineiro recebe? Só R\$ 100. Para onde vai o resto do dinheiro? Assim fica difícil convencer o policial de que ele não deve ser corrupto<sup>(11)</sup>.

Não obstante é preciso reconhecer que, com a terceirização, longe de melhoria, as condições de trabalho pioram em termos de segurança e higiene, inclusive em razão da menor estrutura das empresas subcontratadas. Além disso, o processo de subcontratação também dificulta a integração e a participação dos trabalhadores na empresa, pois torna ocasional o contato com a empresa tomadora de serviços e não raro também com a prestadora "terceirizada". Não é empiricamente viável, por exemplo, a participação nos lucros e na gestão da empresa pelos trabalhadores temporários, regidos pela Lei n.º 6.019, de 3.1.74. Referidos trabalhadores em tese podem ter acesso à participação nos lucros e na gestão da própria empresa de trabalho temporário; entretanto, sua força de trabalho não é destinada a elas e sim à tomadora de serviços.

Este quadro não é peculiar ao Brasil, senão uma característica universal. Monero Pérez destaca esse caráter patológico e socialmente nocivo da terceirização, referindo-se à "subcontratação feita com a finalidade (quando não exclusiva, ao menos principal) de dispor de mão-de-obra em condições laborais mais precárias, promovendo assim a segmentação entre o pessoal que forma parte do *núcleo* protegido do ciclo produtivo (os da empresa principal) e os trabalhadores inseridos na *periferia* do mesmo, pertencentes a uma empresa auxiliar, menos protegidos, e com farta frequência com emprego precário"<sup>(12)</sup>

Justamente por trazer o risco - já materializado em muitos países, inclusive no Brasil - de constituir uma nova escória, um trabalhador de segunda classe em igual profissão, os operadores do direito devem pensar a terceirização a partir de marcos de reflexão mais amplos.

Aliás, uma subdivisão estamental do trabalho no interior da empresa - diria eu - não é propriamente um elemento "patológico". Não se cuida de um distúrbio no interior de um sistema que funciona ou pode funcionar de forma regular e saudável. Trata-se isto sim de um pilar fundamental da idéia da redução dos estoques a níveis mínimos, teoria em

---

(11) *Jornal Folha de S. Paulo*, 09-10-95, p. 2.

(12) MONERO PÉRES, José Luis, *A responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos*, ob. cit., p. 90.

que se funda o onhismo (ou toyotismo). O núcleo duro da produção industrial seria formado por um conjunto de operários de alta formação integrantes dos quadros fixos, aos quais novos métodos de organização de pessoal estariam voltados (emprego estável, salários razoáveis, formação profissional e toda uma técnica de implicações incitadas mediante condicionalidades não contratualizadas). Na periferia estariam os trabalhadores de um quadro volátil e dinâmico, destinado a ajustar seu tamanho às dimensões da demanda e às contingências da concorrência. O estamento periférico proviria da subcontratação ou seriam trabalhadores admitidos mediante contratos temporários. Sintomaticamente, a flexibilização do mercado laboral e portanto do direito do trabalho ocupam um lugar fundamental no discurso da modernização econômica.

#### 4. Evolução jurisprudencial

Duas etapas marcam a evolução jurisprudencial mais recente sobre o tema no Brasil. A primeira delas, compreendida entre 1986 e 1993, é representada pela Súmula 256 do C. TST:

“Salvo os casos previstos nas Leis ns. 6.019, de 3.1.74, e 7.102, de 20.6.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços” (DJU de 30-09-86).

O verbete mostra a forte influência exercida pela teoria do contrato realidade sobre a orientação dos tribunais. Examinado apressadamente, o didático e genérico preceito jurisprudencial levaria à conclusão de que se reputava ilegal toda e qualquer contrato de prestação de serviços por interposta pessoa que não se amolde aos casos previstos nas Leis 6.019/74 e 7.102/83. Imensa vala comum, ele poderia ser aplicável, *verbi gratia*, até mesmo nos casos de empreitada e na prestação de serviços de assistência técnica em elevadores ou guindastes.

Ecoando nas cortes de justiça, o discurso neoliberal provocou a edição da Súmula 331 do TST, de 21 de dezembro de 1993, que veio a cancelar parcialmente a terceirização no âmbito da iniciativa privada nos seus incisos I e III:

"I. A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de contrato temporário (Lei n.º 6.019, de 3.1.74).

III. Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n.º 7.102, de 20-06-83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

O verbete adota orientação dogmática presente no direito comparado, sobretudo na experiência da sempre paradigmática República Argentina, com a qual nos irmanamos no chamado "efeito orloff".

Trata-se de coibir, em princípio, a merchandage, i. é, a mera intermediação de mão-de-obra, e sancionar a contratação de serviços especializados atinentes à atividade-meio do tomador de serviços. A proposição consagrada na Súmula 331 do TST reconhece legitimidade à subcontratação como regra geral, apenas excepcionada se:

- não houver especialização da subcontratada;
- os serviços forem alheios à atividade-fim da tomadora de serviços;
- não houver pessoalidade e subordinação direta.

Quanto a este último requisito, há na dicção do inciso III do verbete um binômio: não basta apenas a pessoalidade ao aperfeiçoamento do contrato de emprego entre o tomador de serviços e o trabalhador contratado por terceiro; no mesmo compasso, sequer a subordinação direta, isoladamente, é suficiente a tanto. É necessário o implemento simultâneo destas duas condições.

Para o TST haverá pessoalidade se o trabalhador, *verbi gratia*, prestar serviços à mesma organização durante longos anos, sobretudo se contratado por mais de uma empresa prestadora de serviços<sup>(13)</sup>; mas não se terá como aperfeiçoado o vínculo com o tomador subcontratante se ausente a

---

<sup>(13)</sup> Situação fática, aliás, bastante comum.

subordinação direta. Em contrapartida, também não haverá fraude se se verificar a subordinação direta à empresa contratante, mas a prestação de serviços for realizada por diversos trabalhadores de modo impessoal<sup>(14)</sup>.

A "interpretação" da súmula<sup>(15)</sup> vem ensejando divergências quanto ao conceito de atividade-fim e atividade-meio. Segundo mostra Amorim Robortella, na Argentina duas correntes contendem acerca da matéria<sup>(16)</sup>: a que adota orientação restritiva, reputando atividade principal apenas aquela ligada íntima e essencialmente ao objeto da empresa, e a ampliativa, que leva em conta o processo produtivo em sua íntegra e abrange também serviços secundários como a limpeza e a segurança. Segundo estudos citados pelo autor, a corrente ampliativa encontra mais adeptos<sup>(17)</sup>.

Um exemplo típico do dilema em que a definição de atividade-fim se inscreve é dado pela indústria automobilística: as montadoras adquirem de outros fabricantes inúmeras peças e acessórios (volante de direção, bancos, instrumentos, faróis etc.)<sup>(18)</sup>. Se o objetivo primordial da empresa é a fabricação de veículos, e se um veículo não pode trafegar sem volante, bancos e faróis, a indústria automobilística está terceirizando etapas de produção ligadas à sua atividade-fim. Nem por isto alguém pode sustentar com razoabilidade que o procedimento das montadoras é ilegal. Não o é.

A solução encontrada pelo direito francês parece-nos bastante interessante. É reputada legal a subcontratação se a empresa prestadora de serviços atende aos requisitos de:

---

<sup>(14)</sup> *P. ex., se há rotatividade: diversos empregados da prestadora de serviços atuam no estabelecimento, ou os mesmos empregados prestam serviços para múltiplas tomadoras.*

<sup>(15)</sup> *A rigor, o enunciado de uma súmula não careceria de interpretação, pois, ela própria traduz a interpretação dada pelo tribunal à norma ou situação jurídica específica, pondo fim a uma dissensão jurisprudencial anterior. Este entretanto não é bem o caso das súmulas do TST, autênticos diplomas legislativos.*

<sup>(16)</sup> 16. *Op. cit.*, p. 943.

<sup>(17)</sup> *idem*

<sup>(18)</sup> *Em termos de valor agregado, a GM norte-americana fabrica 70% dos seus veículos e subcontrata 30% dele. A Toyota japonesa adquire de provedores ordinários, subcontratadas e empresas associadas nada menos que 73,5% dos seus veículos, produzindo internamente apenas 26,5% (cf. CORLAT, B. Penser à l' envers. Travail et organisation dans l' entreprise japonaise, Cristian Bourgois Editeur, Paris, 1991, trad. cast. de R. A. Dominguez Cruz, Siglo Veintiuno, Madrid, 1993, donde se cita, p. 108).*

próprias:

- a)- especialização, com lógica, dinâmica e organizações

- b)- dirige ela mesmo a atividade;

- c)- não se limita a mera intermediação de mão-de-obra;

- d)- não contrata sua remuneração com base no cômputo de horas de trabalho dos seus empregados<sup>(19)</sup>.

Na Espanha, por construção jurisprudencial, considera-se legítima a subcontratação a partir de critérios semelhantes:

- a)- a subcontratada deve ter atividade empresarial própria;

- b)- patrimônio, instrumentos e maquinaria correspondentes à referida atividade.

- c)- pessoal contratado e pago pela subcontratada, por conta desta e em troca da contraprestação contributiva;

- d)- direção e gestão próprias;

- e)- exercício direto dos benefícios, riscos e responsabilidades inerentes à condição empresarial<sup>(20)</sup>.

Com pequenas variações, este conjunto de elementos aparece também na Itália. A experiência européia é relevante e deve ser tomada como modelo para uma reflexão nacional. A observância dos requisitos mencionados acima eliminariam do cenário econômico brasileiro, de pronto, centenas de autênticos simulacros de empresas, criadas exclusivamente para proporcionar a superexploração da força de trabalho. Muitas das empresas prestadoras de serviço "terceirizado", no Brasil, são pessoas jurídicas criadas sem suporte econômico-financeiro, voltadas exclusivamente para a intermediação de mão-de-obra: os "empresários" não dirigem seus próprios

---

<sup>(19)</sup> *Robortella, op cit, p. 944.*

<sup>(20)</sup> *Cf. amplo estudo jurisprudencial in MONERO PÉRES, José Luis, A responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos, ob. cit., p. 60.*

negócios. submetendo-se ao completo monitoramento do tomador de serviços. No mais das vezes a base dos contratos é exatamente o número de horas de trabalho dos empregados.

Por esses e outros motivos a realidade brasileira requer a adoção de outros critérios. além daqueles sugeridos pela experiência francesa e espanhola. Trata-se da noção de fraude à lei e abuso de direito. que se deve fazer presente na interpretação da lei e no exame de problemas de conteúdo ético e social tão importantes.

Via de regra. não existe ato ilícito se a pessoa exerce normalmente um direito (*neminem laedit qui suo jure utitur*). Com lastro nesta parêmia. sustentam alguns que a subcontratação é invariavelmente revestida de legalidade.

Entretanto. a teoria do abuso de direito - de certa forma abraçada pelo inciso I (parte final) do art. 160 do Código Civil Brasileiro<sup>(21)</sup> - colocou uma cunha. por assim dizer. de permeio neste axioma. Lembrando Jossierand. o civilista Sílvio Rodrigues explica que "há abuso de direito quando ele não é exercido com a finalidade social para a qual foi conferido. pois os direitos são conferidos ao homem para serem usados de uma forma que se acomode ao interesse coletivo. obedecendo à sua finalidade. segundo o espírito da instituição"<sup>(22)</sup>. Com efeito. devem ser vistos como abusivos também aqueles atos jurídicos que não derivam da intenção de prejudicar a terceiro. mas efetivamente causam dano. Deve ser assim reputada a conduta da empresa que. mesmo com honestidade de propósitos. "terceiriza" suas atividades e com isto promove a redução dos níveis de salário e das condições de segurança. saúde e vida dos trabalhadores envolvidos no processo de subcontratação.

Também se conduz de modo abusivo e. logo. ilicitamente. aquele que. no aparente exercício de um direito. pratica ato de mera emulação. destinado a causar prejuízo a outrem e auferir vantagem. Quando se constata. *verbi gratia*. a criação fraudulenta de uma pessoa jurídica pelo próprio empregador com a manifesta intenção de sonegar aos seus

---

<sup>(21)</sup> Diz ele: "Não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido." A contrário senso, é ilícito o ato praticado no exercício irregular de um direito.

<sup>(22)</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil, Volume I, Parte Geral, Saraiva, 20ª ed., 1991, São Paulo, p. 141.*

empregados vantagens asseguradas à categoria originária por lei ou convenção coletiva<sup>(23)</sup>, é óbvio tratar-se de ato ilícito.

Há fraude à lei se o ato é realizado com o objetivo explícito e único de fugir à incidência das normas legais. Ela ocorre, por exemplo, se a pessoa jurídica se associa a terceiro, mediante contrato de prestação de serviços ou quejandos, para locupletar-se mediante prejuízo a outrem.

Recentemente uma grande fabricante de elevadores resolveu terceirizar os serviços de montagem e instalação de seus equipamentos. Para tanto, "criou" uma empresa especializada nesses serviços, cujos sócios passaram a ser alguns de seus próprios técnicos que, até então, eram empregados da indústria. Os trabalhadores continuaram a executar os mesmos serviços. Os supervisores passaram a ser "gerentes" ou "sócios" da nova empresa; os outros tornaram-se empregados da terceirizada. O nível salarial foi achatado. Mudou o enquadramento sindical dos trabalhadores, que formalmente passaram a estar vinculados a uma empresa de prestação de serviços e portanto não eram representados pelo sindicato dos metalúrgicos, cujas convenções coletivas de trabalho deixaram de regular os contratos individuais de trabalho. A poderosa indústria obteve vantagem aparentemente lícita: a pretexto de descentralizar sua atividade - com ou sem boas intenções - obteve proveitos econômicos e causou prejuízos aos trabalhadores. Num caso como este, à toda evidência, a categoria *atividade-fim*, em oposição à *atividade-meio*, é insuficiente para a perfeita composição dos litígios oriundos das relações jurídicas entre trabalhadores e empresas. Afinal, a montagem do elevador no edifício é ou não parte da atividade principal do fabricante do elevador? Em que medida, afinal, fabricar elevadores não é também montar o conjunto propulsor e a cabina do elevador?

Se o objetivo do tomador de serviços é "desvirtuar, impedir ou fraudar" a aplicação dos preceitos de proteção ao trabalho, os atos de contratação de mão-de-obra por prestadora de serviços serão nulos, *ex vi* do disposto no art. 9º da Consolidação. A dificuldade maior recai sobre os casos em que a finalidade - dado subjetivo da relação de direito material - não é o desvirtuamento ou a inviabilização de direitos ou a fraude à legislação.

---

<sup>(23)</sup> No Brasil, foi o caso das empresas de processamento de dados instituídas por bancos, dando ensejo à edição da Súmula 239 do TST.



A aplicação da lei não pode resultar em relações sociais de desigualdade e injustiça. Sob este enfoque, a liceidade da terceirização haverá de ser examinada em cada caso concreto, cabendo ao juiz verificar se dela resultam prejuízos ao trabalhador. Havendo gravame, o ato jurídico será nulo, senão pelas diversas razões aqui esposadas, ao menos por contrariar a orientação política da Constituição da República no sentido de construção de uma sociedade justa e igualitária (art. 3º, I).

Como se vê, muitas vezes o prejuízo ao interesse direto dos trabalhadores não decorre da terceirização em si mesma e sim da forma como ela é realizada, em particular no Brasil.

### 5. Terceirização e direito à isonomia salarial

É preciso forjar uma nova perspectiva de exame da terceirização para reconhecer o direito de isonomia salarial entre os empregados da tomadora de serviço e os contratados mediante a terceirização, mas não só com apoio nos conceitos de abuso de direito e fraude à lei. Comumente esta isonomia somente vem sendo reconhecida quando a sentença judicial declara a nulidade da intermediação da mão-de-obra e reconhece a formação do vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços, e ainda nesta hipótese se exige o concurso dos demais requisitos do art. 461 da CLT, que regula o direito à equiparação salarial<sup>(24)</sup>.

Como já se demonstrou, na economia brasileira a subcontratação redundava em achatamento salarial. Em regra geral os empregados da contratante percebem remuneração muito superior aos salários pagos aos trabalhadores da empresa terceirizada.

A legislação ordinária é omissa quanto ao tema das garantias salariais no caso da subcontratação. A lei não regula o direito de isonomia salarial e trata da equiparação no art. 461 da CLT: havendo identidade de funções e trabalho de igual valor, deve corresponder igual salário, desde que "prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade". No caso da terceirização que se repute legal (portanto, praticada nos marcos fixados pela Súmula 331, na visão prevalecente no TST), não pode haver direito à

---

<sup>(24)</sup> São requisitos à equiparação salarial a identidade de funções, o tempo de serviço na função não superior a dois anos na função e a inexistência de quadro de carreira na empresa.

equiparação entre trabalhadores das empresas tomadora e prestadora de serviços, pois cada uma é, em si mesma, um empregador distinto. Isto não deve levar à conclusão de que a equiparação salarial ou - para ser terminologicamente mais exato - a isonomia salarial não se aplique a esses casos, eis que a realidade social hodierna requer do Poder Judiciário uma postura mais original e moderna.

Não obstante, a premissa de todo o raciocínio que estamos a desenvolver centra-se na idéia de que o art. 461 não disciplina as relações jurídicas decorrentes dos processos da subcontratação, referindo-se exclusivamente aos casos de empregados de uma mesma empresa. Relativamente a trabalhadores de duas empresas diferentes vinculadas por uma relação de subcontratação há um vácuo legislativo<sup>(25)</sup> quanto à matéria.

Isto equipara o problema aos "casos difíceis" a que se refere Dworkin. Tratam-se de "litígios que não se podem subsumir claramente em uma norma jurídica, estabelecida previamente por alguma instituição"<sup>(26)</sup>. Alguém poderia objetar, como ponderou Dworkin, que se não existe norma jurídica indicando que direito detém a parte se segue que ela não tem direito algum. Esta objeção equivaleria a argumentar - diz o catedrático da Universidade de Oxford - que nenhuma proposição pode ser verdadeira a não ser que se possa demonstrar que o é, uma frágil e reprochável teoria de *verdade* em se tratando de proposições jurídicas<sup>(27)</sup>.

O problema da isonomia salarial nas práticas de terceirização, entretanto, não requer uma decisão lastreada apenas em princípios jurídicos moralmente objetivos, nem depende do metafórico juiz Hércules de Ronald Dworkin. A analogia e principalmente uma releitura da Constituição da República nos darão a solução a este *caso difícil*.

### a) A analogia

A disciplina da Lei 6.019/74, que regula o trabalho temporário, pode ser tomada como subsídio analogicamente aplicável em tema de

---

<sup>(25)</sup> No sentido estrito da legislação infraconstitucional: a *Lex Magna*, como veremos, trata do tema.

<sup>(26)</sup> DWORKIN, Ronald, *Talking Rights Seriously* (1977), trad. cast. de M. Gustavino, *Los derechos en serio*, Ariel, reimp. 1995, p. 146.

<sup>(27)</sup> Dworkin volta a esta questão no capítulo *Pueden ser controvertibles los derechos?*, ob. cit., p. 396 a 411.

subcontratação. Segundo esta lei, o trabalho temporário, resultante de necessidade transitória de substituição de pessoal ou de acréscimo extraordinário de serviços, assegura ao trabalhador temporário "remuneração equivalente à percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora ou cliente" (art. 12, alínea a).

O juiz pode e deve aplicar analogicamente a regra contida na alínea a do art. 10 da Lei 6.019/74 aos casos de terceirização, à falta de expressa previsão legal. Havendo lacuna legal, é lícito ao magistrado valer-se da analogia e dos princípios gerais de direito, atendendo aos fins sociais da norma aplicada e às exigências do bem comum (Lei de Introdução ao Código Civil, arts. 4º e 5º). Além disso, assim procedendo, ele estará adensando e atribuindo efetividade ao princípio da isonomia consagrado no *caput* do art. 5º da Constituição Federal. Não reconhecer o direito à isonomia salarial é contrariar este princípio, negando-lhe existência real. A aplicação analógica da Lei 6.019/74, com efeito, é constitucionalmente fundada.

Logo, mesmo sendo empregado de outra pessoa jurídica (a empresa subcontratada), o trabalhador faz jus aos mesmos salários percebidos pelos empregados empresa principal, desde que as funções ou postos de trabalho sejam equivalentes.

Ainda quando genéricos e abstratos os princípios constitucionais são dotados de uma ação imediata que "*consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critério de interpretação e de integração, pois são eles que dão coerência geral ao sistema*"<sup>(28)</sup>. Inegável, pois, terem eles pronta eficácia e consistirem em um norte, tanto para o legislador como para o aplicador da lei ao caso concreto.

#### **b) A garantia constitucional de isonomia salarial**

Nenhuma dessas razões, todavia, é comparável em magnitude ao argumento que se funda na literalidade do inciso XXXII do art. 7º da Carta de Outubro, que proíbe a "distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos". Repita-se, pois: entre profissionais não pode haver distinção de trabalho. Remunerar de modo diferente profissionais que executam igual trabalho é distinguir, no sentido

---

<sup>(28)</sup> MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, Tomo II, 2ª ed., Coimbra, 1983, p. 199.*

de discriminar, inferiorizar e marginalizar um segmento social que, no caso, são os trabalhadores de empresas emergidas da nova realidade trazida pela globalização econômica. Trabalhando lado a lado, nas mesmas funções e condições, dois digitadores, por exemplo, não podem receber tratamento diferenciado, seja qual for a explicação de caráter econômico ou administrativo que se pretenda dar a esta discriminação.

Em tema de direito do trabalho, ainda que em sede constitucional, deve ter-se em conta também o princípio do *in dubio pro misero*, definido, na voz abalizada de Américo Plá Rodrigues, como o "critério que deve utilizar o juiz ou o intérprete para escolher, entre vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que seja mais favorável ao trabalhador"<sup>(29)</sup>. Sendo viável conclusão favorável ao trabalhador, cumpre adotá-la, até porque, *in casu*, há um interesse social subjacente ao litígio, respeitante à modernização e ao aprimoramento das relações entre capital e trabalho, com justiça e democracia.

Cumpre lembrar, mais uma vez, o professor José Afonso da Silva: "A afirmativa de que a *República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito* não é mera promessa de organizar esse tipo de Estado, mas a proclamação de que a Constituição está fundando um novo tipo de Estado, e, para que não se atenha a isso apenas em sentido formal, indicam-se-lhe objetivos concretos, embora programáticos, que mais valem por explicitar conteúdos que tal tipo de Estado já contém"<sup>(30)</sup>.

Cabe concluir, portanto: mesmo que se repute lícita a intermediação de mão-de-obra ou o mecanismo de terceirização, o ordenamento jurídico assegura aos trabalhadores o direito à isonomia de remuneração, sendo desnecessária a regulação da matéria por norma infraconstitucional<sup>(31)</sup>. A declaração de nulidade da subcontratação não é

---

<sup>(29)</sup> PLÁ RODRIGUES, Américo, *Princípios de Direito do Trabalho*, Ltr, 1993, São Paulo, p. 42.

<sup>(30)</sup> *Curso de Direito Constitucional*, 9ª ed., 2ª tiragem, Malheiros Editores, 1992, p. 88.

<sup>(31)</sup> *Embora fosse útil - se feita corretamente - "a adoção de dispositivo legal que proíba que o empregado do prestador de serviços perceba remuneração inferior aos empregados da empresa tomadora"*, como propõe L. A. VARGAS e A. G. SILVEIRA em *A terceirização e o Enunciado 331 do TST. Breves considerações*, "in" VARGAS, L. A. (org) *Democracia e Direito do Trabalho*, Ltr, São Paulo, 1995. No citado ensaio, notável estudo do tema, os autores acertam na análise e no prognóstico, mas

requisito deste direito à equiparação salarial. Ignorar este valor ético de igualdade de tratamento, de outra parte, é voltar as costas aos princípios insculpidos nos arts. 5º e 7º da Constituição Federal que, ademais, integram o conjunto de normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais que, *ex vi* do § 1º do art. 5º da mesma Carta, "têm aplicação imediata".

A configuração do direito à isonomia salarial requer, claro, a perscrutação de outros elementos. Desde logo, será indispensável que se investigue se se trata de subcontratação *in situ* ou exterior. Isto é, se a terceirização implicou ou não na incorporação de trabalhadores da subcontratada na empresa principal, situação mais freqüente no setor de serviços. Na subcontratação que tem por objeto o provimento de peças ou componentes industriais será mais difícil (embora não seja de todo impossível) visualizar fraude, exercício irregular de direito ou dano. As situações mais evidentes em que se manifesta o direito à isonomia são portanto os casos em que a empresa principal subcontrata a prestação de serviços e mantém ou já manteve em seus quadros trabalhadores executando funções idênticas ou muito semelhantes àquelas confiadas ao pessoal da subcontratada.

O exemplo mais evidente do quadro factual a que nos referimos pode ser buscado nos setores de processamento de dados de estabelecimentos bancários. Digitadores ou operadores de computador trabalham lado a lado, mas os contratados pela tomadora têm salário superior e sua relação jurídica é regida por uma convenção coletiva de trabalho própria mas vantajosa.

O reconhecimento do direito à isonomia, sem embargo, não deve ser restringido à prestação de serviços e tampouco à atividade *in situ* da subcontratada. O quadro factual deve ser examinado globalmente. Não raro esse exame exigirá ao juiz a investigação da estrutura orgânica da empresa antes e depois da terceirização, buscando identificar as razões da sua adoção. Muitas vezes a terceirização estará justificada por elementos de uma certa racionalidade de organização empresarial; noutras, em que se manifestará seu caráter patológico, a subcontratação será baseada exclusiva ou precipuamente na especulação salarial.

---

*fallam, data venia, neste aspecto: propõem a normatização da matéria por lei sem tentar encontrar alternativas de argumentação jurídica colocadas na textura aberta do próprio ordenamento legal.*

## 6. Conclusão

Bastante questionável em seus efeitos socioeconômicos, a terceirização tende a ser prática cada vez mais recorrente no Brasil e no âmbito internacional, sobretudo nas economias do chamado "primeiro mundo".

Cumprido ao judiciário buscar alternativas de interpretação do direito positivo, com vistas ao ideal de efetividade da Justiça, através da realização dos fins institucionais da República, dados pelo próprio documento constitucional: a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a luta pela erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais, a igualdade entre os homens, enfim (arts. 1º, 3º e 5º da Constituição Federal).

A orientação traçada pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho não atende a estes propósitos fundamentais eleitos pelo Constituinte de 1988, que devem ser tomados não apenas como uma declaração abstrata. O processo é método, é meio, para o alcance dos objetivos sociais e políticos da jurisdição.

A interpretação de cada caso concreto requer do juiz o rigoroso e completo exame das circunstâncias em que se realiza a terceirização, levando em conta a realidade social e os conceitos de abuso de direito e fraude à lei como causas de nulidade da subcontratação. Mais do que manusear conceitos e categorias jurídicas, o juiz deverá também ter a sensibilidade de levar em conta o conteúdo das relações sociais e humanas presentes nas entrelinhas dos autos que tem às mãos, subsumindo o caso concreto do processo judicial ao fenômeno político mais geral. Refiro-me à noção de critérios de balanceamento apoiados sociologicamente, consoante a teoria esposada por José Eduardo Faria, com inspiração em François Ewald, "para quem os fundamentos dos direitos sociais estão na sociologia e não na filosofia, enquanto busca de critérios de medida para avaliação dos comportamentos sociais: a sociologia apura e baliza os critérios hermenêuticos, que passam a ser definidos por uma *política jurídica* que reflete as divisões e os conflitos sociais; a sociologia oferece modelos de *normas* que se reportam a uma *normalidade*, ou seja, ao que é considerado aceitável num dado contexto". Assim, "a sociologia não aponta o que é justo ou injusto, certo ou errado, moral ou imoral, mas sim o que, nesse contexto, é tido como consentido ou abusivo, como tolerável ou como excessivo, como

admissível ou reprovável - enfim, o que é *normal*, sempre dentro de determinadas bases de tolerância que podem variar segundo a mobilidade e a mutação dos valores sociais prevaletentes<sup>(32)</sup>.

Mesmo optando pela aplicação da Súmula 331 os operadores do direito haverão de construir a definição de atividade-fim e atividade-meio da empresa contratante, buscando ainda fixar parâmetros críticos de análise da terceirização, sobretudo no que respeita à empresa subcontratada, exigindo-lhe especialização, com lógica, dinâmica e organizações próprias, a administração própria da atividade e o tolhimento da mera intermediação de mão-de-obra.

O processo judicial naturalmente não determina a realidade social, mas é um elemento presente em sua complexa dialética. Cada sentença envolvendo o tema da subcontratação - a exemplo de tantos outros - é uma espécie de grão de areia cuja importância reside em sua expressão coletiva. Cada decisão judicial pode portanto espelhar uma posição de resignação e chancela, ou pode - deve, diria - revelar uma postura crítica, socialmente comprometida e eticamente fundada. A realidade não cabe nas súmulas e os tribunais superiores não são os demiurgos da verdade.

---

<sup>(32)</sup> FARIA, José Eduardo, *As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais*, "in" *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, Malheiros, São Paulo, 1994, p. 66.

## A MULTA DO ART. 22, DA LEI DO FGTS

*Cassio Colombo Filho<sup>(\*)</sup>*

*Justitia est constant voluntas tribuendi cuique jus suum*

São comuns nas demandas judiciais litígios envolvendo os recolhimentos e liberação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, sendo de praxe os pedidos e condenações de pagamentos de tais verbas à razão de 11.2%. que incluem o valor dos depósitos mensais (8%), mais os 40% da indenização prevista no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Entretanto, uma análise mais detalhada das disposições legais aplicáveis ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, conduzem a conclusão um pouco diferente da usualmente vista, e por muitos não percebida, conforme procuro demonstrar neste ensaio, cujo objetivo único é compartilhar idéias com aqueles que militam no foro trabalhista e suscitar o debate.

Assim está redigido o art. 22, da Lei nº 8.036, de 11/05/90 que regulou o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) após a Constituição de 1988:

**“Art. 22. O empregador que não realizar os depósitos previstos nesta Lei no prazo fixado no art. 15 responderá pela atualização monetária da importância correspondente. Sobre o valor atualizado dos depósitos incidirão, ainda, juros de mora de 1% ao mês e multa de 20% sujeitando-se, também, às obrigações e sanções previstas no Decreto-Lei nº 368, de 19/12/68.”**

O Decreto-Lei nº 368/68 diz respeito aos *Débitos salariais*, e tem sanções pesadas para as empresas que atrasam o pagamento de salários aos empregados, impedindo os sócios, titulares ou acionistas de fazerem

---

<sup>(\*)</sup> *Cassio Colombo Filho é especialista em Direito do Trabalho em nível de pós-graduação pela Faculdade de Direito da Universidade Estadual de São Paulo - F.ADU/SP, Juiz do Trabalho Presidente da 2ª Junta de Conciliação e Julgamento de Maringá - PR, e professor da Universidade Estadual de Maringá.*



retiradas *pro labore* distribuição de lucros ou dissolverem a sociedade (art. 1º).

Além disso, tais empregadores ficam impedidos de obterem quaisquer benefícios fiscais ou financeiros (art. 2º), e seus representantes ficam sujeitos à pena de detenção de um mês a um ano (art. 4º), sem prejuízo da empresa sofrer multa aplicável pelo Ministério do Trabalho, em valor de dez a cinquenta por cento do débito salarial (art. 6º).

Portanto, débito salarial ou dos recolhimentos do FGTS pode ser considerado crime.

Sem prejuízo da responsabilidade criminal dos empregadores que descumprirem as obrigações relativas ao FGTS, eles devem efetuar os recolhimentos dos depósitos monetariamente atualizados, acrescidos de multa de 10% se pago o débito dentro do mesmo mês do vencimento (§ 2º, do art. 22, da Lei 8.036), ou de 20% para os meses subsequentes.

Aparentemente a competência para imposição de tal pena pecuniária é do Ministério do Trabalho, mas o Juiz também pode e deve impô-la, pelos seguintes motivos:

1º - a multa de 20% reverte a favor do trabalhador, integrando o montante dos depósitos fundiários que lhe cabe (vide redação do “caput” do art. 22: “... **Sobre o valor atualizado dos depósitos incidirão, ainda, juros de mora de 1% ao mês e multa de 20%...**”):

2º - as multas administrativas que revertem a favor do Estado para o caso de mora nas obrigações fundiárias são as previstas no art. 23, parágrafo 2º, da Lei 8.036, sendo que para o atraso nos depósitos (§ 1º, inc. I) a multa é de dez a cem UFIR’s (§ 2º, letra b), dobrada em caso de reincidência (§ 3º), e que permitem a discussão no âmbito administrativo.

Assim, se um fiscal do trabalho surpreende uma empresa em mora com o recolhimento dos depósitos fundiários, deve impor-lhe multa administrativa de dez a cem UFIR’s (antes BTN’s), e exigir o recolhimento com o acréscimo da pena pecuniária de 10% ou 20% sobre o valor do débito, mais correção monetária e juros moratórios de 1% ao mês.

Se o empregador em mora resolver satisfazer suas obrigações fundiárias voluntariamente, para efetuar o recolhimento dos depósitos em atraso junto à rede bancária, terá de pagar o valor do débito principal, mais a correção monetária, juros de 1% ao mês, e a pena de 20% sobre o total.

E se o Juiz condena o empregador a pagar o FGTS não recolhido e deixa de impor a pena do art. 22, será mais vantajoso para o devedor esperar a cobrança judicial do que pagar o débito voluntariamente ou por pressão da Fiscalização, hipóteses nas quais sempre terá de crescer 10% ou 20% ao valor total da dívida, o que seria um absurdo incentivo à proliferação de demandas perante a Justiça do Trabalho.

Como uma demanda na Justiça do Trabalho normalmente não é decidida em menos de um mês, a pena do art. 22 será sempre de 20%.

Trata-se de norma de Ordem Pública, que obriga a todos aqueles que diretamente estejam envolvidos com a fiscalização e cobrança do FGTS, seja na esfera administrativa ou judicial.

Portanto, ao condenar o empregador a pagar Fundo de Garantia por Tempo de Serviço não recolhido, o Juiz deve determinar o cálculo à razão de 8% sobre as parcelas salariais, mais os 20% do art. 22, da Lei 8.036 (que equivalem a 1.6% sobre o débito), o que eleva o total para 9,6%, e no caso do trabalhador fazer jus à indenização de 40% sobre os depósitos do FGTS (nas hipóteses de despedimento sem justa causa ou despedida indireta), a base de cálculo será 13,44% (8 + 1.6 + 3.84%), e não apenas a de 11.2% (8 + 40%) normalmente imposta, mais a correção monetária e os juros de mora do processo (que impedem os juros de 1% da Lei 8.036, sob pena de *bis in idem*, com a incidência de juros sobre juros).

Esta imposição tem de ser feita *ex officio*, independentemente de requerimento da parte nesse sentido, sem que isto implique em julgamento *extra* ou *ultra petita*, não só para desincentivar o pagamento de débitos na Justiça do Trabalho, mas também a exemplo do que já ocorre com o caso da dobra salarial do art. 467, da Consolidação das Leis do Trabalho, e dos juros e correção monetária, consagrados pela doutrina como caso de *ultra* ou *extrapetição lícita*.

Nesse sentido são dignos de menção os ensinamentos do professor WAGNER GIGLIO:

**“O direito positivo brasileiro já contém alguns preceitos autorizando que o julgador conceda mais do que o pleiteado, ou coisa diversa daquela que foi pedida. E a jurisprudência vem acolhendo e ampliando as hipóteses de ultra e extra-petição.**

Caso típico de ultra-petição é a disposição do art. 467 da Consolidação das Leis do Trabalho: havendo rescisão do contrato individual de trabalho, o empregador deve pagar ao empregado, na data em que comparecerem a juízo, a parcela incontroversa dos salários, sob pena de ser condenado no dobro da quantia pleiteada. Assim, o empregado pede x, na petição inicial, e o Juiz ocorrendo a hipótese do art. 467, fica autorizado a conceder 2x, na sentença. Mais do que autorizado, o julgador fica constrangido a assim proceder, pois a doutrina entende que esse preceito é de ordem pública, dirigido ao magistrado, determinando como deve proceder, haja ou não pedido expresso de condenação dobrada na peça vestibular.”<sup>(1)</sup>

Prosseguindo na mesma linha de idéias GIGLIO menciona ainda como exemplos lícitos de ultrapetição: a condenação em juros de mora e correção monetária; de conversão de reintegração de empregado estável em indenização, prevista no art. 496, da CLT; bem como a interpretação dos “pedidos suscintos” onde o trabalhador postula apenas “férias”, “horas extras” e “repouso semanal remunerado”, e o julgador entende que tais pleitos são relativos à remuneração completa de tais institutos.

Negando a natureza de princípio à ultrapetição no processo do trabalho, o professor MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO também advoga a idéia do Juiz decidir fora do pedido nos casos que haja expressa previsão legal, exemplificando com as hipóteses dos já mencionados artigos 467 e 496, da Consolidação das Leis do Trabalho:

**“... d) a *ultrapetição* (na verdade *extrapetição*) tem um campo de atuação muito restrito para poder ser alcançada à classe de princípio; falta-lhe, por assim dizer, o atributo da generalidade, pois não é sempre que o juiz pode decidir *fora* (não *além*) do que foi pedido, mas,**

---

<sup>(1)</sup> GIGLIO, Wagner D., *Direito Processual do Trabalho*, São Paulo, 1995, LTr, p. 109.

**como se sabe, unicamente nos casos permitidos por lei, como, v.g., dos arts. 467 e 496, da CLT, ...”<sup>(2)</sup>**

Lembro também. que com a reforma do Código de Processo Civil. o Juiz está autorizado a. independentemente de pedido da parte ou de condenação em sentença. na execução impor *astreintes* para forçar o cumprimento de obrigações de fazer (vide art. 644 do CPC. com a redação da Lei 8.953. de 13/12/94).

É verdade que as *astreintes* têm natureza jurídica diversa da pena em apreço. mas se o Juiz pode fixar pena pecuniária tendente a reforçar o cumprimento das obrigações de fazer. que sequer foi pedida pela parte ou prevista na sentença exequenda. inexistente razão para deixar de fazê-lo diante de uma expressa determinação legal. contida em norma de ordem pública. para uma obrigação de dar.

Seguindo-se o mesmo raciocínio. tem-se que o Juiz deva impor de ofício a multa do art. 477. parágrafo 8º. da Consolidação das Leis do Trabalho. quando constatar a mora no pagamento das verbas rescisórias.

A penalidade do art. 22. da Lei 8.036/90 e a do art. 477. parágrafo 8º. da Consolidação das Leis do Trabalho. são duas hipóteses que o Juiz está obrigado a impor de ofício. não só pelos argumentos expostos. como também pelo comando do art. 652. “d”. da CLT.

E a multa do art. 22 da Lei 8.036/90 deve ser imposta não só para a ausência de depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço sobre os salários mensais. como também nos casos equivalentes. i.é. nas hipóteses de condenação ao pagamento de reflexos sobre as obrigações de dar reconhecidas na sentença (horas extras e demais verbas de natureza salarial). eis que o direito a elas sempre existiu e só não foi adimplido no momento oportuno porque o empregador não o reconheceu espontaneamente. exceção feita aos reflexos fundiários sobre as verbas rescisórias. que não são depositadas. e sim pagas ao trabalhador no ato da quitação do contrato de trabalho.

---

<sup>(2)</sup> TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio, *A Sentença no Processo do Trabalho*, São Paulo, 1994, LTr, p. 133.

Diante de todo o exposto, e *data maxima venia* de ilustres posicionamentos em sentido contrário, é indefensável a natureza administrativa da multa do art. 22, da Lei 8.036/90, por duas razões, a saber:

1ª. Tal pena pecuniária é depositada na conta vinculada do trabalhador, revertendo a seu favor, enquanto as multas administrativas revertem a favor da Fazenda Pública, como é o caso da multa do art. 23, parágrafo 2º, da Lei 8.036/90;

2ª. Havendo previsão de outra multa para a mesma infração (mora dos depósitos fundiários), no art. 23, da Lei 8.036/90, indaga-se, frente ao princípio geral de direito de que *ninguém pode ser punido duas vezes pela mesma falta*, qual das multas deve o Fiscal do Trabalho impor? A do art. 22 ou a do art. 23, da Lei 8.036/90, ou ambas?

Para quem nega a possibilidade da imposição da multa *ex officio* pelo Juiz, alerta que isto acaba por constituir um fomento ao já excessivo número de demandas na Justiça do Trabalho, pois é melhor ao empregador em mora com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço aguardar a ação judicial, com grandes possibilidades de isentar-se do acréscimo de 20% sobre o valor do débito, caso o reclamante por ignorância, desatenção ou esquecimento, deixe de formular o pedido ...

# TUTELA PENAL DO DIREITO AO SALÁRIO<sup>(\*)</sup>

*Eduardo Milléo Baracat<sup>(\*\*)</sup>*

**Sumário:** 1. O problema da (in)eficácia do Direito do Trabalho; 2. O bem jurídico tutelado pelo Direito Penal e o salário; 3. A aplicação do art. 7º. X. da Constituição da República; 4. Da apropriação indébita realizada por preposto do empregador; 5. Da norma a ser criada; 6. Conclusão.

## 1. O problema da (in)eficácia do Direito do Trabalho

As normas trabalhistas que geram obrigações aos empregadores não dispõem de real eficácia no âmbito das relações de trabalho.<sup>(1)</sup> O descumprimento de determinada lei trabalhista, hoje, pelo patrão, não resultará, imediatamente, no plano jurídico, qualquer efeito.<sup>(2)</sup>

O empregador não receia violar uma norma trabalhista porque não há um sistema efetivo de coação ou de intimidação no ordenamento jurídico trabalhista.<sup>(3)</sup> Quando muito, o empregador responde a uma ação trabalhista, beneficiando-se da prescrição, da lentidão do Poder Judiciário,

---

<sup>(\*)</sup> Este artigo é adaptação de capítulo, sob o mesmo título, de dissertação de mestrado intitulada "Proteção do Salário no Direito Brasileiro".

<sup>(\*\*)</sup> Juiz-Presidente da 1ª Junta de Conciliação e Julgamento de Foz do Iguaçu.

<sup>(1)</sup> Se a norma é descumprida pelo empregado, o empregador pode lançar mão de seu poder disciplinar, sendo-lhe facultado, em determinados casos (CLT, art. 482), inclusive dispensar o empregado com justa causa. O empregado, em tese, poderá, em algumas hipóteses (CLT, art. 483), rescindir o contrato por justa causa do empregador, mas esta hipótese é irreal, ao menos para a grande maioria dos trabalhadores, que necessitam do emprego, e, dessa forma, suportam as violações legais realizadas pelo patrão.

<sup>(2)</sup> No plano social, o descumprimento de normas trabalhistas pelo empregador tem efeitos imediatos, como, por exemplo, o não pagamento dos salários dos empregados pode gerar insegurança social.

<sup>(3)</sup> A CLT, atualizada por algumas leis esparsas (Leis 6.986, de 13 04 '82 e 7.855, de 24 10 '89), possui um sistema de multas por infrações, que devem ser aplicadas, administrativamente, pela DRT, mas que é inoperante, por que o valor das multas é ínfimo (em torno de 160 UFIR por trabalhador prejudicado), e também porque a fiscalização é inoperante, mormente por falta de recursos materiais.

dos infundáveis recursos postos à sua disposição para protelar a solução final do litígio. como também da necessidade premente do trabalhador. que para materializar parte de seus direitos trabalhistas - necessários à subsistência própria e da família - abre mão da outra parte. transigindo com o patrão.

No âmbito dos salários. por exemplo. o empregador que deixa de pagá-lo a um ou a dezenas de empregados. ou efetua o pagamento fora dos prazos previstos em lei. acordos ou convenções coletivas e sentenças normativas. estará sujeito apenas a multa administrativa de 160 BTN por trabalhador prejudicado salvo motivo de força maior.<sup>(4)</sup>

O art. 467 da CLT. ainda no caso dos salários. como outro exemplo. não possui a eficácia desejada. pois não intimida o empregador. nem. tampouco lhe causa temor por descumprir a norma trabalhista que determina pagamento de salário integral. no prazo legal.<sup>(5)</sup>

Percebe-se tendência atual. no âmbito do direito de outros países. e mesmo no direito brasileiro. de se criar um Direito Penal do

---

<sup>(4)</sup> Art. 4º, da Lei 7.855, de 24/10/89.

<sup>(5)</sup> O art. 467 da CLT dispõe: "Em caso de rescisão do contrato de trabalho, motivada pelo empregador ou pelo empregado, e havendo controvérsia sobre parte da importância dos salários, o primeiro é obrigado a pagar a este, à data do seu comparecimento ao tribunal de trabalho, a parte incontroversa dos mesmos salários, sob pena de ser, quanto a essa parte, condenado a pagá-la em dobro." A dobra salarial é devida somente se houver ausência de controvérsia quanto ao crédito salarial do emprego, não sendo aceita a controvérsia irreal ou falsa; mesmo assim somente quando da audiência - o que presume ajuizamento de ação trabalhista -, que muitas vezes leva meses ou até anos. Ou seja, o empregador pode deixar de pagar os salários referentes a diversos meses nos prazos legais, e, desde que os pague em audiência, estará livre da penalidade da dobra salarial. Saliente-se, ainda, que a dobra salarial apenas será devida se houver rescisão contratual, o que significa que se o contrato de trabalho ainda vigorar, mesmo que haja disputa judicial, não será devida a dobra. Saliente-se, finalmente, que nos tribunais predomina o entendimento de que somente cabe a dobra sobre o salário em sentido estrito, conforme a seguinte decisão: "Art. 467 da CLT. Trata-se de penalidade e a interpretação não pode ser extensiva para atingir as verbas ditas rescisórias. Atinge, apenas, o salário em sentido estrito, e quando não houver controvérsia sobre o mesmo. TRT/SP 02860157853 (Ac. 1ª T. 20.240/90) Rel. Carlos Francisco Berardo. DJSP 08/11/90" (FERRARI, Iramy & MARTINS, Melchades R. Julgados Trabalhistas Selecionados. LTr: SP, 1992, p. 469).

Trabalho. com o objetivo de tutelar bens jurídicos essenciais do trabalhador. de modo a tornar eficaz a norma trabalhista

Em França. escreve Maurice Cohen que. "a criação de um direito penal do trabalho aparece no mundo inteiro como o complemento indispensável do direito do trabalho para conceder a este uma verdadeira eficácia".<sup>(6)</sup> enquanto André Virtu afirma que "As sanções repressivas revelam-se. actualmente. o único meio de compelir eficazmente os empregadores a respeitar a exigências de um direito ao qual eles obedecem dificilmente"<sup>(7)</sup>

No âmbito da legislação francesa. o art L 263-2 do Código de Trabalho francês prevê que os proprietários. gerentes ou prepostos que tenham violado disposições referentes à higiene. segurança e condições de trabalho previstas (nos capítulos I. II e III do Segundo Livro) sejam punidos com multa de 500 a 1 500 francos<sup>(8)</sup> Já o art L 263-2-1 do mesmo Código dispõe que quando uma das infrações enumeradas na alínea 1ª do art 263-2 (relativas à higiene. segurança e condições de trabalho). cometida por preposto. tenha provocado a morte ou ferimentos nas condições definidas pelos arts 319 e 320 do Código Penal francês. ou. involuntariamente. ferimentos. golpes ou doenças que não acarretem incapacidade total de trabalho superior a três meses o tribunal pode. tendo em vista as circunstâncias do fato e das condições de trabalho do interessado. condenar o empregador a pagar as multas fixadas e as custas judiciais<sup>(9)</sup>

---

<sup>(6)</sup> *Les Sanctions Penales en Droit du Travail Revue Internationale du Travail*, vol 115, n 1 1977, p 24, apud ALLADO, João Leal, op cit , p 235-236

<sup>(7)</sup> *Traite de Droit Criminel, Droit Penal Special*, Paris 1982, p 864-865, apud ALLADO, João Leal op cit p 242

<sup>(8)</sup> Equivalente a 100 e 3 000 reais O art L 263-2 do Code de Travail esta assim redigido no original "Les chefs d'établissement, directeurs, gerants ou preposes qui, par leur faute personnelle, ont enfreint les dispositions des chapitres I, II et III du titre III du present livre, ainsi que les autres personnes qui, par leur faute personnelle, ont enfreint les dispositions des articles L 231-6, L 231-7, L 232-2, L 233-5 et L 233-7 dudit livre et des reglements d'amunistration publique pris pour leur execution sont punis d'une amende de 500 a 15 000F "

<sup>(9)</sup> O art L 263-2-1 do Code du Travail tem a seguinte redação original "Lorsqu'une des infractions énumérées a l'alinéa ler de l'article L 263-2, qui a provoqué la mort ou des blessures dans les conditions définies aux articles 319 et 320 du Code Penal ou, involontairement, des blessures, coups ou maladies n'entraînant pas une incapacite totale de travail personnelle supérieure à trois



Nota-se que o Código do Trabalho francês, no art. L. 263-2-1 citado, não prevê responsabilidade administrativa dos empregadores, gerentes, diretores e prepostos, mas penal.<sup>(10)</sup> O que caracteriza a responsabilidade criminal, e não administrativa, no caso, é que a multa pode ser cumulada com a pena de prisão.<sup>(11)</sup>

Na Itália, Aldo Aranguren aduz que a tutela dos direitos dos trabalhadores, além de ser garantida em sede jurisdicional, está também integrada a um sistema de sanções penais, que tem por objetivo assegurar a realização da norma trabalhista,<sup>(12)</sup> lembrando Santo-Passarelli que existe sanção penal, particularmente severa (reclusão até dois anos e pena acessória) na hipótese de omissão ou falsidade no registro do empregado.<sup>(13)</sup>

Já em Portugal, Leal Amado sustenta que “o direito ao salário não só merece uma adequada tutela penal como ainda carece efetivamente dessa tutela”.<sup>(14)</sup>

No ordenamento jurídico penal brasileiro já existem normas que tutelam bens relativos exclusivamente aos trabalhadores. É o que se vê do Título IV da Parte Especial do Código Penal que trata Dos Crimes Contra a Organização do Trabalho (arts. 197 a 207).

Ocorre, todavia, que o legislador de 1940 procurou tutelar principalmente bens jurídicos coletivos dos trabalhadores, não se preocupando (muito) com os interesses individuais. Observa-se, assim, que ao contrário da expressão “liberdade de trabalho”, utilizada no Código Penal

---

*mois, a été commise par un préposé, le tribunal peut, compte tenu des circonstances de fait et des conditions de travail de l'intéressé, décider que le paiement des amendes prononcées et des frais de justice sera mis, en totalité ou en partie, à la charge de l'employeur.”*

<sup>(10)</sup> Nesse sentido, Merle e Vitu, citados por Walter C. Rothenburg, afirmam que o art. L.263-2-1 do Code du Travail “introduz no direito francês uma responsabilidade quase penal das empresas” (Dissertação de Mestrado “Societas Delinquere Potest - estudo sobre a sujeição criminal ativa da pessoa jurídica).

<sup>(11)</sup> Fragozo, Heleno C. Lições de Direito Penal. A Nova Parte Geral. 8ª ed. Forense: 1985, RJ, p. 828.

<sup>(12)</sup> *La tutela dei diritti dei lavoratori. Cedam: Padova, 1981, p. 119.*

<sup>(13)</sup> *Nozioni di Diritto del Lavoro. 35ª edizione. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene: Napoli, 1993, p. 300.*

<sup>(14)</sup> *Op. cit., p. 242. Leal Amado também alude à existência de lei em Portugal, denominada Lei dos Salários em Atraso (L 17/86, de 14-6), que regula, de forma tímida, a questão referente à retenção salarial.*

anterior. criou-se um título que ressaltasse o âmbito coletivo do bem tutelado (“Organização do Trabalho”).

Na exposição de motivos da Parte Especial do atual CP salta aos olhos a intenção de tutelar antes bens coletivos do que individuais, conforme a seguinte passagem: “A proteção jurídica já não é concedida à liberdade do trabalho, propriamente, mas à organização do trabalho, inspirada não somente na defesa e no ajustamento dos direitos e interesses individuais em jogo, mas também, e principalmente, no sentido superior do bem comum de todos.”<sup>(15)</sup>

Mesmo assim, não foram trazidos para o campo do ilícito penal todos os fatos contrários à organização do trabalho, mas somente aqueles que se fazem acompanhar da violência ou da fraude.<sup>(16)</sup>

Constata-se, dessa forma, que o bem jurídico individual do empregado, que for ofendido sem violência ou fraude - o que ocorre na maioria dos casos- não está tutelado pelas normas existentes no Título IV da Parte Especial do CP.

A Constituição da República, de certa forma, semeou a primeira semente originária de um Direito Penal Individual do Trabalho, ao dispor, no art. 7º, X, que é direito dos trabalhadores, urbanos e rurais, “proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa”.<sup>(17)</sup>

Verifica-se que a questão da ausência de real eficácia do Direito do Trabalho - pelo menos em parte - é o principal argumento daqueles que defendem a criação de um direito penal que tutele também bens jurídicos afetos exclusivamente aos trabalhadores.

Pois bem. O Direito Penal do Trabalho surge, dessa forma, para solucionar o problema da eficácia do Direito Individual do Trabalho, pois imporia, através da pena criminal, aos descumpridores das normas

---

<sup>(15)</sup> Número 67.

<sup>(16)</sup> *Idem*.

<sup>(17)</sup> O art. 203 do CP (“Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho”), de certa forma, tutela bem jurídico individual do trabalhador, mas desde que violado mediante fraude ou violência, ou seja, de forma bastante restrita.

trabalhistas - sobretudo as mais importantes, como, por exemplo, aquelas relativas ao pagamento do salário - o sentimento de temor (intimidação) ou o sentimento ético das pessoas, a fim de que fossem evitadas condutas proibidas.<sup>(18)</sup> criando, dessa forma, uma prevenção geral ao descumprimento da norma trabalhista.

Os direitos dos trabalhadores decorrentes da relação de emprego, contudo, não estão em um mesmo plano hierárquico.<sup>(19)</sup> o que significa que nem todos merecem ser tutelados por uma norma penal.

## **2. 0 bem jurídico tutelado pelo Direito Penal e o salário**

Concebe-se o Direito Penal, atualmente, como a última alternativa para a tutela de bens jurídicos. Observa-se, dessa forma, o caráter subsidiário do Direito Penal, atuando "onde a proteção de outros ramos do direito possa estar ausente, falhar ou revelar-se insuficiente, se a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresentar certa gravidade".<sup>(20)</sup>

Duas questões mostram-se demasiadamente importantes em face do que foi exposto até aqui. A primeira é a de se saber qual ou quais bens jurídicos o Direito Penal tutela; e a segunda, por conseqüência, se o salário é um bem jurídico que deve ser tutelado pelo Direito Penal.

Para Heleno Fragoso o Direito Penal "é disposto à preservação daqueles bens de maior significação e relevo, indispensáveis à vida em comum, visando assegurar a existência da sociedade e dos valores fundamentais da vida para o corpo social".<sup>(21)</sup>

---

<sup>(18)</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 3ª ed. Saraiva: SP, 1987, p.3.

<sup>(19)</sup> Júlio Assumpção Malhadas sustenta que "No contrato de emprego, não há obrigações mais importantes e obrigações menos importantes. Se houvesse, porém, como classificar tais obrigações por ordem de importância, por certo não seria a salarial a mais importante" (*Algumas observações a propósito da proteção ao salário*. Rev. TRT 9ª Região. Curitiba, v.20, n.1.P. jan./dez. 1995, p. 126.

<sup>(20)</sup> *Idem*, p. 14.

<sup>(21)</sup> *Lições de Direito Penal. A Nova Parte Geral*. 8ª ed. Forense: RJ, 1985, p.2.

René Dotti leciona que “o direito penal é, por sua própria natureza, o defensor dos valores morais, sociais ou materiais que cabe ao Estado assegurar a proteção”.<sup>(22)</sup>

Quanto aos bens jurídicos, Francisco de Assis Toledo escreve que “são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”.<sup>(23)</sup>

Percebe-se, destarte, que não é qualquer bem jurídico que deve ser tutelado pelo Direito Penal, mas somente aquele, cuja violação causaria perigo para a existência harmoniosa da sociedade.

No tocante aos efeitos que causam sobre as relações sociais, a violação de determinadas normas trabalhistas ocasionam maior impacto (negativo) sobre a coletividade, do que o de outras normas da mesma natureza.

O descumprimento pelo empregador da obrigação de pagar salário é, sem dúvida, o que gera problemas sociais imediatos da maior gravidade, pois retira do empregado o único meio de que dispõe para sustento próprio e de sua família.<sup>(24)</sup>

O caráter alimentar do salário, portanto, confere-lhe atributo de bem jurídico essencial, necessitando de proteção especial do ordenamento jurídico.

Mas não é só. O não pagamento de salário acarreta problemas imediatos também na esfera sócio-econômica.

O sistema econômico brasileiro está sedimentado sobre o crédito. Isto é, somente tem acesso aos bens de consumo básicos, quem possui crédito junto aos agentes do mercado. O trabalhador que possui emprego

---

<sup>(22)</sup> *Reforma Penal Brasileira. Forense: RJ, 1988, p.50.*

<sup>(23)</sup> *Toledo complementa, ainda, esse conceito, com o caráter subsidiário do Direito Penal já referido. Op. cit., p. 16.*

<sup>(24)</sup> *Há outras normas trabalhistas que se descumpridas ocasionam também grande repercussão social negativa, podendo-se citar, exemplificativamente, às normas referentes à segurança e higiene do trabalho.*

adquire o *status* social de empregado. e, desse modo, tem acesso ao crédito, podendo adquirir bens de consumo para pagamento a prazo.

A ausência de pagamento de salários acarreta o inadimplimento pelo empregado das prestações contraídas no comércio, gerando efeitos em cadeia múltiplos que se sucedem de forma danosa também à economia, colocando em risco todo o sistema sócio-econômico.

Com efeito, um dos efeitos do não recebimento do salário, é o de que o empregado torna-se inadimplente, pois não tem os meios para cumprir suas obrigações, e, por via de consequência, perde o crédito junto à praça, deixando de ter acesso a bens de consumo, muitas vezes básicos, ficando à margem do processo social.<sup>(25)</sup> O trabalhador marginalizado passa a buscar a satisfação de suas necessidades básicas através de procedimentos ilícitos, como, por exemplo, o furto, o que gera, inevitavelmente, violência.<sup>(26)</sup>

Inegável, por outro lado, que o empregado que não recebe salário, tem sua condição psíquica afetada, perdendo sua aptidão produtiva normal, o que causa redução, ao menos qualitativa, no processo produtivo e prejuízo à empresa.

As relações sociais do empregado nesta situação também se degradam, mormente em relação à família e aos colegas de trabalho, acarretando, não raro, efeitos sociais nefastos.

Percebe-se, sem sombra de dúvidas, desta breve análise, que o salário encontra-se dentre aqueles bens jurídicos que se violado acarreta profundo estretecimento na paz social.

---

<sup>(25)</sup> *Este mesmo argumento pode ser utilizado para defender a estabilidade no emprego, que é a fonte primeira do direito ao salário, como também o valor do salário suficiente para a aquisição dos bens de consumo básicos. Muitas vezes o trabalhador perde até mesmo o teto em que mora, pois sem salário não poderá adimplir o aluguel, permitindo a retomada do imóvel locado (Lei 8.245 91, art. 62).*

<sup>(26)</sup> *Márcio Túlio Viana, citando Louis Boisson, escreve nesse sentido: "a redução do salário - afetando o precário equilíbrio da vida do trabalhador - pode levar até ao crime. Com freqüência, não tem ele a resistência moral suficiente para resistir, e, ao invés de tentar recompor o seu padrão de vida, deixa-se levar pela correnteza das dívidas e das soluções perigosas..." (Direito de Resistência, LTr: SP, 1996, p. 274).*

Vê-se, mesmo sucintamente, que a ausência de eficácia da norma trabalhista no tocante ao pagamento do salário causa danos sociais e econômicos indeléveis, necessitando de uma tutela mais eficiente e específica por parte do ordenamento jurídico, o que pode ser feito através do Direito Penal, atendendo seu caráter subsidiário.

A indagação inevitável que se faz a seguir é a de que se não haveria, com a incriminação da retenção salarial, apenas mais uma norma penal, inflacionando o direito criminal, que, por sua vez, perderia seu caráter subsidiário, pois passaria a tutelar uma gama muito grande de direitos, tornando-se, por conseguinte, desacreditado.

Este, aliás, é o argumento daqueles que defendem a descriminalização do Direito Penal, já que, conforme escreve René Dotti, o “recurso excessivo às leis criminais como instrumento de proteção de todo e qualquer interesse do Estado gerou a hipertrofia do direito criminal”, tendo conseqüências graves, pois a “criminalização de normas destituídas do cerne dos valores éticos essenciais à vida em sociedade - que está na base do direito criminal - compromete a dignidade, desentroniza o sentido destas penas e a função dos tribunais que as aplicam”, de modo que “chega-se a dizer que os homens acabam por pensar ou concluir que já que tudo é criminalmente proibido, tudo passa afinal a ser permitido”.<sup>(27)</sup>

Os valores éticos essenciais à vida em sociedade, ou o “mínimo ético” como preferem alguns, são mutáveis, pois representam uma noção histórica, que oscila de acordo com os elementos sociais de cada tempo.<sup>(28)</sup>

Ao jurista cabe compreender estes elementos e depurar os valores que a sociedade anseia por maior proteção, ou como escrito por René Dotti: “o jurista deve agir como autêntico depositário da consciência pública.

---

<sup>(27)</sup> CORREIA, Eduardo, *apud* DOTTI, René, *op.cit.* p. 20. *Importante a advertência de René Dotti, de que “a descriminalização não poderá conduzir ao extremo de ignorar o sentimento jurídico do povo que exige a repressão de certas condutas, cuja impunidade a consciência pública não pode tolerar”* (p. 37). *Nesse sentido também é o magistério de Heleno Fragoso: “A incriminação só se justifica quando está em causa um bem ou valor social importante”* (*op. cit.*, p.3).

<sup>(28)</sup> ALADO, João Leal, *op. cit.*, p. 241.

vertendo-se sobre a realidade social e as aspirações mais profundas da comunidade".<sup>(29)</sup>

Necessário, no entanto, que se estabeleçam critérios para se operar a política atual de descriminalização pretendida, para não soar arbitrária e casuística. A seleção dos valores que deverão ser tutelados pelo Direito Penal deverá ser feita à luz dos Direitos e Garantias Fundamentais elevados ao plano constitucional, já que é na Constituição que está o fundamento de todo o ordenamento jurídico, encontrando-se no ápice da hierarquia dos bens e valores a tutelar.<sup>(30)</sup>

A criminalização do inadimplemento salarial encontra-se de acordo com o sistema penal vigente, que é o de tutelar os meios de subsistência da família. Com efeito, o art. 5º, LXVIII da Constituição autoriza a prisão do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia.<sup>(31)</sup>

O salário é, sem dúvida, na estrutura sócio-econômica vigente, um dos bens jurídicos que merece tutela especial do Estado, podendo-se afirmar que a privação do trabalhador dos meios materiais que necessita para viver dignamente -ou seja, o salário- é a principal causa dos males que atingem a sociedade moderna.

---

<sup>(29)</sup> *Op. cit.*, p. 23.

<sup>(30)</sup> João Leal Amado afirma que a "Atividade punitiva que, portanto, vem a encontrar na Constituição o seu fundamento, na medida em que esta de algum modo lhe confere catálogo e a hierarquia dos bens e valores a tutelar" (*Op. cit.*, o. 239). José Afonso da Silva explica que os "Direitos fundamentais do homem constituem a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada a designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados" (*op. cit.*, p. 159).

<sup>(31)</sup> reza o inciso LXVIII do art. 5º da CR: "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel".

No plano normativo-constitucional, a proteção ao salário está consagrada como direito e garantia fundamental do trabalhador, conforme art. 7º. VI. VII. e. sobretudo. X.

### **3. A aplicação do art. 7º, X, da Constituição da República**

A norma em mira possui duas partes, que se completam, mas que podem ser separadas e radiografadas para estudo e compreensão.

A primeira parte é “*proteção do salário na forma da lei*”; e a segunda, “*constituindo crime sua retenção dolosa*”.

Na primeira parte há previsão de leis infraconstitucionais integradoras da norma constitucional (“na forma da lei”), que, no caso específico, já existem. É o caso da irredutibilidade salarial (CR. art. 7º. VI), proibição de descontos, salvo exceções legais (CLT. art. 462), proibição do *truck system* (CLT. art. 462. § 2º), limites quanto ao tempo e lugar do pagamento (CLT. arts. 444 e 495), proteção diante dos credores do empregador (CLT. art. 449), proibição de penhora (CPC. art. 649. IV), proibição de cessão (CLT. arts. 463. parágrafo único e 464), proteção em face de quem tem autoridade sobre o assalariado menor (CLT. art. 439) e proteção diante do inadimplemento do subempreiteiro e empreiteiro (CLT. art. 455).

No tocante à segunda parte do preceito, todavia, não há previsão constitucional de que sua aplicabilidade dependa de lei ordinária a ser editada. Do ponto de vista do Direito Penal, no entanto, não contém todos os elementos necessários para a caracterização da conduta típica, ou seja, “o modelo legal do comportamento proibido, compreendendo o conjunto de características objetivas e subjetivas do fato punível”.<sup>(32)</sup>

O inciso X, do art. 7º, da Constituição não descreve adequadamente a característica objetiva do tipo, pois se limita a mencionar “retenção do salário”, sem especificar se integral ou parcial, se uma única vez, ou se haveria necessidade de reincidência.

---

<sup>(32)</sup> FRAGOSO, Heleno, *op. cit.*, p. 156.



A característica subjetiva do fato punível, contudo, está suficientemente descrita pelo preceito em exame, já expressamente menciona a necessidade de dolo do agente.<sup>(33)</sup>

Percebe-se, ademais, que além de o inciso X, do art. 7º da Constituição não descrever adequadamente a conduta típica, faltam-lhe outros elementos indispensáveis, quais sejam, o estabelecimento da sanção, e as condições de aplicação da sanção penal.<sup>(34)</sup>

A segunda parte do preceito em foco caracteriza-se por ser uma norma penal em branco, pois necessita ser complementada por outra disposição legal.<sup>(35)</sup>

Inexiste, todavia, norma infraconstitucional integradora do inciso X, do art. 7º no ordenamento jurídico pátrio vigente.

José Afonso da Silva sustenta expressamente que “A segunda parte do dispositivo já define como crime retenção dolosa do salário, o que, nos termos da legislação penal vigente, caracteriza apropriação indébita.” O art. 168 do CP trata do crime de apropriação indébita.<sup>(36)</sup>

É demasiadamente sedutor este entendimento do ponto de vista do Direito do Trabalho, mas encontra sérios obstáculos de ordem penal.

---

<sup>(33)</sup> Francisco de Assis Toledo expõe que os **elementos objetivos** são todas as circunstâncias da ação típica que não pertençam ao psiquismo, ao mundo anímico do agente, sendo independentes do sujeito agente, e que devem ser alcançados pelo dolo do agente, dividindo-se em **descritivos** - que exprimem juízos de realidade (fenômenos ou coisas apreensíveis diretamente pelo intérprete, como, v. g., “matar”, “coisa”, “filho”, etc.) -, e **normativos** - constituídos por termos ou expressões que só adquirem sentido quando completados por um juízo de valor, preexistente em outras normas jurídicas ou ético-sociais, como v. g., “coisa alheia”, “propriedade”, “funcionários públicos”, etc.; enquanto os **elementos subjetivos** são os fenômenos anímicos do agente, ou seja, o dolo, especiais motivos, tendências, intenções. Op. cit., p. 141-142.

<sup>(34)</sup> Heleno Fragoso leciona que “A norma penal é constituída do conjunto formado pelo preceito e a sanção, que constituem unidade lógica indissolúvel” (op. cit., p. 76).

<sup>(35)</sup> FRAGOSO, Heleno, op. cit., p. 76.

<sup>(36)</sup> Op. cit., p. 261. Reza o art. 168 do CP: “Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou detenção: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”

O principal entrave a esta interpretação é a própria Constituição. art. 5º. XXIX. que consagra o *princípio da legalidade dos delitos e das penas ou princípio da reserva legal*.

Deste princípio decorre a inevitável conclusão de que só “a ameaça de um mal através da lei fundamenta a noção e a possibilidade jurídica da pena”. de modo que apenas através “da lei a pena ameaçada se liga ao fato como o pressuposto jurídico necessário”.<sup>(37)</sup>

Percebe-se. desse modo. que o art. 168 do CP não integra o art. 7º. X. da Constituição.

A interpretação que procura definir como crime de apropriação indébita a retenção salarial. socorre-se. a bem da verdade. do método analógico<sup>(38)</sup>, o que é vedado pelo mesmo princípio da reserva legal referido.<sup>(39)</sup>

Com efeito. o princípio da reserva legal procura. através da definição exata da conduta delituosa e da correspondente sanção. garantir ao indivíduo que não será punido pelo Estado. se não realizar determinada conduta especificamente prevista em lei (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*).

A aplicação analógica de crimes e penas compromete a segurança do indivíduo. pois poderia ser punido pelo Poder Público em virtude de interpretações que oscilam ao sabor do intérprete. favorecendo o arbítrio. e sem que houvesse a prévia ameaça legal.

Percebe-se. destarte. que a ausência de ameaça legal (como segurança jurídica) é o principal fundamento para não caracterizar crime de

---

<sup>(37)</sup> FRAGOSO, Heleno. *Op. cit.*, p. 93.

<sup>(38)</sup> Heleno Fragoso explica a distinção entre analogia e interpretação extensiva: “Há aplicação analógica quando a norma se estende a caso não previsto, mas semelhante, em relação ao qual existem as mesmas razões que fundamentam a disposição legal. A analogia distingue-se da interpretação extensiva, porque nesta não falta a vontade da lei, mas tão-somente a expressão verbal que a ela corresponda.” (*Op. cit.*, p. 87).

<sup>(39)</sup> Heleno Fragoso escreve que no Direito Penal a analogia é admissível, em princípio, nos casos em que beneficia o réu, mas não pode ser acolhida em relação às normas excepcionais (*Op. cit.*, p. 88).

apropriação indébita a retenção salarial, de acordo com o ordenamento jurídico atual. Em outras palavras, em virtude da inexistência de lei específica, não há ameaça sobre os empregadores de que se não pagarem salários no prazo legal incorreram em crime.

Indispensável, portanto, lei específica integradora da segunda parte do inciso X do art. 7º da Constituição.

O que induz à conclusão alcançada por José Afonso da Silva, ao que parece, é de que o preceito insculpido no inciso X do art. 7º, da Constituição Brasileira<sup>(40)</sup> está inserido no Capítulo II, que trata Dos Direitos Sociais, o qual, por sua vez, integra o Título II da Lei Maior, referente aos Direitos e Garantias Fundamentais.

Tem-se, desse modo, em uma análise inicial, que o preceito em tela contém direito e garantia fundamental do trabalhador.

Nesse sentido, não se pode olvidar o disposto no § 1º do art. 5º da Constituição, no sentido de que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Do ponto de vista do Direito Constitucional e do Trabalho cai como uma luva, no caso, a doutrina de Canotilho referente à *aplicabilidade direta das normas de direitos, liberdades e garantias*.

Defende este autor que seja afastada, desde logo, a “idéia criacionista` conducente ao desprezo dos direitos fundamentais enquanto não forem positivados a nível legal”, afirmando, ainda, que, na época atual “se assistia à deslocação da doutrina dos ‘direitos fundamentais dentro da reserva de lei’ para a doutrina da *reserva de lei dentro dos direitos fundamentais*”, ou seja, os direitos fundamentais previstos na Lei Maior, só existiriam, de fato, se uma lei ordinária assim prever, o que, em realidade, inverte, negativamente, a escala hierárquica do ordenamento jurídico.<sup>(41)</sup>

---

<sup>(40)</sup> Reza o art. 7º, X, da Constituição Brasileira: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa”.

<sup>(41)</sup> *Direito Constitucional*, 6ª ed. Livraria Almedina, Coimbra, 1993, p. 192.

Essa conclusão, embora correta, é insuficiente para resolver a questão relativa à aplicabilidade e eficácia da norma constitucional em foco, pois conforme adverte Canotilho. “A complexa articulação da ‘textura aberta’ da constituição com a positividade constitucional sugere, desde logo, que a garantia da força normativa da constituição não é tarefa fácil.” tendo em vista, continua o autor português, a tendência da doutrina clássica de classificar algumas normas constitucionais de programáticas, como se fossem “‘simples programas’, ‘exortações morais’, ‘declarações’, ‘sentenças políticas’, ‘aforismos políticos’, ‘promessas’, ‘apelos ao legislador’, ‘programas futuros’, juridicamente desprovidos de qualquer vincutatividade” Atualmente, prossegue o mesmo autor, pode e deve dizer-se que “não há normas constitucionais programáticas”, mas “normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que ‘impõem uma actividade’ e ‘dirigem’ materialmente a concretização constitucional”<sup>(42)</sup>

Predomina no Direito brasileiro, contudo, o entendimento de que o art 7º. X, da Constituição da República não é auto-aplicável, ao fundamento de que “a definição de delito e a cominação da sanção dependem de lei ordinária, visto que a própria Constituição declara não haver crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal (art 5º XXXIV)”<sup>(43)</sup>

Concebe-se o inciso X, do art 7º da Lei Maior como uma norma programática, ou de eficácia limitada de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta<sup>(44)</sup>

---

<sup>(42)</sup> *Idem*, p 189

<sup>(43)</sup> GOMES, Orlando & GOTTSCHALK, Elson *Curso de Direito do Trabalho Vols I e II 1ª ed Forense Rio de Janeiro, 1991, 926 p*

<sup>(44)</sup> Jose Afonso da Silva classifica as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democraticos e individuais como de eficácia contida e aplicabilidade imediata, “enquanto as que definem os direitos económicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada de princípios programáticos e de aplicação indireta” (*Curso de Direito Constitucional Positivo 6ª ed RT SP, 1990, p 161*) Para Jose Afonso da Silva as normas constitucionais são classificadas, quanto a eficácia e aplicabilidade, em I - normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral, que incidem imediatamente e dispensam legislação complementar, II - normas de eficácia contida e aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral, porque prevêm meios normativos que as integram e limitam, III - normas de eficácia limitada a) declaratoria de princípios institutivos

Em outras palavras significa que por mais que a Constituição da República disponha ser crime a retenção dolosa do salário, esta norma não pode ser aplicada no caso concreto pelo juiz, porque não existe lei ordinária específica que a integre, definindo precisa e adequadamente o tipo penal <sup>(45)</sup>

#### **4. Da apropriação indébita realizada por preposto do empregador**

É possível, em tese, sustentar, de acordo com o ordenamento jurídico vigente, a existência de crime de apropriação indébita de procurador, preposto gerente ou chefe de departamento da pessoa jurídica empregadora que, contrariamente a determinação de quem possui o poder de comando da empresa, deixa de efetuar o pagamento dos salários no prazo legal

A hipótese admitida é a do chefe de departamento pessoal ou feitor que, incumbido de realizar o pagamento dos salários aos empregados, dá destinação diversa ao numerário (CP, art 168), contrariando determinação do empregador

Vê-se que, no caso, a decisão de não pagar os salários não partiu de quem representa a pessoa jurídica empregadora, o que afasta a hipótese de retenção salarial prevista no art 7º, X, segunda parte, da Constituição

---

*ou organizativos, b) declaratoria de principios programaticos” (PINTO FERREIRA, Luiz Curso de Direito Constitucional 5ª ed Sarauva 1991, São Paulo, p 35)*

<sup>(45)</sup> *Heleno Fragoso explica que “Tipo e o modelo legal do comportamento proibido, compreendendo o conjunto de características objetivas e subjetivas do fato punível”, esclarecendo ainda que o tipo desempenha duas funções, a primeira e uma função de garantia, e a segunda, de fundamentar a ilicitude (antijuridicidade) do fato (Op cit , p 156 e 159) Para Francisco de Assis Toledo, “O tipo delitivo, como expressão esquemática de uma ação ilícita, ou como normação da conduta ilícita, contem, segundo supomos a) a proibição da conduta descrita, ou seja, o elemento valorativo que espelha o seu conteúdo material e atua como fator limitativo do juízo de adequação típica (as ações ou omissões etico-socialmente permitidas não podem estar abrangidas por um modelo de conduta proibida), b) a descrição da conduta proibida, isto é, o aspecto fático sobre que incide a valorização e a proibição da norma” (Op cit , p 140-141)*

Conclui-se, assim, que além de o ato de não pagar os salários ter caracterizado insubordinação, o que justificaria, inclusive, dispensa por justa causa, trata-se, sem dúvida, de crime de apropriação indébita.

Importa frisar que não haverá este crime, nas hipóteses de a empregadora ser pessoa jurídica, se a decisão de não pagar salários, partiu de quem tem poder de direção da empresa, pois este seria o caso da segunda parte do inciso X, do art. 7º da Lei Maior.

## 5. Da norma a ser criada

Pode-se admitir, em tese, que a lei a ser criada para integrar a segunda parte do inciso X do art. 7º da Constituição tenha a mesma feição do art. 168 do CP, já que se percebe claramente do teor do preceito constitucional a presença de alguns dos elementos que caracterizam o crime de apropriação indébita.

De fato,

O objeto da tutela jurídica do crime de apropriação indébita, esclarece Heleno Fragoso, é a proteção de direito patrimonial contra a apropriação ilícita de quem tem a posse de coisas móveis alheias.<sup>(46)</sup> O salário é um direito patrimonial do empregado que está na posse do empregador. A retenção do salário, portanto, poderia caracterizar-se apropriação ilícita de quem tem a posse de coisa alheia.<sup>(47)</sup>

O sujeito ativo do crime de apropriação indébita pode ser qualquer pessoa que tenha a posse ou detenha licitamente a coisa alheia.

---

<sup>(46)</sup> *Lições de Direito Penal. Parte Especial. Vol. 1. 10ª ed. Forense: RJ, 1988, p. 415. Julio Fabbrini Mirabete sustenta que o dinheiro pode ser objeto de apropriação, não no caso de mútuo, mas naquele em que entra na posse de alguém para a entrega ao proprietário (Manual de Direito Penal 2, 7ª ed. Atlas: SP, 1993, p. 262).*

<sup>(47)</sup> *O salário torna-se exigível no máximo até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido - salvo previsão contratual em contrário que pode antecipar a exigibilidade do direito -, quanto estipulado por mês (CLT, art. 459, § 1º), o que significa que após este dia se não houver pagamento, o empregador estará se apropriando ilícitamente do salário do empregado.*

objeto da ação.<sup>(48)</sup> O empregador, sem dúvida, até o salário tornar-se exigível, detém licitamente o dinheiro ou a utilidade devida ao empregado.

O sujeito passivo do crime de apropriação indébita será qualquer pessoa titular de direito patrimonial diretamente atingido pela ação delituosa.<sup>(49)</sup> O empregado é o sujeito passivo do crime de retenção salarial, pois é o titular do direito ao salário que será atingido pela ação delituosa.

O tipo objetivo do crime é a ação de apropriar-se de coisa alheia móvel, de que o agente tem a posse lícita da coisa, anteriormente à ação criminosa. A materialidade do fato reside em apropriar-se o agente da coisa, no todo ou em parte<sup>(50)</sup> ou, ainda, retê-la.<sup>(51)</sup> O tipo objetivo do crime de retenção salarial é exatamente o mesmo, pois o empregador tem a posse lícita do salário do empregado, até a exigibilidade, quando, então, passa a ser ilícita.

Helena Fragozo escreve, ainda com relação ao tipo objetivo do crime previsto no art. 168 do CP, que “a restituição da coisa antes do recebimento da denúncia, por ato voluntário do agente, impõe a diminuição da pena de um a dois terços (art. 16, CP)”,<sup>(52)</sup> de onde é possível concluir, *de lege ferenda*, que se o empregador pagar o salário após o prazo legal ou convencional, mas antes do recebimento da denúncia, poderia ter a mesma diminuição de pena.

O tipo subjetivo do crime de apropriação indébita é o mesmo da retenção salarial, o dolo, que é “a vontade consciente de praticar apropriação de coisa alheia”, sem que se exija “qualquer especial fim de agir”.<sup>(53)</sup>

Necessário, no entanto, que a lei a ser criada, contenha diretrizes mais específicas que serão imprescindíveis para a aplicação da norma.

---

<sup>(48)</sup> FRAGOSO, Helena C. *Op. cit.*, p. 415.

<sup>(49)</sup> *Idem*, p. 415.

<sup>(50)</sup> *Vê-se, assim, que a retenção de parte do salário também será apropriação indébita.*

<sup>(51)</sup> Helena Fragozo expõe que se “houver prazo convencional para a restituição, não haverá crime antes de seu decurso”, o que significa que após o decurso do prazo estará caracterizado crime de apropriação indébita.

<sup>(52)</sup> *Op. cit.*, p. 420.

<sup>(53)</sup> *Idem*, p. 423.

A primeira delas refere-se exatamente à conduta típica.

A segunda parte do inciso X, do art. 7º, da Constituição não esclarece se a conduta típica é não pagar o salário integral ou parcial, e, se parcial, em qual montante.

Indaga-se: se o empregador, por exemplo, deixa de pagar 1% do salário do empregado no prazo legal, mas paga 99%, estaria cometendo o crime de retenção salarial? Ao que parece, a lei a ser criada precisaria estabelecer um critério objetivo em relação ao montante do salário que se não pago ensejaria o crime.

Desaconselhável que seja definida como conduta típica deste crime a retenção integral do salário, pois, desse modo, haveria situações esdrúxulas, como o exemplo dado.

Seria prudente fixar, por exemplo, que a retenção de 50% ou mais do salário acarretaria crime de retenção salarial, implicando crime, em qualquer hipótese, o não pagamento, ao menos, no prazo legal, do piso salarial da categoria, ou, na ausência deste, do salário mínimo.

A reincidência é outro aspecto que deve ser considerado quando da elaboração da lei ordinária.

Com efeito, não se deve tratar penalmente, da mesma forma, o empregador que uma única vez realizou a conduta típica, daquele que, mais de uma vez, a cometeu.

Do ponto de vista da política-legislativa não seria interessante criminalizar todo e qualquer empregador que uma única vez descumpriu a obrigação de pagar salário, sob pena de se ter uma avalanche de processos penais, o conseqüente descrédito da lei, e a afirmação pública de que o empregador que inadimpliu uma única vez uma obrigação contratual, é um delinqüente, com inegáveis repercussões na esfera social e econômica.

A criminalização, tão-somente da conduta reincidente, encontra-se em maior harmonia com a realidade sócio-econômica brasileira.



Outra questão que deve ser resolvida pela lei refere-se ao âmbito de abrangência da retenção: se apenas o salário base, ou outras parcelas que integram o complexo salarial.

Existe profunda e infundável discussão, no âmbito do Direito do Trabalho, se determinadas parcelas integram ou não o salário, e, conseqüentemente, podem ou não ser suprimidas. Esta discussão dificultaria sobremaneira a aplicação da lei penal se definisse como conduta típica a retenção de todas as parcelas pagas por força do contrato de trabalho.

Veja-se, exemplificativamente, a hipótese da gratificação de função, em que há grande cisão jurisprudencial sobre a integração da mesma ao salário após longo período de pagamento ou, com outras palavras, se a gratificação de função pode ser suprimida, mesmo que o empregado retorne ao cargo efetivo após muitos anos no exercício de função de confiança.<sup>(54)</sup>

Ora, se há divergência na esfera trabalhista do que pode ou não ser suprimido, desaconselhável para a segurança jurídica que se inclua no tipo penal a supressão de toda e qualquer parcela, sob pena, inclusive, de se ter uma abundância, injustificável de crimes, e o que é pior, uma sentença criminal condenatória, e uma trabalhista considerando lícita a mesma conduta.

---

<sup>(54)</sup> *Citam-se, como exemplos, as seguintes ementas: "GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO - A lição da doutrina e da jurisprudência é no sentido de que o fator tempo constitui elemento essencial e indispensável na concretização da estabilidade econômica do empregado, tornando irredutível o acréscimo salarial conquistado. Empregado revertido ao cargo efetivo, mantém agregada ao seu patrimônio econômico, a verba percebida, por mais de dez anos, à título de gratificação." (TRT-PR-RO-3.700/93, Ac. 3ª T. 9.325/94, Rel. Juíza Wanda Santi Cardoso da Silva). "GRATIFICAÇÃO PERCEBIDA DURANTE LONGOS ANOS FACE AO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO GRATIFICADA - REVERSÃO AO CARGO ANTERIORMENTE OCUPADO - INCORPORAÇÃO. Se o empregado exerce a função de confiança por mais de 10 anos, tem motivo suficiente para manter a gratificação percebida, por ser um caso típico de estabilidade econômica, que deve existir na relação empregatícia. TST-RR-5.755/89.6 - Ac. 1ª T. 94/90, 13 2 90, Rel. Min. Fernando Vilar" (LTr, 54-9/1132); em sentido contrário: "CARGO DE CONFIANÇA - GRATIFICAÇÃO - A perda do cargo de confiança, com a reversão ao cargo efetivo, não dá ao empregado o direito a continuar percebendo a correspondente gratificação. TRT 12ª Região. RO-V 2.286/93 - Ac. 2ª T. 2.448/95, 7 4 95, Rel. Juiz Umberto Grillo" (LTr, 59-09 1241).*

Mostra-se mais condizente com a realidade *jus laboralista* e penal estabeleça-se que apenas a retenção do salário base e das comissões caracterizaria crime.

De extrema relevância, por outro lado, que a lei delimite de maneira precisa quem e como punir quando o empregador for pessoa jurídica, tendo em vista a irresponsabilidade penal das pessoas jurídicas. De acordo com o sistema penal vigente, admite-se a punição somente da pessoa física, que, no caso de retenção salarial, seria a responsável pela retenção, seja sócio, gerente, diretor ou administrador, que, em nome da pessoa jurídica, tomaria a decisão de reter o salário do empregado.

Na esteira da alteração legislativa proposta, conveniente fosse responsabilizar, além do dirigente, também a pessoa jurídica.<sup>(55)</sup> Existem medidas de segurança, como por exemplo o confisco e a interdição, que poderiam, *de lege ferenda*, ser utilizadas em casos de retenção salarial. A principal sanção que poderia ser imposta à pessoa jurídica, porém, é a pena pecuniária de multa, que reverteria em benefício do empregado prejudicado.

Desaconselhável, em uma primeira análise, estabelecer a pena privativa de liberdade, a menos em casos extremos de sucessivas reincidências. Nesta hipótese, tratando-se de pessoa jurídica, a pena recairia sobre os diretores e administradores.

Neste diapasão imprescindível que a lei expressamente autorize, em algumas situações, a desconsideração da pessoa jurídica, a fim de "afastar as cortinas conceituais quando se trata de apanhar a realidade que se oculta sob as máscaras do formalismo jurídico".<sup>(56)</sup>

---

<sup>(55)</sup> *Walter Rothenburg defende a responsabilidade criminal da pessoa jurídica, lembrando que no "domínio do direito do trabalho ou em direito econômico igualmente, são sociedades, tanto quanto particulares, que contravêm às prescrições legais" (Op. cit.). René Dotti ressalta que no XII Congresso Internacional de Direito Penal (Hamburgo, 1979) recomendou-se a admissão de responsabilidade penal, nos casos de atentados contra o meio ambiente, para efeito de impor sanções variadas como as interdições e o fechamento da empresa, além da multa." (Op. cit., p. 212).*

<sup>(56)</sup> *BATALHA, Wilson de Souza Campos. Desconsideração da Personalidade Jurídica na Execução Trabalhista - Responsabilidade dos sócios em Execução Trabalhista contra Sociedade, Revista LTr, 58-11/1295/1299.*

A previsão de uma pena restritiva do direito<sup>(57)</sup> de constituição de pessoas jurídicas não pode ser afastada em hipóteses em que o agente, quando sócio de outras sociedades, foi responsável pela retenção salarial.

## 6. Conclusão

Conclui-se, do exposto, que para que haja efetiva eficácia do direito ao salário, indispensável seja tutelado penalmente.

No ordenamento jurídico pátrio existe manifestação desta tutela, revelada através do art. 7º, X, da Constituição da República, que dispõe ser crime a retenção dolosa do salário.

Constata-se, entretanto, que se trata de norma programática, necessitando de lei ordinária integradora, que defina especificamente a conduta delituosa e estabeleça a correspondente sanção.

Em que pese o § 1º do art. 5º da Constituição, o preceito constitucional em apreço não possui todos os elementos necessários de uma norma penal que autorizem sua aplicação imediata. O principal óbice desta aplicação resulta do princípio da legalidade dos delitos e das penas, que veda a existência de crime sem que haja lei anterior que relacione a ameaça da conduta com uma determinada sanção.

A identificação do crime de retenção salarial com o de apropriação indébita resulta de um processo analógico, vedado pelo art. 5º, XXXIX da Constituição.

É imprescindível que seja editada lei ordinária que integre a segunda parte do inciso X do art. 7º da Constituição, completando a definição da conduta típica já prevista, estabelecendo a sanção ou sanções, inclusive multas, como também quem responsabilizar e quando responsabilizar, estabelecendo, dessa forma, através da lei, relação entre a ameaça da conduta e a sanção.

Ter-se-á, dessa forma, tutela eficaz de direito fundamental do trabalhador que é o salário.

---

<sup>(57)</sup> FRAGOSO, Heleno. *Op. Cit.*, p. 323.

## O CONCEITO DE SALÁRIO EM UTILIDADES

*José Aparecido dos Santos<sup>(\*)</sup>*

Muitos e expressivos juristas já se debruçaram sobre o conceito de salário e, conseqüentemente, sobre sua natureza jurídica, o que pode parecer tratar-se de tema já esgotado e cujo estudo pouca relevância possui. Contudo, quando se analisa de forma mais profunda a matéria, constata-se que precisar o conceito de salário ainda é obra que se encontra por teminar. O presente trabalho não tem a pretensão de cumprir essa tarefa, mas apenas delimitar o problema e oferecer um grão de sal na sua discussão, em especial no que diz respeito à aplicação desse conceito às utilidades salariais, tema esse que é o objeto principal de nossa análise.

Definir o que seja uma palavra, mormente nas ciências jurídicas, muito mais do que mera exigência científica, decorre da necessidade de se compreender e ser compreendido. Deveras, se queremos extirpar confusões, deixando de atribuir um termo jurídico a outro, é forçoso que os delimitemos, sob o risco de atribuir significado igual para diferentes objetos, ou diferentes significados para o mesmo ente. Tal inferência ganha maior relevância quando observamos que, no nosso objeto de estudo, a palavra "salário" tornou-se tão banal, que se perde por vezes a visão exata da sua essência, o que gera sensível insegurança quanto ao alcance jurídico de inúmeros fatos relacionados com a atividade laboral.

Presenciamos atualmente uma mudança gradual nas relações entre o capital e o trabalho, que está se refletindo numa alteração do próprio conceito de emprego e, conseqüentemente, de salário.

Cada vez se fala menos em emprego e mais em trabalho ou ocupação. Precisar o conteúdo de salário, nesse contexto, é imprescindível não só para evitar que antigas figuras sejam apresentadas sob novas roupagens, como também para melhor compreender e definir aquilo que de novo está surgindo.

Infelizmente, nos meios jurídicos é por demais freqüente a utilização incorreta de conceitos, gerando por vezes conteúdos até

---

<sup>(\*)</sup> Juiz do Trabalho Substituto da 9ª Região.

contraditórios. Confunde-se autos com processo. multa com indenização (e vice e versa). arquivamento com extinção do processo. conciliação com desistência. etc. Numa ciência, como a nossa, que se serve basicamente da palavra como forma de obtenção da verdade e do seu próprio progresso. é por demais perigoso atribuir-se a significantes e significados correntes conteúdos diversos da estrutura legal e habitualmente utilizada. sob pena de se incorrer em raciocínios tautológicos ou em silogismos erísticos. Assim. pretendemos expor as dificuldades de se precisar o que seja salário. bem como. oferecer um pequeno contributo ao entendimento do que. no nosso entender. seja salário em utilidades.

## 1. Evolução histórica do conceito de salário.

### 1.1 - Teoria da contraprestatividade

Quando o contrato de emprego surgiu. a mentalidade jurídica se encontrava inteiramente imbuída dos padrões clássicos de contrato. Assim. é compreensível que num primeiro momento se tenha relacionado o novo sistema contratual à locação de serviços. Cedo. porém. percebeu-se as diferenças gritantes entre as duas modalidades de contrato. daí porque se debruçaram os juristas sobre a natureza jurídica dessa relação. surgindo assim as teorias anticontratalistas. contratualistas e acontratalistas. dos mais diversos matizes. tendo prevalecido de modo geral a teoria da sua natureza contratual e de sua espécie “sui generis”.

Partindo-se de uma visão contratualista da relação de emprego. mas ainda sob influência da “locatio operarum”. a primeira definição que surgiu para salário foi a de retribuição pelos serviços prestados pelo empregado. Trata-se da teoria da contraprestação do trabalho. que prevaleceu por significativo tempo. e. mesmo até hoje encontra defensores<sup>(1)</sup>. Dessa teoria advém a expressão muito repetida de que sem trabalho não há

---

<sup>(1)</sup> Mozart Víctor Russomano (*Curso de Direito do Trabalho*, Curitiba, Juruá, 1991, pág. 333, *idem*, em *Comentários à CLT*, Rio de Janeiro, Forense, 1993, vol. I, pág. 422), Délio Maranhão (*Direito do Trabalho*, Editora FGI, 1982, pág. 175) e Orlando Gomes e Elson Gottschalk (*Curso de Direito do Trabalho*, Forense, 12ª ed. 1991, pág. 234) Essa parece ser também a posição de Otávio Bueno Magano pelo que se extrai da definição que propõe (*Manual de Direito do Trabalho*, São Paulo, LTr, vol. II, 3ª ed., 1992, pág. 218), malgrado faça referência aos conceitos de Plá Rodríguez e ao art. 26 do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha.

salário<sup>(2)</sup>, tese hoje superada mas que ainda encontra eco em alguns poucos sistemas jurídicos.

## 1.2 - Teoria da disponibilidade

Contudo, a definição de salário como mera contraprestação era insuficiente e disso logo se aperceberam os estudiosos. Com efeito, constatou-se que em inúmeras circunstâncias o empregado não trabalha, posto que se encontra aguardando ordens ou em afastamentos previstos na lei ou no contrato, mas ainda assim recebe salário. Salário, portanto, logo se percebeu, é mais do que mera retribuição pelo serviço prestado. Procurando dar resposta a essas indagações, surgiu a teoria da disponibilidade do trabalhador, segundo a qual o salário não remunera apenas o trabalho prestado, mas também o tempo em que o empregado se encontra disponível para a empresa. O sinalagma perfeito, que em tese é inerente aos contratos bilaterais, e que na teoria da contraprestatividade encontra rigorosa aplicação, foi remodelado de modo que se passou a entender que a correspondência entre as duas obrigações é relativa. O contrato é bilateral e sinalmático como um todo, englobadamente, e não prestação por prestação, detalhe por detalhe<sup>(3)</sup>, não obstante seja correto dizer que o salário continua vinculado, na maior parte, ao trabalho efetivamente prestado<sup>(4)</sup>.

Entre nós, o principal divulgador dessa teoria foi José Martins Catharino, que inicialmente assim definia salário:

“Contraprestação devida a quem põe seu esforço pessoal à disposição de outrem em virtude do vínculo jurídico de trabalho, contratual ou instituído”<sup>(5)</sup>.

É curioso observar que essa definição, malgrado o citado mestre adote expressamente a teoria contratualista da relação de emprego, faz

---

<sup>(2)</sup> Ludovico Barassi (*Il Diritto del Lavoro*, Milano, Giuffrè Editore, 1949, vol. III, pág. 3) e Orlando Gomes e Elson Gottschalk (*op. cit.*, pág. 235).

<sup>(3)</sup> Arnaldo Süssekind (*Instituições de Direito do Trabalho*, LTr, São Paulo, 1991, vol. I, pág. 322) e Arion Sayão Romita (*Temas de Direito Social*, Freitas Bastos, 1984, pág. 191).

<sup>(4)</sup> Ernesto Krotoschin (*Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, Roque Depalma Editor, 1955, pág. 235).

<sup>(5)</sup> *Tratado Jurídico do Salário*, Freitas Bastos, 1951, pág. 90.

expressa concessão à teoria institucionalista<sup>(6)</sup>. Talvez por isso, em obra mais recente, o citado jurista tenha alterado seu conceito de remuneração para:

“Prestação devida a quem põe seu esforço pessoal à disposição de outrem por causa de uma relação de emprego”<sup>(7)</sup>.

No nosso entendimento, essa é a teoria que melhor apreende a essência do que seja salário, principalmente em face do sistema adotado no nosso ordenamento jurídico<sup>(8)</sup>, isso porque se baseia nas duas raízes primárias da natureza salarial: retribuição e disponibilidade. Retribuição da disponibilidade do emprego é uma definição sintética que bem delinea a essência jurídica de salário, embora vista apenas sob o prisma objetivo.

### 1.3 -Crítica aos novos conceitos

Mais recentemente, como magistralmente ensina Amauri Mascaro Nascimento<sup>(9)</sup>, surgiram novas indagações a respeito do conceito de salário, baseadas numa suposta insuficiência da teoria da disponibilidade. Os juristas têm asseverado que não só o trabalho prestado ou o tempo em que o empregado está à disposição geram direito à percepção de salários, posto que

---

<sup>(6)</sup> *Em equívoco semelhante, a nosso ver, recau Guido Bortolotto (Diritto del Lavoro, Ulrico Hoepli Editore, Milano, 1935, pág. 143) ao conceituar que “retribuzione è il complesso degli emolumenti, che l'operario o l'impiegato riceve dal datore di lavoro, come corrispettivo delle sue prestazioni, fornite nell'interesse dell'azienda, dalla quale esso dipende”. Contudo, embora adote a tese contratualista, o conceito reflete as idéias corporativistas do renomado autor italiano*

<sup>(7)</sup> *Compêndio de Direito do Trabalho, São Paulo, Saraiva, 3ª ed., 1982, vol.II, pág. 31*

<sup>(8)</sup> *Aqui não tem cabimento a crítica que Américo Plá Rodriguez (Curso de Direito do Trabalho, LTr, 1982, pág. 146-150) faz ao critério proposto por De Ferrari sobre a matéria. Com efeito, no nosso ordenamento jurídico não mais há a possibilidade de suspensão do contrato por motivo econômico, principal óbice vislumbrado pelo ilustre jurista a essa tese, pois ali o empregado ainda estaria à disposição, malgrado não recebesse salário. Contudo, quando a lei agasalha hipóteses extravagantes como essas (que escapam do conceito contratual da relação de emprego), parece-nos que durante a suspensão o empregado não se encontra mais à disposição do empregador em nenhum aspecto, podendo inclusive trabalhar para outrem, daí porque, infirma-se aquela objeção*

<sup>(9)</sup> *Teoria Jurídica do Salário, LTr, 1994, pág. 102*

também se verificam circunstâncias em que o empregado está não apenas desobrigado, como até proibido de trabalhar.

Amauri Mascaro Nascimento, na obra citada, a esse respeito faz referência àquelas hipóteses que no direito brasileiro se denominam interrupção do contrato, como férias, licenças remuneradas, descanso semanal remunerado, e outras circunstâncias em que o empregado não trabalha e nem sequer se encontra à disposição do empregador, mas recebe. Menciona, ainda, a tendência atual para se definir salário não apenas em aspectos objetivos, mas também segundo o prisma do assalariado, definindo-o como conjunto das percepções econômicas do trabalhador.

Todos os novos conceitos sugeridos pelos mais diversos e renomados juristas não são imunes a críticas como bem realça o próprio Amauri Mascaro Nascimento, posto que a multiplicidade e a complexidade das relações que hodiernamente incidem no contrato de emprego tornaram multifacetado o conceito de salário. Contudo, sem descer a minúcias nem com o intuito de esgotar o tema, parece-nos que os novos conceitos sugeridos mais recentemente, em sua maioria, esbarram em dois equívocos básicos: primeiro, porque não observam os princípios lógicos que informam a definição; segundo, porque partem de uma concepção restritiva do que seja disponibilidade.

Com efeito, quando se fala que “salário é o conjunto de vantagens econômicas, normais e permanentes, que obtém o trabalhador como consequência de seu trabalho prestado em virtude de uma relação de emprego”<sup>(10)</sup>, está se dizendo tudo, mas ao mesmo tempo nada se diz, posto que os elementos eidéticos que diferenciam o salário de outras percepções tidas como não salariais não entram na definição. Em igual equívoco se incorre quando se define salário como “pagamento feito pelo empregador ao empregado como consequência do contrato de trabalho”<sup>(11)</sup>. A nosso ver, definir salário dessa forma seria equivalente a definir contrato de trabalho como o ajuste existente entre um empregado e um empregador, algo próximo do que dispõe art. 442 da CLT, tão criticado<sup>(12)</sup> justamente pela redundância.

---

<sup>(10)</sup> Amauri Mascaro Nascimento (*op. cit.*, pág. 109).

<sup>(11)</sup> José Luiz Ferreira Prunes (*Salário sem trabalho*, LTr, 1976, pág. 9)

<sup>(12)</sup> A esse respeito Orlando Gomes e Elson Gottschalk (*Curso de Direito do Trabalho*, Forense, 12ª ed., 1991, pág. 130/131).



Como bem realça Maria Helena Diniz<sup>(13)</sup>, alguns princípios devem ser observados ao se definir um objeto: 1º - a definição deve ser convertível ao definido (nem mais larga nem mais estreita. sob pena de não indicar sua essência própria); 2º - a definição deve ser mais clara que o definido; 3º - o definido não entra na definição; 4º - a definição deve ser de preferência positiva; 5º - a definição deve ser breve. Os exemplos citados no parágrafo precedente desobedecem a esses priscos princípios em diversos pontos. Primeiro, porque são muito amplos, de sorte que abarcam diversas figuras que normalmente não são incluídos no conceito de salário. Segundo, porque (em relação ao primeiro conceito) há excessos na definição (*definitio sit breves*), já que fala em duas causas idênticas ("consequência de seu trabalho prestado" e "em virtude de uma relação de emprego"). É óbvio que se o salário é recebido em virtude de uma relação de emprego, só pode decorrer do trabalho prestado. Além disso, não só do trabalho prestado, mas também do tempo disponível resulta o direito a salário. Terceiro, porque (no que diz respeito ao primeiro conceito) precisar o que sejam "percepções econômicas" nos leva aos mesmos questionamentos a respeito do que seja ontologicamente salário (*definitio sit clarior definito*), claro indicativo de que o definido, por via indireta, está entrando a definição (*definitum non debet ingredi definitionem*).

A esse respeito, convém analisar a definição proposta pelo próprio Amauri Mascaro Nascimento, influenciada pelo critério adotado no art. 26 do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha:

Salário é a totalidade das percepções econômicas dos trabalhadores, qualquer que seja a forma ou meio de pagamento, quer retribuam o trabalho efetivo, os períodos de interrupção do contrato e os descansos computáveis na jornada de trabalho<sup>(14)</sup>.

Tal definição, embora bem delineada, oferece dificuldades na sua interpretação. Por ela, v.g., a indenização de antiguidade (art. 478 da CLT) poderia ser entendida como salário. Também o seriam o auxílio-acidente e o auxílio-doença pagos pela Previdência Social. Além disso, é enumerativa, o que não é desejável, e sobre ela também incide a crítica já mencionada a respeito do que sejam "percepções econômicas".

---

<sup>(13)</sup> *Conceito de Norma Jurídica como Problema de Essência*, RT, 1979, pág. 5.

<sup>(14)</sup> *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo, Saraiva, 1991, pág. 435.

Muitos desses novos conceitos, por outro lado, sequer guardam a ponta da novidade e até representam o retorno a conceitos antigos e já superados, posto que genéricos por demais, daí porque muita semelhança guardam com antigas criações doutrinárias e legislativas. Tome-se como exemplo disso a definição inserta no art. 13 do Regulamento italiano da lei de acidentes de trabalho, de 13.03.1904, que assim descreve: “s” intende per salario o rimunerazione o guadagno tutto ciò che l’ operaio riceve per retribuizione del suo lavoro: ...”<sup>(15)</sup>, excerto que muito se aproxima de diversas das definições mais recentemente propostas.

Parece-nos, ante tais considerações, que para conhecer a “eidos” do salário se faz necessário antes de mais nada ter uma compreensão mais ampla do que seja “disponibilidade”. Por disponibilidade, na nossa concepção, deve ser entendido aquele estado de espírito em que se encontra imbuído o trabalhador para aceitar as solicitações do empregador. Um tal conceito, como se vê, está diretamente relacionado com o estado de subordinação jurídica do empregado, não uma subordinação típica dos esquemas legais clássicos, mas um elemento peculiar e que não se traduz em prestações e obrigações predeterminadas<sup>(16)</sup>, fato que parece decorrer de uma fidúcia especial da relação de emprego, mediante a qual as partes visam satisfazer diversos interesses convergentes. Assim, não há como se negar que mesmo em férias ou em repouso semanal o empregado se encontra em disponibilidade, já que por diversas razões está sujeito a solicitações ou determinações, quer sejam negativas (não trabalhar nas férias, v. g.), quer sejam positivas (vir trabalhar em situações de força maior, v.g.).

Se por um lado as novas definições, no nosso entender, não atingem de modo satisfatório a essência do que seja salário, por outro tiveram o mérito de demonstrar que o conceito de salário não é apenas objetivo, mas depende também da visão que os sujeitos da relação de emprego possuem desse objeto. Ou seja, fica evidenciado o caráter dúplice da natureza do salário, dentro de uma concepção relativista.

Frise-se, ainda, que o conceito de salário depende das diversas gradações que os mais diversos sistemas jurídicos lhe impõem, posto que malgrado a existência de um conteúdo eidético comum a esse objeto em todos os sistemas, há que se reconhecer que o tratamento legislativo diverso pode

---

<sup>(15)</sup> *apud Guido Bortolloto (op. cit., pág. 157).*

<sup>(16)</sup> *M. F. Rabaglietti (La Subordinazione nel Rapporto di Lavoro, Milano, Giuffrè Editore, 1959, pág. 74).*

implicar na assimilação de uma teoria diferente. Por essas razões, neste trabalho não faremos a distinção, tipicamente brasileira, entre remuneração e salário, considerando-as como equivalentes.

Além disso, foge ao escopo deste trabalho uma análise do salário de forma ampla, em especial no que diz respeito à teoria do salário social, que embute diversas figuras jurídicas que fogem à tradição brasileira sobre a matéria. Assim, quando analisamos salário o fazemos sempre voltados àquilo que, como decorrência de estar à disposição (aí incluído o serviço efetivo) do empregador, o trabalhador recebe deste ou de terceiros.

Dentro dessa concepção, portanto, não estariam incluídas no conceito de salário as parcelas pagas pela Previdência Social, pois nessas circunstâncias, efetivamente, o empregado não se encontra à disposição do empregador (suspensão contratual). Também não se incluem as diversas indenizações previstas em lei, posto que nessas hipóteses o pagamento não decorre diretamente do fato de estar à disposição do empregador, mas apenas reparam o prejuízo acarretado com a extinção do contrato ou com a supressão de vantagens futuras.

## **2. O salário em utilidades**

O ponto nodal do conceito de salários exsurge quando se analisam as chamadas utilidades salariais, como habitação, alimentação, vestuário, etc., que são fornecidas ao empregado em decorrência do contrato de emprego. A já referida complexidade das relações de trabalho dificulta crescentemente a distinção das utilidades salariais daquelas meramente instrumentais, ou seja, das utilizadas para a realização do serviço.

Em vista do nosso ordenamento jurídico, parece-nos relevante definir critérios para se distinguir salário em utilidades de instrumento de trabalho, posto que, diferentemente do que é adotado em outros países, a nossa lei estabelece importantes repercussões no contrato quando se fornecem utilidades salariais, tornando ainda mais gravoso o ajuste. Por outro lado, percebe-se com a crescente complexidade das relações de trabalho que o fornecimento de utilidades, sejam salariais, sejam instrumentais, representam vantagens consideráveis para ambos os contratantes, de forma que, até para uma melhor regulamentação, é preciso distinguir as duas espécies. Imagine-se a hipótese das regiões metropolitanas: o empregador que fornece condução aos seus empregados se beneficia com a maior certeza de comparecimento e

com a satisfação proporcionada aos seus empregados, com o conseqüente acréscimo de produtividade. Por outro lado, os trabalhadores, também se beneficiam, pois se livram do caos que reina no transporte público, ganhando tempo, e a sociedade talvez seja a maior beneficiada, posto que o transporte público fica menos sobrecarregado, gerando-lhe menor custo social. Seria esse fornecimento uma utilidade salarial, que deva produzir reflexos em repouso semanal remunerado, FGTS e outras parcelas? Mesmo permanecendo no campo meramente técnico, responder a perguntas como essa nem sempre constitui tarefa fácil, até porque há árdua divergência jurisprudencial e doutrinária, o que gera insegurança e inibe uma atuação empresarial naquele sentido.

É inquestionável que, para ser considerada salário, a utilidade fornecida deve representar vantagem auferida em decorrência do serviço prestado, e nunca meios (instrumentos) necessários à execução dos serviços, caso em que, embora existente relação de causalidade entre o atributo e o contrato, a sua natureza não é retributiva, mas meramente utilitária.

Na tentativa de melhor distinguir as utilidades salariais das instrumentais os juristas se bateram por diversos critérios. A mais conhecida e aplicada no Brasil é a regra traçada pelo mestre José Martins Catharino, segundo a qual é instrumento de trabalho toda utilidade necessária e indispensável à realização do serviço e salário aquela fornecida pelo serviço prestado<sup>(17)</sup>. Embora rigorosamente correta, essa regra não tem sido suficiente para uma adequada delimitação, posto que no caso concreto nem sempre é fácil dizer se a utilidade foi realizada para o trabalho ou pelo trabalho, havendo um campo cinzento que abrange as duas hipóteses.

O multicitado Amauri Mascaro Nascimento<sup>(18)</sup> discorreu percucientemente sobre os diversos critérios utilizados para se proceder essa distinção, apontando para isso as seguintes características das utilidades salariais, segundo as várias tendências doutrinárias: a) habitualidade da utilização; b) fundamento contratual ou costumeiro; c) onerosidade no fornecimento; d) atendimento às necessidades individuais do trabalhador e não às necessidades do serviço.

---

<sup>(17)</sup> *Tratado Jurídico do Salário*. Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1951, pág. 171.

<sup>(18)</sup> Amauri Mascaro Nascimento (*Manual do Salário*. São Paulo, LTr, 2ª ed., 1985, pág. 221).

## 2.1 - habitualidade

O critério da habitualidade, com o devido respeito que merecem os ilustres juristas que o defendem<sup>(19)</sup>, não pode ser aceito como parâmetro. A habitualidade nunca foi requisito do salário *strictu sensu* e, pela mesma razão, não poderia sê-lo em relação às utilidades salariais, pois, ainda que fornecida eventualmente, a utilidade caracterizar-se-á como salário se de alguma forma for contraprestação, com acréscimo patrimonial para o empregado, o que via de regra ocorre.

Quando o empregado recebe, *verbi gratia*, uma gratificação, ainda que de forma eventual e aleatória, o valor recebido evidentemente decorre da relação de emprego e do fato de se encontrar disponível para a empresa. Da mesma forma quando recebe alimentação ou outra utilidade, sem que nada seja cobrado do empregado, sendo hialina a natureza retributiva dessas parcelas, o que as insere no gênero de salário. Asseverar, como o faz Antônio Lamarca<sup>(20)</sup>, que nessas circunstâncias o fornecimento é mera liberalidade do empregador, tratando-se de um contrato paralelo e independente do empregatício (um ato meramente assistencial) é desconhecer a realidade das relações entre capital e trabalho, onde nada é ou deve ser fornecido de graça, desprezando-se ainda a sua natureza contratual. Trata-se de afirmação que é desmentida pela própria realidade contratual, até porque ainda não se viu empregadores distribuindo alimentação gratuitamente para terceiros, ou seja, lavrando esse “contratos paralelos” com quaisquer outras pessoas que não sejam seus empregados.

A habitualidade, portanto, nada mais é do que mero critério para se averiguar a existência de expectativa de continuidade no seu recebimento, como vem sistematicamente entendendo doutrina e jurisprudência (v.g. Súmulas 209 e 459 do STF). Diz respeito, portanto, à perspectiva de integração daquele bem ao patrimônio do empregado (continuidade ou durabilidade), mas não obsta o reconhecimento de sua

---

<sup>(19)</sup> Dorval Lacerda (*O contrato individual de trabalho*, São Paulo, Livraria Acadêmica & Saraiva, 1939, pág. 173); Otávio Bueno Magano (*Manual de Direito do Trabalho*, LTr, vol. II, 1992, 3ª ed., pág. 219); Délio Maranhão (*op. cit.* pág. 177); Luiz José Mesquita (*Das Gratificações no Direito do Trabalho*, Saraiva, 1957, pág. 15), Roberto Barretto Prado (*Tratado de Direito do Trabalho*, RT, 2ª ed., 1971, vol. I, pág. 200) e Giuliano Mazzoni, (*Manuale di Diritto del Lavoro*, Giuffrè Editore, Milano, 1988, vol. I, pág. 665).

<sup>(20)</sup> Salário-utilidade, Revista LTr-41/1292.

natureza salarial. A comparação com o prêmio é inevitável: em se tratando de parcela eventual sua integração é vedada, mas, por ser retributiva, a sua natureza salarial nunca deixou de ser reconhecida. Censurável, portanto, a inclusão desse requisito no texto legal (art. 458, *caput*, da CLT)<sup>(21)</sup>.

## 2.2 - fundamento contratual ou costumeiro

Diz-se que deixam de ser salariais as utilidades fornecidas sem fundamento contratual ou costumeiro<sup>(22)</sup>. A assertiva, contudo, é redundante, posto que sejam instrumentais ou salariais, não nos parece possível que utilidades possam ser fornecidas à margem de um contrato. Se esse fornecimento pode decorrer de contrato distinto e “paralelo” ao de emprego, é questão que será analisada no item concernente à onerosidade.

No que diz respeito aos costumes, é muito estreito o seu campo de aplicação no que concerne ao fornecimento de utilidades salariais. Contudo, em se tratando de ordenamentos jurídicos do tipo “civil law”, como o nosso, a questão ganha pouca relevância, posto que os costumes tendem a ser associados ao próprio contrato. Nesse aspecto, perde importância a tese de Antônio Lamarca<sup>(23)</sup> de que o costume referido no *caput* do art. 458 da CLT é o costume da empresa, posto que de qualquer sorte seria uma mera cláusula que adere ao contrato de emprego. Ademais, aqui também cabe a observação do parágrafo precedente: mesmo as utilidades instrumentais são fornecidas em decorrência do contrato ou do costume, daí porque tal critério não pode se prestar a diferenciá-las das utilidades salariais.

## 2.3 - atendimento às necessidades do trabalhador

Apesar de inserir esse traço diferenciador em sua obra, Amauri Mascaro Nascimento não traça maiores considerações sobre seu alcance. Na doutrina, a expressão “atendimento às necessidades do trabalhador”, contudo, costuma assumir duas acepções diversas: uma quantitativa e outra qualitativa.

---

<sup>(21)</sup> Nesse sentido Messias Pereira Donato (*Curso de Direito do Trabalho*, Saraiva, 2ª ed. 1977, pág. 185).

<sup>(22)</sup> Tese defendida por Antonio Lamarca (*op. cit.* pág. 1295 196), que afirmam tratar-se de critério superior ao de José Martins Catharino.

<sup>(23)</sup> *op. cit.*, pág. 1292, citando Pontes de Miranda.

Na acepção qualitativa, poderíamos dizer que o salário deve atender às necessidades do próprio trabalhador, ou seja, deve lhe ser útil, bem como à sua família. Se determinada utilidade é exclusiva ou preponderantemente útil ao empregador ou a terceiros, é evidente que sua natureza não é salarial, mesmo que decorra do contrato. Essa inferência, aparentemente óbvia, está relacionada com a disponibilidade que o trabalhador terá da utilidade, posto que de pouco lhe aprovem, como indivíduo isolado, determinada cláusula contratual se seus efeitos não representam acréscimo ao seu patrimônio.

Uma concepção quantitativa do tema também é admitida por alguns juristas, que entendem ser a suficiência elemento integrante do salário<sup>(24)</sup>. Trata-se, a nosso ver, de tese indefensável. Com efeito, a suficiência do salário é diretriz a ser perseguida pela lei e pela sociedade, como corolário da realização da sonhada justiça social, mas o seu atingimento não pode ser tido como premissa necessária (*conditio sine qua non*) do conceito de salário, até porque, do contrário, teríamos no Brasil uma grande massa de empregados que não recebem salário, consabida que é a insuficiência do salário mínimo.

#### 2.4 - onerosidade e gratuidade

Outro critério que não se presta à distinção (ao contrário, obscurece seu entendimento) é o da onerosidade. Isso porque, é forçoso concluir que todos os ajustes do contrato de emprego são onerosos e, assim sendo, tanto as utilidades salariais como as instrumentais são onerosas, o que torna inútil tal critério para se definir a natureza da utilidade fornecida pelo empregador.

O contrato de emprego, por se inserir entre os contratos bilaterais comutativos, implica necessariamente em um sinalagma: a obrigação de um contratante tem como causa a prestação do outro<sup>(25)</sup>. A unir essa relação de reciprocidade, um importante nexo de causalidade: o sacrifício patrimonial de uma das partes ligado a uma correspondente vantagem a ser proporcionada pela outra, em relação de equivalência

---

<sup>(24)</sup> Otávio Bueno Magano (*op. cit.*, vol. II, pág. 178 179).

<sup>(25)</sup> Arion Savão Romita (*O princípio da equivalência das prestações na execução do contrato de trabalho. In Revista Jurídica do Trabalho, Ano I nº 1, Salvador/Lisboa, abril/junho de 1988, pág. 152*).

subjetiva<sup>(26)</sup>. Esse nexu insere o contrato de emprego entre os ajustes onerosos. Não obstante a existência de antiga controvérsia a respeito da essencialidade do caráter oneroso para configuração da relação de emprego, predomina o entendimento de que se trata de elemento imprescindível<sup>(27)</sup>.

Tradicionalmente, por influência de uma visão estaticamente civilista dos contratos, têm-se enfatizado a relação de emprego como o vínculo através do qual alguém transmite (aliena) sua força de trabalho a outrem mediante remuneração<sup>(28)</sup>. Há que se ter, entretanto, quanto às obrigações resultantes do vínculo de emprego uma visão “complexa” ou “orgânica”, como bem ensina o Prof. Antônio Monteiro Fernandes<sup>(29)</sup>, inspirado na literatura clássica alemã. Em verdade, o empregado cede ao empregador bem mais do que mera atividade laboral (trabalho efetivo), recebendo em contrapartida algo mais do que mera retribuição pecuniária (salário). É crescente, pois, a ampliação conceitual de retribuição<sup>(30)</sup>.

Como esclarece o mencionado mestre, por força do peculiar vínculo de subordinação existente (e do poder diretivo do empregador, que representa a outra faceta do mesmo fenômeno), o empregado mais que ceder seu trabalho, obriga-se a permanecer à disposição da empresa, ainda que sem prestar serviços. As hodiernas necessidades sociais, por outro lado, que em muito ultrapassam meras necessidades vitais imediatas, implicam em expectativas outras por parte do empregado, que acaba por receber “em troca” não apenas a remuneração (salário em moeda corrente ou em utilidades), mas outras vantagens iminentes. Algumas dessas vantagens constituem, para o empregador, obrigação de dar (material indispensável para o trabalho e vestimentas, v.g.), outras de fazer (ministrar aprendizagem, v.g.) e outras de não fazer (não rescindir o contrato, caso pactuada estabilidade contratual, por exemplo).

---

<sup>(26)</sup> Ludovico Barassi (*op. cit.*, vol. III, pág. 3 5).

<sup>(27)</sup> Amauri Mascaro Nascimento (*Compêndio de Direito do Trabalho*. São Paulo, LTr EDUSP, 1976, pág. 491 492).

<sup>(28)</sup> Jean-Claude Javillier (*Manual de Direito do Trabalho*. São Paulo, LTr, 1988, pág. 139).

<sup>(29)</sup> *Inexecução da Obrigação de fazer no contrato de trabalho*. In *Revista Jurídica do Trabalho*, ano II, nº 5, Salvador/Lisboa, abril/julho de 1989, pág. 53.

<sup>(30)</sup> José Martins Catharino (*Compêndio de Direito do Trabalho*. São Paulo, Saraiva, 3ª edição, 1982, vol. II, pág. 30).



É evidente que, em se tratando de benefícios oriundos do contrato e que resultam da contraprestação laboral, com sacrifício patrimonial por parte do beneficiário (empregador), tais parcelas são oferecidas aos empregados a título oneroso. Há que se ressaltar, conseqüentemente, a impossibilidade de se utilizar o critério da onerosidade para distinguir as utilidades salariais das meramente instrumentais, pois ambas, representam benefícios oriundos do contrato e decorrentes da prestação dos serviços, sendo concedidas onerosamente. Esse aspecto não passou despercebido a José Luiz Ferreira Prunes<sup>(31)</sup>, em sua instigante obra, sendo forçoso reconhecer que, via de regra, o fornecimento de qualquer utilidade "gratuitamente", em verdade, mascara o pagamento de salário, com prejuízo para o empregado, que fica privado das respectivas repercussões.

Convém ressaltar outra ilação: o simples fato de o empregador descontar dos salários quantias (irrisórias ou não) por conta do fornecimento de quaisquer utilidades não retira o caráter oneroso do ajuste. Isso porque, o acerto bilateral nesse sentido faz parte orgânica do contrato de emprego, não implicando em coexistência com contrato de natureza diversa, mas uma mera cláusula contratual. O contrato de emprego incorpora todas as obrigações acessórias e correlatas (teoria da absorção) e a onerosidade, conseqüentemente, contamina todas as suas cláusulas<sup>(32)</sup>.

O que acima se dессome é aplicável, inclusive, às utilidades instrumentais. Inconsistente, pois, a afirmação de que o fornecimento de vestimentas para uso no trabalho, v.g., é efetuado a título gratuito, ainda que o empregado nada pague por elas. Contratado o empregado com a expectativa de receber esse instrumento, estabeleceu-se o dever correlato de continuidade no seu fornecimento. Admitir a supressão unilateral por parte do empregador de tal vantagem implicaria em desequilíbrio contratual, com perdas injustas, mormente quando, na maioria dos casos, representaria sensível prejuízo para o empregado, que se veria na contingência de pesados gastos com vestuário a ser utilizado como instrumento de trabalho. O mesmo

---

<sup>(31)</sup> **Salário em utilidades**. São Paulo, *Sugestões Literárias*, 1973, pág. 21.

<sup>(32)</sup> Nesse sentido, Martins Catharino (*Tratado Jurídico do Salário*, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1951, pág. 178-179). Em sentido contrário, Santoro-Passarelli (*Noções de Direito do Trabalho*, São Paulo, RT, 1973, pág. 151).

ocorreria. v.g., no caso de utilização de carro exclusivamente para uso em serviço ou o fornecimento de vaga em garagem no local de trabalho<sup>(33)</sup>.

Não se pode confundir, portanto, onerosidade com a possibilidade ou não de desconto das utilidades fornecidas ao empregado. Admitir a existência de onerosidade no fornecimento dessas vantagens, entretanto, não significa concluir que possuam sempre natureza salarial. Isso porque, o conceito de remuneração (salários) é mais restrito do que o de contraprestatividade. O sistema legal é que estabelece o conceito e alcance da remuneração, adequando-a à realidade das relações de trabalho. O conceito técnico de remuneração, entretanto, há que se vincular às vantagens auferidas pelo empregado em virtude da prestação laboral, que impliquem em um acréscimo (*plus*) ao seu patrimônio pessoal, vantagens essas que serão utilizadas pelo empregado como bem entender, sem interferência do empregador.

### **3. O salário em utilidades e o duplice caráter do princípio da disponibilidade.**

Entendemos, portanto, em vista do que foi expandido no item precedente, que para facilitar a definição da natureza da utilidade, deve ser ressaltado o princípio basilar do salário, e que revela grande parte de sua essência: o da disponibilidade. O princípio da disponibilidade nada mais é do que a constatação de uma ambivalência ontológica: o empregador utiliza livremente da mão-de-obra colocada à sua disposição (o mero fato de o empregado estar à disposição já é prestação), segundo seus critérios de conveniência e utilidade, e o empregado, por sua vez, dispõe livremente dos seus salários, sem qualquer interferência por parte do empregador, o que aliás distingue o trabalho livre da servidão

As utilidades salariais nada mais são do que modalidade de pagamento dos salários. Destarte, seguem os mesmos princípios ontológicos e tuitivos do salário, gênero de que são espécie. Portanto, toda e qualquer utilidade para ser salarial, há que se situar no campo da livre disposição do empregado. Se o empregador pode limitar ou dispor dessa utilidade segundo seus critérios de conveniência, ou nela interferir, evidentemente não se trata de salário. Se acaso o empregado não pode cedê-la a terceiro ou utilizá-la

---

<sup>(33)</sup> *Questão proposta por Amauri Mascaro Nascimento (O salário no direito do trabalho. São Paulo, LTr, 1975, pág. 244).*

como lhe aprouver, esse benefício pode ser instrumento de trabalho ou mero ajuste acessório, mas nunca salário.

Esse elemento diferenciador, ontologicamente aferível, que denominamos princípio da disponibilidade, é que justifica a exceção promovida pelo parágrafo 2º do art. 458 da CLT, pois, naquelas hipóteses não se faz presente. As conseqüências práticas dessa observação elementar são consideráveis, e passaremos a destacar algumas delas.

É comum se encontrar nos contratos de emprego doméstico, os denominados “descontos” por conta de habitação e alimentação. Via de regra são indevidos, pois não se inserem as pretensas utilidades entre aqueles benefícios que o empregado recebe e livremente dispõe. Dormir em quarto da residência, sem efetiva e completa fruição da “habitação”, ou se alimentar da refeição que o próprio empregado prepara e serve (às vezes só os restos), não podem ser consideradas utilidades salariais, pois revertem em maior benefício para o empregador, que pode dessa forma dispor com maior comodidade da mão-de-obra contratada. Caracterizar-se-á, entretanto, o pagamento de utilidade salarial se acaso o empregado recebe habitação salubre e completa, em local onde possa receber quem quiser e abrigar sua família (posse indireta), sem que esse uso se submeta ao crivo do empregador. Da mesma forma se dá se o empregado recebe a alimentação de forma a poder, inclusive, cedê-la a terceiros, gozando inclusive de intervalo próprio e habitual para a refeição.

Seguindo igual *iter* lógico no que diz respeito à já referida questão proposta pelo mestre Amauri Mascaro Nascimento<sup>(34)</sup>, concluímos que a hipótese por ele aventada não é utilidade salarial. Com efeito, a permissão de estacionamento de automóvel nas dependências da empresa, concedida ao empregado, não é salário, mas mero instrumento que lhe é oferecido, pois se trata de benefício do qual o empregado não pode dispor livremente. A vedação de supressão do benefício não decorre da natureza salarial do ajuste, mas da proibição legal de alteração das condições de trabalho de forma unilateral ou em prejuízo do empregado (art. 468 da CLT).

O mesmo ocorre em relação ao transporte oferecido pelo empregador. Em se tratando de transporte exclusivo e não flexível, que não possa ser cedido ou livremente utilizado, claro está que se trata de um meio

---

<sup>(34)</sup> *ob. cit.*, pág. 244.

utilizado pelo empregador para melhor usufruir do trabalho dos seus empregados. Diverso é o entendimento quando o empregado recebe vales ou equivalentes, utilizando transporte público ou próprio, podendo ceder a terceiros os benefícios por ele auferidos, pois, nesse caso, trata-se de fato de vantagem que se incorporou ao seu patrimônio em decorrência dos serviços prestados, e que utiliza segundo seus próprios critérios.

Diversos autores<sup>(35)</sup>, dos mais respeitáveis, afirmam que existe utilidade salarial não só quando ocorre um acréscimo patrimonial direto, como também quando o empregado deixa de gastar certa quantia em função do recebimento da utilidade. Assim, por exemplo, quando transportado pela empresa até o local de trabalho, o empregado deixou de pagar pelo transporte público e, dessa forma, o respectivo valor deixou de ser desembolsado, representando assim uma vantagem salarial.

*Data venia*, encontra-se equivocado esse entendimento, que não se baseia numa análise metódica da natureza do salário, mas apenas em aspectos secundários do ajuste contratual. Assim fosse, teríamos que admitir que quando o empregado presta serviços em veículo fornecido pela empresa, utilizando-o inclusive para ir ao serviço e para voltar, mas exclusivamente para a realização do trabalho, como deixou de despende quantias que certamente desembolsaria, os respectivos valores correspondem a salário. Forçoso ainda seria admitir que o fornecimento de uniformes para o trabalho possui natureza salarial, já que, indubitavelmente, implica em o empregado deixar de despende quantias no pagamento de vestuário próprio, a ser utilizado no emprego. Esse equívoco conceitual é que levou Dorval de Lacerda, a defender que o fornecimento de uniformes é utilidade salarial<sup>(36)</sup>. É verdade que, quando o ilustre jurista assim se pronunciou, não vigia o parágrafo 2º do art. 458 da CLT, mas esse dispositivo passou a prescrever que as utilidades referidas não são salários, justamente porque, nesse caso, é o empregador quem mais se beneficia com o seu fornecimento, embora seja inegável que o empregado também seja favorecido. É sob esse prisma que a distinção das utilidades, no nosso entender, deve ser realizada.

#### 4. Conclusão

---

<sup>(35)</sup> Antonio Lamarca (*Contrato Individual de Trabalho*, RT, São Paulo, 1969, pág. 312 313), citando Süsskind e Mascaro Nascimento.

<sup>(36)</sup> Dorval Lacerda, *ob. cit.*, pág. 176.

Essas perfunctórias análises resultam em algumas conclusões de cunho prático, como convêm a esse ramo do Direito:

a) toda utilidade é proporcionada pelo empregador a título oneroso, descontadas ou não dos salários;

b) só pode ser considerada salarial a utilidade da qual o empregado possa livremente dispor;

c) a utilidade, para ser salarial, deve ser exclusiva ou preponderantemente útil ao empregado, e não ao empregador ou a terceiros;

d) ainda que o empregado “pague” parcialmente pela utilidade, permanece o seu caráter oneroso e a contratualidade do seu fornecimento, se decorrentes da relação de emprego, razão pela qual não podem ser suprimidas ou alteradas, exceto em caso de alteração bilateral sem prejuízo para o empregado (art. 468 da CLT);

e) o desconto de determinada utilidade dos salários, além de não afastar a onerosidade, pode representar violação à lei (parágrafo 2º do art. 458 da CLT), caso sua natureza seja instrumental;

f) é impossível a coexistência de comodato (sempre gratuito) com o contrato de emprego<sup>(37)</sup>,

g) o fornecimento de alimentação e habitação a empregado doméstico não é utilidade salarial, exceto se demonstrado que o trabalhador possa livremente dispor desses benefícios, em seu favor ou em favor de sua família;

h) a permissão de estacionamento de automóvel nas dependências da empresa, concedida ao empregado, não é salário, mas mero instrumento.

---

<sup>(37)</sup> Nesse sentido, Cesarino Júnior (*Direito Social*, São Paulo, LTr, 1980, pág. 270).

# **JURISPRUDÊNCIA**

**EMBARGOS DE TERCEIRO FRAUDE À EXECUÇÃO. INSOLVÊNCIA DA EXECUTADA.**

A dispensa de todos os funcionários, o encerramento das atividades e o não pagamento de faturas de água e luz, informada pela própria embargante são indícios que levam a conclusão da insolvência da executada. Tal fato acrescido da alienação de seus bens enquanto pendente ação contra a executada configura fraude à execução cuja decretação implica a ineficácia do ato.

**V I S T O S.** relatados e discutidos estes autos de **AGRAVO DE PETIÇÃO**, provenientes da MMª 3ª Junta de Conciliação e Julgamento de **MARINGÁ**, sendo agravante **MONTEIRO & MOTOHIRO LTDA** e agravado **GILSON COSME FRANCISCO**.

Inconformada com a r. sentença de fl. 32, que julgou improcedentes os embargos de terceiro dela agra da de petição a embargante.

A agravante pugna pela reforma da r. sentença a fim de que seja declarada insubsistente a penhora efetuada em bens de sua propriedade, bem como seja excluído da condenação o pagamento de honorários advocatícios.

Contraminuta apresentada.

O ilustre Procurador Luis Carlos Córdova Burigo deixou de oficiar no feito por entender ausente interesse a justificar sua intervenção.

É o relatório.

---

<sup>(\*)</sup> Publicado no Diário da Justiça do Paraná de 27/09/96.

## VOTO

Regularmente apresentados. conhecimento do agravo de petição e da contraminuta.

### MÉRITO

#### **1. PENHORA. SUCESSÃO DE EMPREGADORES. FRAUDE À EXECUÇÃO.**

A agravante sustenta que não ocorreu a sucessão de empregadores. tampouco a fraude à execução. Pede o levantamento da penhora efetuada em bens de sua propriedade.

Não tem razão.

Conquanto não se possa responsabilizar a agravante com fulcro na sucessão de empregadores, eis que tal matéria deveria ter sido objeto de discussão na fase cognitiva, entendo que a r. sentença, ao reconhecer a fraude à execução, não merece censura.

Como discorreu o primeiro grau, o executado Paulo Roberto Endo, após a propositura da presente reclamação, vendeu os bens penhorados para Gerson Fernandes e Rosana Aparecida Palma e estes, por sua vez, alienaram-nos para Osmair José Monteiro, sócio da agravante.

Entendo que incide ao caso o artigo 593, inciso II, do CPC, segundo o qual se considera em fraude à execução a alienação de bens quando, ao tempo da alienação, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência.

A insolvência do executado, *in casu*, pode ser presumida a partir das informações, fornecidas pela própria agravante, de que ele dispensou todos os funcionários e encerrou suas atividades comerciais, deixando, inclusive, pendentes de pagamento várias faturas de água e energia.

Correta, portanto, a r. sentença ao tornar ineficazes as sucessivas vendas dos bens penhorados.



## 2. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

A agravante alega, em síntese, que o agravado não preenche os requisitos legais para a percepção de honorários advocatícios.

Assiste-lhe razão.

Em que pese ao dissenso doutrinário, penso que o artigo 133 da Constituição Federal de 1988 não extinguiu o *jus postulandi* da parte na Justiça do Trabalho, assegurado pelo artigo 791 consolidado.

O referido dispositivo constitucional prescreve o princípio genérico, com expressa autorização de ser excepcionado pela lei. No dizer de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, esta norma possui índole indicativa e não, prescritiva, restringe a sua própria extensão aos limites da lei.

Se revogado está o *jus postulandi* da parte na Justiça do Trabalho, estariam também todas as exceções legais à capacidade postulatória exclusiva do advogado, como é o caso do *habeas corpus*, das questões denominadas de pequenas causas.

Nem mesmo a Lei nº 8.906/94 ampara a pretensão aos honorários advocatícios, seja porque suspenso em parte os efeitos do inciso I do artigo 1º da referida lei, por decisão liminar da Suprema Corte de Justiça, em que se consignou expressamente a exclusão de sua aplicabilidade nesta Justiça do Trabalho, seja porque a sucumbência não se constitui em princípio do processo do trabalho, ou de outras espécies de processo. A imposição justificadora da sucumbência seria evitar a diminuição patrimonial do lesado, mas no processo do trabalho este desfalque não se verifica, porque dispõe o trabalhador da entidade sindical de classe que tem do dever de lhe prestar assistência.

Portanto, fora da hipótese de assistência judiciária, indevidos são os honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, pelo princípio da sucumbência (artigo 20 do C.P.C). Este, aliás, é o entendimento cristalizado na Súmula 219 do colendo TST.

Não se encontrando assistido pelo sindicato representante de sua categoria profissional, o agravado não faz jus aos honorários advocatícios.

Reformo.

Isto posto. DOU PROVIMENTO PARCIAL ao agravo de petição para excluir da condenação o pagamento de honorários advocatícios.

Pelo que.

**ACORDAM** os Juizes da Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **EM CONHECER** do agravo de petição e da contraminuta. No mérito, por igual votação, **EM DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL** para excluir da condenação o pagamento de honorários advocatícios.

Custas na forma da lei.

Intimem-se.

Curitiba, 3 de setembro de 1996 - **MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO** - Presidente Regimental - **TOBIAS DE MACEDO FILHO** - Relator.

**AÇÃO RESCISÓRIA DE ACÓRDÃO QUE NÃO ADMITIU RECURSO POR SUPOSTA DESERÇÃO. CABIMENTO.**

Embora não se volte contra decisão de mérito, é cabível a ação rescisória, que tenha por escopo desconstituir acórdão, que não admitiu o recurso ordinário por suposta deserção, vez que a Guia de recolhimento de custas, com a autenticação mecânica permaneceu arquivada na Secretaria da Junta, em pasta própria. A prevalecer a literalidade do "caput" do artigo 485, do CPC, estar-se-á perpetrando injustificado e irreparável prejuízo à parte, por fato a que não deu causa, subtraindo-lhe o direito do reexame pelo segundo grau, cuja importância está expressamente reconhecida no artigo 5º, LV, da Carta Política de 1988.

**V I S T O S**, relatados e discutidos estes autos de **AÇÃO RESCISÓRIA**, sendo Autora **BRASILSAT HARALD S/A** e Réu **MOACIR GOMES**.

Pretende a Autora rescindir o V. Acórdão de nº 3.555/94, proferido nos autos de Recurso Ordinário de nº 2.925/93, pela C. 4ª Turma deste Egrégio Nono Regional, que não conheceu o recurso ordinário da Reclamada, por entender que o mesmo é deserto, tendo em vista que a guia DARF não possuía a autenticação mecânica do banco receptor. Fulcra o pedido no artigo 485 do Código de Processo Civil, bem como artigo 5º, LV, da Constituição Federal/88. Sucessivamente, requer seja conhecida a ação, face a apresentação de documento novo, aplicando-se o artigo 485, VII, do CPC; ou, ainda, por violação ao artigo 5º, XXXVI, da CF/88, uma vez que inexistente direito adquirido aos planos econômicos já declinados.

---

<sup>(\*)</sup> Publicado no Diário da Justiça do Paraná de 11/10/96.

A Autora, além da peça exordial de fls. 02-13, acostou os documentos de fls. 14-94.

O Réu, regularmente citado (fl.102, verso), ofertou a contestação de fls. 104/112, sustentando, preliminarmente, a carência de ação e inadmissibilidade da ação rescisória, e no mérito, a improcedência da ação, no que concerne aos planos econômicos decorrentes da URP de fevereiro/89 e IPC de março/90.

Encerrada a instrução processual foram apresentadas razões finais, pela Autora (fls. 118/120), e pelo Réu (fls. 124/127).

A Procuradoria Regional do Trabalho, em Parecer de lavra de sua ilustre Procuradora Regional, Dra. Mara Cristina Lanzoni, manifestou-se no sentido de extinguir o feito sem julgamento de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido, quanto ao pedido principal, e deferimento do pleito de rescisão do julgado, quanto ao pedido sucessivo.

É o relatório.

## **1. PRELIMINAR**

### **CARÊNCIA DE AÇÃO**

Assevera o Réu, que o Acórdão que a Autora pretende rescindir, não apreciou o mérito do recurso, face a declaração de deserção.

Tendo em vista que a decisão de mérito, passada em julgado, é requisito para a propositura da rescisória, torna-se inadmissível a rescisão pretendida, bem como a pretensão de obtenção de novo julgamento. Por esta razão, o Réu vindica a extinção do processo sem o julgamento do mérito, asseverando que a Autora é carecedora de ação.

Com efeito, a Autora almeja desconstituir Acórdão que não conheceu do recurso ordinário interposto, vez que tido como deserto. Assim sendo, não houve decisão de mérito, pois a matéria não foi apreciada.

Contudo, no caso "sub judice", constata-se um patente equívoco por parte da Secretaria da Junta de Conciliação e Julgamento, que inexoravelmente trará prejuízos consideráveis à Autora.

O Dr. Manoel Antonio Teixeira Filho, em sua obra "Ação Rescisória no Processo do Trabalho", LTr, 2ª Edição, argumenta que:

"O que escreveremos a seguir constitui, portanto, uma profunda ruptura com a dogmática tradicional, porquanto estaremos sustentando a possibilidade de exercício da rescisória para desconstituir acórdão que tenha deixado de admitir determinado recurso, ao fundamento de que este não satisfaz os pressupostos legais correspondentes. Por outras palavras, estaremos nos empenhando em demonstrar a necessidade de ser consentido, embora em caráter excepcional, o uso da ação rescisória para desfazer acórdãos que não tenham ingressado no exame do "meritum causae"."

E continua:....

"Argumentemos com uma dessas situações. Um Tribunal Regional do Trabalho não admite certo recurso (o ordinário, por exemplo), por entendê-lo intempestivo ou deserto, quando, na verdade, fora interposto no prazo legal e se encontrava regularmente preparado."....."Caso, porém, a parte deixe de ingressar com o recurso de revista, o referido acórdão passará em julgado e, não sendo admissível o seu ataque pela via rescisória (por não haver tocado no mérito da causa), os danos acarretados ao seu direito se tornarão irreparáveis."

A Autora fundamentou o pleito de rescisão no artigo 485, VII, do CPC, ou ainda, documento novo, traduzido pela certidão da Secretaria da 12ª JCI, que dá conta da guia DARF com autenticação da CEF.

Resta, portanto, inequívoco, que a Autora não é caracedora de ação, devendo ser rejeitada a preliminar arguida pelo Réu.

## **2.MÉRITO**

O v. acórdão nº 3.555/94, emanado da douda 4ª Turma, não conheceu do Recurso Ordinário interposto pela Autora. Estribou-se na falta de autenticação mecânica da Guia Darf.

O equívoco, conforme revela o documento de fl. 71, foi perpetrado pela Secretaria da Junta, que arquivou em pasta própria a guia autenticada e juntou aos autos a guia incompleta.

Temos, portanto, que a Autora teve suprimido o direito ao duplo grau de jurisdição, constitucionalmente assegurado, por embaraço burocrático, que merece correção.

A declaração fornecida pela douta Secretaria da Junta configura documento novo e, serve de respaldo para a rescisão pretendida.

Em assim sendo, entendo que deve ser rescindido o v.acórdão nº 3.555/94, a fim de afastar a deserção declarada, admitindo-se o recurso interposto e determinando a remessa dos autos à douta 4ª Turma deste Tribunal, a fim de que examine o seu mérito, conforme entender de direito.

Diante do Exposto,

**ACORDAM** os Juízes da Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por maioria de votos, vencidos os Exmos. Juízes Pretextato Pennafort Taborda Ribas Netto e Arnaldo Ferreira, **EM REJEITAR** a preliminar argüida de carência de ação. No mérito, sem divergência de votos, **EM JULGAR PROCEDENTE A AÇÃO RESCISÓRIA**, para desconstituir o v. Acórdão nº 3.555/94, a fim de afastar a deserção declarada, admitindo-se o recurso interposto e determinando a remessa dos autos à d. 4ª Turma deste Tribunal, a fim de que examine o seu mérito, conforme entender de direito.

Custas, pelo Réu, sobre o valor de R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), no importe de R\$ 7,00 (sete reais), de cujo pagamento fica dispensado.

Intimem-se.

Curitiba, 02 de setembro de 1.996 - **JOSÉ FERNANDO ROSAS** -  
Presidente Regimental - **NACIF ALCURE NETO** - Relator - **MARA  
CRISTINA LANZONI** - Procuradora Regional.

**RELAÇÃO DE EMPREGO. ACIONISTA, VICE-PRESIDENTE E DIRETOR DE SOCIEDADE ANÔNIMA. "AFFECTIO SOCIETATIS". IMPROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO.**

Não pode ser considerado empregado o sócio, e posterior acionista da reclamada, embora com participação minoritária, se o que sobressai da prova é o exercício de **órgão-diretor** e não a subordinação. Exercendo a Vice-Presidência e eleito Diretor Administrativo-Financeiro, sendo detentor de poder de mando e comando da **holding** e de uma dezena de outras empresas do grupo empresarial, percebendo "pro labore" em três delas, contraindo empréstimos e prestando avais simultâneos em vários empréstimos bancários, além de ter os funcionários como subordinados, inclusive outros diretores, destaca-se a figura do empresário e não a do empregado. Presença da "affectio societatis". Ausentes os requisitos do art 3º da CLT. Recurso provido. Reclamação improcedente.

**V I S T O S**, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da MM 1ª Junta de Conciliação e Julgamento de Curitiba, em que são recorrentes **BRASPLAC INDUSTRIAL MADEIREIRA S/A.**, reclamada e **JOSÉ BENASSI**, reclamante e recorridos **OS MESMOS**

**I - RELATÓRIO**

---

<sup>(\*)</sup> Publicado no Diário da Justiça do Paraná de 05/07/96

Inconformadas com a resp. decisão de primeiro grau, julgando parcialmente procedente a reclamação, recorrem as partes a este E. Tribunal, alegando a reclamada, em síntese, que inexistentes os requisitos do art. 3º consolidado, a relação de emprego incorreu, haja vista que desde 27 de junho de 1988 até abril de 1994 o reclamante foi sócio da reclamada, quando era LTDA. e depois acionista quando passou a S/A., exercendo na primeira o cargo de Diretor Administrativo-Financeiro e na segunda o de Vice-Presidente, com exercício de Diretor Administrativo Financeiro; que o depoimento pessoal e a prova dos autos é nesse sentido, bem assim a documental, haja vista que o reclamante, em verdade, era quem comandava os destinos da reclamada, tomando decisões e inclusive empréstimos de estabelecimentos bancários, onde também dava aval pessoal; que os empregados e demais diretores da reclamada estavam subordinados ao reclamante; que o reclamante recebia "pro-labore", inclusive de outras empresas do grupo econômico das quais era também acionista e Diretor Administrativo-Financeiro; que o reclamante contratou advogado para defesa dos interesses da Brasplac; que, de qualquer modo, se se entender de maneira diversa, deve-se considerar a suspensão do contrato de trabalho, na forma do Enunciado 269/TST; que, sucessivamente, as férias não são devidas, sendo que devem ser autorizados os descontos para a previdência social e o imposto de renda.

Alega o reclamante que são devidas diferenças salariais e reflexos, em relação ao IPC de março/90; que devidos honorários advocatícios por força do art. 133 da CF/88 e da Lei 8.906/94.

Depósito feito e custas recolhidas (fls. 336/337).

Contra-razões de lado a lado (fls. 339/352 e fls. 359/364).

Oficiou a d. Procuradoria à fl. 366.

É o relatório.

## **II - FUNDAMENTAÇÃO**

### **1. ADMISSIBILIDADE**

Conheço do recurso da reclamada, presentes os requisitos de admissibilidade. Também conheço do Recurso Adesivo do reclamante.



## 2. MÉRITO

### RECURSO DA RECLAMADA

O reclamante alegou na inicial que foi admitido na **IMAPAR - INDÚSTRIA MADEIREIRA DO PARANÁ S/A.** em data de 03.01.85 e tal empresa era a **holding** de um grupo empresarial: que depois foi sucedida pela **BRASPLAC INDÚSTRIA MADEIREIRA LTDA.**, e esta deu baixa no seu contrato de trabalho a 31.10.89. Tendo trabalhado para a **BRASPLAC** até 13.05.94, postulou a unicidade do contrato de trabalho. A reclamada, ora recorrente, negou a existência de sucessão e de vínculo empregatício, porque o reclamante era **empregador**, como sócio da **BRASPLAC LTDA.**, e depois como acionista e Vice-Presidente da **BRASPLAC SOCIEDADE ANÔNIMA.** A resp. sentença reconheceu a relação de emprego no período em que foi Diretor e Vice-Presidente da **BRASPLAC (Ltda. e S/A).**, com o que não se conforma a reclamada.

O exame da questão de fato trazida para os autos demandou acurado e demorado estudo, exame profundo da prova dos autos, seja a testemunhal e principalmente a documental, levando-me a atentar para o princípio da primazia da realidade, como fator preponderante na decisão.

De um retrospecto colhe-se que inicialmente o reclamante trabalhava como diretor administrativo-financeiro para um grupo econômico cuja empresa-mãe era a **IMAPAR - INDUSTRIAL MADEIREIRA DO PARANÁ S/A.**, onde foi admitido a 03.01.85. Antes disso, o reclamante foi **GERENTE GERAL** de um estabelecimento bancário. Dotado de bons contatos e conhecimentos nas esferas financeiras e administrativas, isto lhe valeu um futuro promissor na empresa reclamada.

A empresa **IMAPAR**, da qual eram acionistas várias pessoas, entre elas Renato Festugato Filho, por fatos não esclarecidos nos autos, foi cindida e cada acionista tomou seu rumo próprio. Com considerável capital na mão (16.9561% do grupo econômico) Renato Festugato Filho, após a cisão da **IMAPAR** em 04.01.88 resolveu fundar a sua própria empresa. Convidou o reclamante para ser seu sócio. Inicialmente o contrato social assinado a 31.10.87 (fl.96) teve como sócios Renato Festugato Filho e sua esposa Maria Elisa Andrade Festugato. Poucos meses depois, com a segunda alteração contratual, isto é, a **27.6.88**, o reclamante ingressa na sociedade com pequeno capital e passa a deter a condição de sócio Diretor Administrativo Financeiro.

A empresa passou a denominar-se **BRASPLAC INDUSTRIAL MADEIREIRA LTDA.** Foi a origem de um poderoso grupo econômico, formado por uma dezena de empresas coligadas (ver quadro, fl. 93).

Conveniente repetir que a IMAPAR era a **holding** de OUTRO GRUPO, foi cindida e seus sócios formaram cada qual sua empresa própria. Portanto, rescisão do contrato de trabalho do reclamante só pode ter sido formalizado na sua saída, por essa empresa, visto que a 31.10.89, como alega, já era sócio da BRASPLAC. Aliás a alegação de fl. 3, neste aspecto, não tem nenhuma prova nos autos. Admite-se, portanto, que a rescisão operou-se quando do desligamento do reclamante da empresa IMAPAR, na oportunidade de sua cisão. De logo é conveniente gizir que a BRASPLAC não é sucessora da IMAPAR, para os efeitos pretendidos pelo reclamante. Não há a mínima prova nesse sentido. O que existe de comum é apenas o sócio Renato Festugato Filho, que era sócio da IMAPAR e depois sócio da BRASPLAC LTDA. Legalmente, a alegada sucessão não se sustenta no art. 10 da CLT.

Pouco tempo depois a reclamada LIMITADA passou à SOCIEDADE ANÔNIMA, em 14.5.91 (fls. 103 e segs), com eleição do reclamante (fl.115) para DIRETOR ADMINISTRATIVO FINANCEIRO, com "poderes para agir isoladamente em relação aos procedimentos inerentes ao implemento das atividades operacionais" e nos demais casos em conjunto com o Diretor-Presidente, Renato Festugato Filho. Como o próprio reclamante confessa em seu depoimento pessoal, era o segundo na hierarquia, pois era VICE-PRESIDENTE da Brasplac S/A. Nesta ocasião, a sócia Maria Elisa Andrade Festugato, que era uma das sócias da BRASPLAC LTDA., deixou de participar da SOCIEDADE ANÔNIMA (foi excluída através a Cláusula Primeira, da terceira alteração social). Foi excluída pelo reclamante e seu sócio Renato Festugato Filho e segundo relato nos autos, sem o pagamento do seu quinhão acionário. Ao que apontam os autos, iniciava-se um processo de aparente desgaste do seu casamento com Renato, que redundou posteriormente em procedimentos judiciais, como se verá, com alguma repercussão no fato dos autos.

Com a transformação da Brasplac em SOCIEDADE ANÔNIMA, várias empresas coligadas foram sendo criadas, conforme se vê do quadro de fl. 93, tendo como acionistas a empresa-mãe BRASPLAC S/A., Renato Festugato Filho outras coligadas e em algumas delas (+) o próprio reclamante. Renato e o reclamante passam a tomar decisões de relevo,

inclusive medidas restritivas, como a suspensão do pagamento do "pro-labore" de cada diretor, o que equivale dizer, deles próprios (fl.263).

O reclamante além de acionista da **holding**, BRASPLAC S/A., ora reclamada, era também acionista ou sócio de outras empresas do grupo, a saber:

BRASPLAC INDUSTRIAL MADEIREIRA S/A. (empresa-mãe) - cfr. dep. pessoal de fl. 276 e documentos nos autos.

FESTUGATO REFEIÇÕES INDUSTRIAIS S/A. (docs., e depoimento pessoal, fl. 276).

REFOPAS AGRO PASTORIL S/A. (cfr. docs. e dep. pessoal, fl. 276).

BANCO FESTUGATO DE FOMENTO COMERCIAL LTDA. (cfr. doc. de fl. 93).

FESTUGATO S/A. COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO (cfr. docs. e dep. pessoal de fl. 276).

O reclamante recebia pro-labore da empresa-mãe BRASPLAC S/A., bem como de duas outras (FESTUGATO REFEIÇÕES INDUSTRIAIS S/A. e REFOPAS AGRO PASTORIL S/A.). Mas em todas as demais empresas do grupo o reclamante detinha o controle administrativo-financeiro, sendo DIRETOR.

O sucesso do reclamante acentuava-se cada vez mais. Entretanto, dois fatores vieram contribuir para que o reclamante repentinamente quisesse deixar de ser considerado **empresário**, para ser considerado **empregado**. Com um passe de mágica pretende "transformar-se" em empregado. Em primeiro lugar, o processo de separação iniciado por Maria Elisa contra Renato Festugato Filho. Em segundo, o falecimento de Renato, em decorrência de acidente, fato ocorrido a 13.03.94, segundo notícia o próprio reclamante (fl.249), à míngua de maiores elementos nos autos.

Na época Maria Elisa movia medidas preparatórias (arrolamento de bens) e demandava 50% do seu quinhão, o que atingia o

patrimônio do grupo econômico. Nesta oportunidade, foi o reclamante quem contratou advogado e promoveu a defesa dos interesses do grupo. Pouco importa se a decisão foi tomada por ele sozinho, ou em conjunto com Renato. Ambos eram Presidente e Vice-Presidente da **holding**. O fato é que o reclamante agiu como empresário na defesa também de seus próprios interesses. Não pode ser outra a ilação.

Com a morte de Renato, sua esposa passou a ser a dona do grupo econômico e, então, as relações com o reclamante já estremecidas, geraram de parte deste a providência no sentido de ser assinado um contrato entre ele e a BRASPLAC S/A, em data de 18.4.94, com rescisão a 13.5.94, Vigência de menos de um mês. Em seguida, o ajuizamento da reclamação em curso.

Em síntese, a prova está assim constituída nos autos.

A pretensão do reclamante em ver acolhida a unicidade do contrato de 03.01.85 a 13.05.94, esbarra em fortes fundamentos, que não mereceram a necessária cautela em inferior instância, pois vejo em tudo isso um ato de extremada esperteza do reclamante.

Antes de mais nada devo ponderar que causa a mais alta estranheza o fato do reclamante firmar um "contrato de trabalho" cujo documento teve a assinatura do chefe do pessoal, Paulo Rubens Mateus, em data de 18.4.94 (fl.217), onde repentinamente o reclamante "transforma-se" em empregado e promove a rescisão menos de um mês depois, a 13.5.94, com a assinatura inexplicável da acionista principal do grupo. Mais causa espécie, quando no dia 17.4.94 havia firmado uma rescisão de "contrato de trabalho" tendo como causa de afastamento (campo 23), "**exoneração diretor não empregado**" (fl.220). Tal documento vem assinado pelo reclamante e pelo **mesmo** chefe do pessoal Paulo Rubens Mateus. Se o reclamante tenta provar que sua condição é a de empregado e não de empregador, a repentina "prova" de que era empregado, sugere, sem a menor parcela de dúvida, e cheira a fetidez da má-fé e da fraude. A mesma fraude que procura na inicial impingir à reclamada quando de seu ingresso como sócio minoritário na BRASPLAC LTDA., o reclamante pratica às escâncaras e justamente na época em que havia falecido o seu sócio Renato Festugato Filho e assumia o comando acionário do grupo a viúva Maria Elisa Andrade Festugato. Para que provar com documento que "era empregado" e não empregador, se justamente esta é a questão de fundo em todo o processo? Ou será que

entendia que um mero documento obtido com a assinatura de um **subordinado**, em circunstâncias estranhas e não aclaradas, teria o condão de desvirtuar toda uma realidade ? Muita coincidência! Muita esperteza! Longe de constituir prova em seu favor, vejo nesse procedimento indícios veementes de que o contrário do ali consignado era que ocorria. A realidade que transparece é outra.

Não fosse tal fato, vários outros fatores convergem para considerar o reclamante como sócio-acionista-diretor-empregador e não como sócio-empregado. Façamos um destaque para a interligação de interesses e a retribuição do reclamante pela administração do capital comum. Como disse, era acionista da **holding** e também de outras coligadas, recebendo "pro-labore" da empresa-mãe e das coligadas Festugato Refeições Ind. SA. e Refopas Agro Pastoral S/A. Tomando-se como parâmetro os "pro-labores" recebidos dessas três empresas, em períodos intervalados de seis meses aproximadamente e transformados em salários mínimos, temos o seguinte levantamento:

Mês Brasplac Refopas Fest. Ref. Soma sal.mínimos

02.92 41.6 sm 25,6 sm 15,6 sm 72.80 sm

07.92 11,5 sm 4,3 sm 4,3 sm 20.40 sm

01.93 22,9 sm 7,82 sm 7,82 sm 38.54 sm

06.93 6,08 sm 12,4 sm 12,4 sm 30.88 sm

12.93 35,00 sm 11,9 sm 11,9 sm 58.80 sm

02.94 29,1 sm 9,9 sm 9,9 sm 48.81 sm

**MÉDIA DE 49,98 SALÁRIOS MÍNIMOS P/ MÊS, HOJE  
IGUAL RS 5.600,00**

Importante observar que havia oscilação, para mais ou para menos nos "pro-labores", o que só poderia ocorrer se se tratasse de empregador, que em verdade gere a sua própria retribuição. Submete-se às próprias regras que a sociedade cria e toma as decisões que acha convenientes para si e para a sua empresa, como ocorreu, por exemplo com a

**suspensão temporária do pagamento do "pro-labore" em período de dificuldades, conforme se vê pelo documento de fl. 263.**

O depoimento pessoal do reclamante constitui verdadeiro libelo contra ele, conforme se vê à fl. 275. Apenas destaco alguns pontos de importância na configuração de sua condição de acionista-empregador:

1. havia vários diretores, mas afora Renato Festugato Filho, só o reclamante tinha participação acionária:

2) na Brasplac SA, passou a assinar **isoladamente**. Antes a assinatura era conjunta. Esse fato é de tamanha verdade que o reclamante assinava empréstimos bancários em nome de empresas do grupo e **ainda assinava como avalista**. Seu nome pessoal era garantia do empréstimo. Não se diga que tal assinatura constituía "mera formalidade", pois, em verdade constitui condição para o empréstimo. O fato é notório e nos dias de hoje, com problemas em bancos nacionais, sabe-se cada vez mais a respeito.

3) tinha o reclamante completa liberdade tanto de horário, quanto de disposição de seu tempo, sequer se cogitando de marcação de ponto.

4) tinha à sua disposição veículo da empresa, como o tinha também o acionista Renato.

5) seu local de trabalho era a **mesma sala** de Renato Festugato Filho. Havia igualdade de condições.

6) diz o reclamante que "**a subordinação ao sr. Renato dizia respeito À TROCA DE IDÉIAS**". Sua confissão demonstra autonomia na administração não só da **holding** mas das empresas do grupo. Trocava idéias com Renato, o que representa poder próprio de decisão e não mero cumprimento de ordens ou subordinação.

7) quando Renato se **ausentava** e era freqüente tal acontecimento o **autor respondia pela empresa**. Embora procure dar conotação de prestação de contas posteriormente, desponta o seu poder de decisão na ausência do sócio. A testemunha do reclamante (Valdevino - fl. 278) não convence no sentido de que escutava Renato ao telefone, quando com ele viajava, transmitindo ordens ao reclamante. Muito oportuna e

sintomática a sua presença nessas oportunidades e que eram freqüentes. Ademais, se ocorrência dessa ordem se verificasse, certamente a testemunha Valdevino, como motorista particular de Renato, não estaria hospedada no mesmo aposento do seu chefe. Ao lado desse fator, deve-se ver o depoimento da testemunha Paulo Rubens Mateus (fl.279), a mesma que assinou o "contrato" de 18.4.94 com o reclamante. Revela tal testemunha que nas viagens de Renato o autor tinha todo o poder de mando e textualmente diz que "ninguém sentia falta de Renato quando este viajava".

8) os demais diretores estavam hierarquicamente abaixo do reclamante.

Ora, tal depoimento pessoal não demonstra, de forma alguma qualquer subordinação, liame necessário à configuração da relação de emprego.

Observe-se que o depoimento da testemunha Paulo Rubens Mateus (fl.279), traz valiosos subsídios à decisão da causa, haja vista que revela: a) era subordinado do autor; **todos os funcionários estavam subordinados ao autor** (contrariamente ao que o autor procura fazer crer em todo o processado); a maioria das decisões eram tomadas pelo autor na área do departamento de pessoal, o que contradiz o depoimento do autor e de sua testemunha Ademir: O Departamento de Produção (diretor Moacir) era subordinado ao autor; o Departamento de Compras (diretor Claudir) era subordinado ao autor; que não havia necessidade de consultar Renato para a contratação de pessoal; o autor respondia pela empresa.

Uma gama enorme de poderes de decisão enfeixadas nas mãos do reclamante, que só poderia tomar quem detivesse o negócio em suas mãos. É verdade que algumas decisões eram tomadas com Renato Festugato Filho. Nem poderia ser diferente, haja vista tratar-se de uma SOCIEDADE ANÔNIMA, onde os atos dos diretores se submetem à assembléia geral ou ao Conselho de Administração. O que se deve ter em mente é que o poder diretivo estava nas mãos do reclamante. Não era mero cumpridor ou repassador de ordens. Era detentor de poder.

O Acórdão de fl. 165 trazido pelo reclamante, examina situação diversa e em nada se compara com a dos autos, mas traz ensinamentos de RUSSOMANO (fl. 17) segundo o qual a distinção entre o empregado-acionista ou o empregado, é **bastante sutil** e exige acentuada

**cautela.** Pode adquirir cotas de S/A. mas conservar sua qualidade de empregado. como pode exercer poder diretivo e de comando. mas "se se verificar ânimo societário entre o empregador e seu empregado. a conclusão será a oposta: o contrato de trabalho terá desaparecido. porque o trabalhador deixou de ser um dependente hierárquico".

A propósito da doutrina. não devemos olvidar a lição de PAULO EMILIO RIBEIRO DE VILHENA. segundo o qual a relação de emprego **recua** quando haja equilíbrio de força decisória nos negócios. posto que ocorre "verdadeiro exercício de atividades sociais ou em razão da causa societária". isto porque. "não se pode conceber a subordinação para consigo mesmo o que **redundaria em ser o empregado empregado de si mesmo**". Friza o mestre que não se deve confundir a participação no capital como fator definidor da relação de emprego. "Essa participação não haverá de ser exclusiva e/ou preponderantemente **efeito ou fato fundado na participação do capital**. Atividade que tem como causa a participação no capital é **A ATIVIDADE DE GERÊNCIA, DE DIRETORIA OU DE FISCALIZAÇÃO** (órgãos da sociedade). Como **órgão da sociedade**, o sócio presta-lhe serviços. mas o círculo de suas atribuições **vem definido no contrato ou nos estatutos**. Não sofre. na autonomia que lhe confere o ordenamento empresário. intervenção em sua atividade. Esta limita-se. de antemão. pelas esferas de poderes inerentes ao **órgão preenchido**" (RELAÇÃO DE EMPREGO. ed. Saraiva. 1975. pág.269).

Esclarece PONTES DE MIRANDA. citado por Vilhena (ob.cit.) que do lado oposto entende-se que o sócio não **presenta** a sociedade em que um dos seus órgãos é empregado. geralmente ocupando o conselho fiscal. exercita função técnica ou administrativa e tem sua atividade dirigida. sofrendo constante e potencial intervenção. **O volume do capital é irrelevante, tanto para um caso, quanto para outro. Vale dizer: pode ser grande o volume do capital e ser o sócio empregado, como PODE SER PEQUENO E SER ELE UM ÓRGÃO DIRETOR DA SOCIEDADE e não subordinar-se a qualquer intervenção**".

Inquestionável. portanto. que o pequeno capital não constitui. no caso. qualquer elemento favorável ao reconhecimento da relação de emprego. em face do reclamante preencher um **órgão diretor** da sociedade. Aliás. mais se acentua a ausência da perseguida relação de emprego. em face da existência de grupo econômico. comandado pelo reclamante. que de todos



eles era diretor financeiro, aliado ao fato de que era também diretor e acionista de outras empresas(4) do mesmo grupo empresarial.

Não se há de querer, por outro lado, que o autor tivesse poderes absolutos, a tal ponto de não se submeter ao Conselho de Administração ou à Assembléia Geral. Não se há de querer, também, que desapareça qualquer hierarquia **de órgãos** na administração de uma sociedade anônima, para que se reconheça a autonomia de decisão e desapareça a subordinação, traço marcante no contrato de trabalho. Neste ponto, com a devida vênia, faço sérias restrições ao decisum recorrido (fl.299).

Como gizado pelo renomado mestre RUSSOMANO a distinção entre acionista-empregador e empregado, muitas vezes é bastante sutil. Daí a dificuldade muitas vezes encontrada em separar o **empregador** do **empregado**. Entretanto, no caso presente tal dificuldade não ocorre, pois o volume de prova é tão robusto e forte que impossível deixar de reconhecer o reclamante como **empregador**.

Em tais condições, a reclamação em curso merece ser julgada improcedente.

Pelo que,

**ACORDAM** os Juizes da Quinta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DE AMBOS OS RECURSOS, PRINCIPAL E ADESIVO**. No mérito, sem divergência de votos, **DAR PROVIMENTO AO RECURSO DA RECLAMADA** para, reconhecendo inexistir relação de emprego, julgar improcedente a reclamação trabalhista, restando prejudicada análise do recurso adesivo do reclamante.

Custas na forma da lei.

Intimem-se.

Curitiba, 05 de junho de 1996 - **LUIZ FELIPE HAJ MUSSI** - Presidente Regimental - **JOSÉ MONTENEGRO ANTERO** - Relator.

**HORAS EXTRAS. INTERVALO ENTRE JORNADAS. PAGAMENTO.**

Se o intervalo entre uma jornada e outra jornada é inferior ao legal (11 ou 35 horas), as horas suprimidas têm que ser pagas como extras. Pouco importa que, no dia anterior, ou no posterior, tenha havido pagamento de extras trabalhadas. A causa geradora de umas e outras é diferente. Do contrário, a violação contratual seria em duplicidade

**V I S T O S.** relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da **MM. 5ª Junta de Conciliação e Julgamento de Londrina - PR**, sendo recorrentes **1. POLISERVICE SISTEMAS DE SEGURANÇA S/C LTDA. 2. JOSÉ FELIX CASSIANO** (Recurso Adesivo) e recorridos **OS MESMOS**.

**I- RELATÓRIO**

Sentença às fls. 56/60, condenando a Recda. a pagar ao Recte. horas extras e reflexos, diferenças em verbas rescisórias, FGTS de 11.2%; e determinando a compensação dos valores comprovadamente pagos e a correção monetária a partir do mês de prestação dos serviços.

Razões de recurso ordinário da Recda. (fls. 63/67).

Custas e depósito às fls. 68/69.

Contra-razões pelo Recte. às fls. 71/74.

---

<sup>(\*)</sup> Publicado no Diário da Justiça do Paraná de 06/12/96.

Recurso adesivo pelo Recte. (fls.75/78) e contra-razões pela Recda. (fls. 81/85).

O Ministério Público do Trabalho não apresenta parecer, alegando que o tema não é de interesse público (fls. 87).

## **II- FUNDAMENTAÇÃO**

### **1. Admissibilidade**

Atendidos os pressupostos legais de admissibilidade, CONHEÇO dos recursos interpostos, bem como das contra-razões apresentadas.

### **2. Mérito**

#### **A) RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA**

**A.1. HORAS EXTRAS. REFLEXOS.** A Recda. pugna pela reforma da sentença recorrida por ter sido comprovado o “efetivo e correto pagamento das horas extraordinárias desempenhadas pelo Recorrido” (fls. 65). Contrariamente ao alegado, a decisão “a quo”, invocando os Enunciados n°s 60, 264, 172 e 110/TST, concluiu que há diferenças no pagamento das horas extras, quer por inobservância da remuneração global do Recte., quer por ausência de repercussão no repouso semanal remunerado, ou ainda por desconsideração do intervalo mínimo de 11 horas entre duas jornadas de trabalho.

Com efeito, a Recda. não se desincumbiu do “onus probandi” que lhe cabe, restringindo-se a alegações genéricas, sem sequer apontar especificamente um único documento onde conste o pagamento das diferenças resultantes do labor extraordinário. Ademais, o pagamento de horas-extras realizadas não é suficiente para evitar as extras decorrentes da inobservância do intervalo entre-jornadas, como pretende a Recda., em seu recurso. Do contrário, se o intervalo fosse descumprido em duas horas e o empregado fizesse uma jornada de nove horas, receberia apenas uma como extra, que serviria para quitar duas do intervalo menor. Isto seria um absurdo. Correta a r. sentença recorrida. MANTENHO.

**A.2. VERBAS RESCISÓRIAS. DIFERENÇAS.** A Recda. alega ter havido cabal quitação das verbas rescisórias, não sendo devidas diferenças a este título. A sentença “a quo” condenou à integração do adicional noturno e das horas extras. Aqui, também, reincidiu a Recorrente em argumentação genérica. MANTENHO a condenação nos termos impostos pelo juízo de primeiro grau.

**A.3. FGTS. MULTA.** Sustentando a improcedência das demais verbas, a Recda. argumenta que o acessório deve seguir o mesmo destino do principal. Por isso mesmo, MANTENHO a condenação imposta pelo juízo “a quo”.

**A.4. DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS.** A Recda., neste item, recorre à orientação jurisprudencial para sustentar que é responsabilidade tributária da reclamada reter o imposto de renda, o qual incide também sobre os rendimentos pagos em virtude de decisão judicial (fls. 66). O juízo “a quo”, acertadamente, declarou que “não cabe à Justiça do Trabalho ordenar descontos a título de contribuição fiscal e previdenciárias, em face da regra de competência inscrita no artigo 114 da Constituição Federal” (fls. 59). MANTENHO.

**A.5. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. ÉPOCA PRÓPRIA.** Insurge-se a Recda. contra a fixação do mês de vencimento da obrigação como a base para o cálculo do valor a pagar, requerendo a reforma da decisão recorrida para determinar a correção monetária a partir da data em que as verbas se tornam exigíveis, ou seja, décimo dia ou quinto dia útil do mês subsequente (fls. 67).

Apenas por ficção legal se permite o pagamento dos salários no 5º dia útil do mês subsequente ao trabalhado. Mas se há inadimplemento, incide a correção do mês do serviço. Do contrário, o mau empregador é beneficiado em detrimento do bom, daquele que paga no próprio mês dos trabalhos, mas que ocasionalmente sofre algum atraso. MANTENHO a r. sentença de 1º grau por seus jurídicos fundamentos.

## **B) RECURSO ADESIVO DO RECLAMANTE**

**B.1. HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS.** O Recte. colaciona verbetes jurisprudenciais para sustentar a tese de que faz jus à verba honorária. Tenho convencimento pessoal, congruente com a argumentação

do Recte. (fls. 77). Acrescento que, embora ausente assistência sindical, há declaração (fls. 07) de insuficiência de recursos para demandar. Aliando-se isto ao art. 133 da Carta Magna e à sucumbência parcial da Recda., REFORMO para acrescer à condenação honorários advocatícios de 15% (quinze por cento) sobre o líquido apurável em execução, pela Recda.

### **III - CONCLUSÃO**

Pelo que,

**ACORDAM** os Juízes da Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **EM CONHECER DOS RECURSOS**. No mérito, por unanimidade de votos, **EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA**. Por unanimidade de votos, **EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO DO RECLAMANTE** para acrescer à condenação honorários advocatícios de 15% sobre o líquido apurável em execução, pela Reclamada.

Custas acrescentadas sobre o valor arbitrado de R\$ 200,00, no importe de R\$ 4,00.

Intimem-se.

Curitiba, 01 de outubro de 1996 - **ARNOR LIMA NETO** - Presidente Rgimental - **RICARDO SAMPAIO** - Relator.

**LEI 3.999/61 ABRANGÊNCIA. AUXILIARES DE LABORATÓRIO.**

A Lei 3.999/61 prevê salário mínimo e jornada especial reduzida para médicos, dentistas e auxiliares de laboratórios, não determinando, porém, que estes últimos devam ser, necessariamente, auxiliares de médicos e dentistas ou somente radiologistas. Nesse sentido, a Súmula 301 do E. TST, que não faz distinção entre os auxiliares de laboratório, assegurando que o fato de o empregado exercente desta função não possuir diploma de profissionalização não afasta a observância dos preceitos contidos na norma. Desse modo, exercendo a autora as atividades de auxiliar de laboratório, encontra-se abrangida pelos efeitos da Lei 3.999/61, fazendo jus à jornada especial.

**V I S T O S**, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da MM. 18ª Junta de Conciliação e Julgamento de **CURITIBA - PR**, sendo Recorrente **IOLANDA ALVES RIBEIRO** e Recorrido **LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS FRISCHMANN AISENGART S/C LTDA.**

**I - RELATÓRIO**

Irresignada com a R. sentença de fls. 197/201, prolatada pelo Eminentíssimo Juiz Altino Pedrozo dos Santos, recorre a reclamante a este Egrégio Tribunal.

Em suas razões, às fls. 202/207, requer, inicialmente, que seja considerado o depoimento de testemunha de sua indicação. Postula, também, a aplicação da Lei 3.999/61 para efeito de apuração das horas extras e demais verbas postuladas na inicial. Sustenta que a prescrição deve ser contada a

---

<sup>(\*)</sup> Publicado no Diário da Justiça do Paraná de 22/11/96.

partir da extinção do contrato de trabalho e pleiteia, ao final, os honorários advocatícios.

Contra-razões apresentadas às fls. 210/215.

A Doutra Procuradoria oficia por cota, com fundamento nos artigos 6º, XV e 83, II da Lei Complementar nº 75/93, afirmando que os interesses em causa não justificam sua intervenção.

## **II - FUNDAMENTAÇÃO**

### **1. Admissibilidade**

Atendidos os requisitos legais de admissibilidade, conheço do recurso e das contra-razões, regularmente apresentados.

### **2. Mérito**

#### **2.1. Prescrição**

Por se tratar de matéria prejudicial ao mérito, analiso preferencialmente o título em epígrafe.

Da exegese do artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, extrai-se que o trabalhador tem 2 anos para ingressar com a demanda trabalhista, sendo-lhe assegurado a reivindicação dos direitos trabalhistas dos últimos 5 anos do contrato laboral, contados a partir da rescisão contratual.

Extinto o contrato de trabalho, tem o empregado urbano prazo de até dois anos para ingressar com ação perante a Justiça do Trabalho, postulando créditos não havidos nos últimos cinco anos laborados. Não há nenhuma lei, aplicável ao direito do trabalho, dizendo ser necessário o ajuizamento da ação antes do término desse período (2 anos) sob pena de esvaimento, redução, do quinquênio. Quem diz que aí se fala em sete anos, de prescrição, deveria refletir que, a "contrario sensu", o prazo seria reduzido para três anos, o que não está escrito na Constituição da República Federativa do Brasil. Basta ler o que está dito, com todas as letras, no art. 7º, XXIX, alínea "a", da CF/88, que a controvérsia se dissipa. Há, até entendimento, em julgados do E. TST, que o prazo de dois anos para o trabalhador urbano seria

decadencial, como o do trabalhador rural, apenas para aquele tendo o limite de cinco anos.

Nesse sentido:

**"DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO - NO DIREITO DO TRABALHO.** *O art. 7º, XXIX da CF fixa o prazo decadencial de dois anos, a partir da extinção do contrato de trabalho, para propor ação resultante de créditos da relação de trabalho, enquanto aumentou para cinco anos o prazo prescricional no curso da prestação do serviço. Unificou o prazo do trabalhador urbano e rural, desde que extinto o laço laboral"* (TST-RR-87.999/93.3 - Ac. 1ª T. nº 2.270/94, Rel. Min. Ursulino Santos. In DJ de 17.06.94. Seção I).

Desse modo, o prazo prescricional, no presente feito, deve ser contado a partir da rescisão contratual (18.01.95), retroagindo no período de 5 anos, isto é, até 18.01.90.

Reformo, pois.

## **2.2. Lei 3.999/61. Prova testemunhal e depoimento do preposto. Verbas postuladas**

A R. sentença de primeiro grau indeferiu o pleito da reclamante, não considerando a prova testemunhal realizada, entendendo faltar-lhe respaldo legal.

**Data venia.** merece reforma.

A princípio da persuasão racional embora permita ao magistrado apreciar livremente a prova, exige que a sua convicção seja formada com base na prova produzida nos autos, não lhe sendo lícito se deixar orientar por suas impressões pessoais, de natureza eminentemente subjetiva.

No caso vertente, o Juízo de primeiro grau não considerou o depoimento da testemunha Bernadete Zalewski, sob a alegação de que teria interesse no desfecho da demanda favorável à autora, uma vez que poderia usufruir benefícios, caso rompido o seu contrato de trabalho.



Sem embargo, a linha de raciocínio adotada pela R. sentença contraria princípios processuais. O fato de a autora eventualmente ser bem sucedida na presente demanda, não significa que testemunha de sua indicação (colega de trabalho) tenha a mesma sorte, caso ingresse com futura ação trabalhista, vez que as decisões judiciais não tem, em regra, efeito vinculante. Ademais, conforme afirmado acima, ao magistrado não é lícito se deixar orientar por suas impressões pessoais, ainda mais quando dissociadas da realidade extraída dos autos. Tem, portanto, plena eficácia o depoimento realizado pela testemunha Bernadete Zalewski, devendo ser considerado como prova idônea.

Desse modo, há de se reconhecer o exercício pela autora das funções de auxiliar de laboratório, ante o afirmado pela testemunha Bernadete (fls. 106 e 107) e pelo sócio-gerente da reclamada (fls. 107). Este último, confirmou o labor pela autora em função técnica, no setor de microbiologia, embora não soube precisar o período. O que é inescusável, visto constituir dever do preposto o conhecimento dos fatos relacionados ao contrato de trabalho, sob pena de confissão quanto à matéria de fato.

Assim, restou plenamente confirmado o exercício pela autora das funções de auxiliar de laboratório, face o depoimento da mencionada testemunha, bem como em razão da confissão ficta do preposto quanto aos fatos relacionados ao tempo de serviço na função de auxiliar de laboratório. Assevere-se, ainda, ser incontroversa a jornada de trabalho, constante nos cartões-pontos juntados aos autos.

Analisada a prova dos autos, cabe nesse passo, verificar se a autora está abrangida, ou não, pela Lei 3.999/61.

Entendo que sim.

A Lei 3.999/61 prevê salário mínimo e jornada especial reduzida para médicos, dentistas e auxiliares de laboratórios. Não determina, porém, que os auxiliares de laboratórios devam ser necessariamente auxiliares de médicos e dentistas ou somente radiologistas.

A própria jurisprudência, através de entendimento consolidado na Súmula 301 do E. TST, não faz distinção entre os auxiliares de laboratório, assegurando que o fato de o empregado exercente desta função

não possuir diploma de profissionalização não afasta a observância dos preceitos contidos na mencionada lei.

Exercendo a autora as atividades de auxiliar de laboratório, encontra-se abrangida pelos benefícios da Lei 3.999/61, fazendo jus às horas extras, assim consideradas aquelas laboradas a partir da 4ª hora diária, com adicional de 50%, a partir de 18.01.1990 (período imprescrito), observando-se a jornada fixada nos cartões-pontos juntados aos autos. Devidas, igualmente, as incidências das horas extras nos repouso semanais remunerados, e de ambos, em férias acrescidas de 1/3, 13º salários e FGTS. Indevidos, entretanto, os reflexos no aviso prévio, em razão do pedido de demissão.

Os anuênios, produtividade e demais verbas de natureza salarial recebidas pela autora habitualmente, deverão se integrar à remuneração para efeito da apuração das horas extras.

### **2.3. Diferenças salariais. Multas**

Ao magistrado cabe apreciar toda a matéria devolvida, de tal modo que merecem análise os títulos de diferenças salariais e multas.

No que diz respeito às diferenças salariais, ressalte-se que a reclamante postulou-as com base nos instrumentos coletivos acostados aos autos. Dessa forma, comprovado no feito o labor na função de auxiliar de laboratório, assiste direito à autora à percepção das diferenças salariais, uma vez que a reclamada não quitava os pisos salariais fixados nos instrumentos coletivos, conforme se observa nos meses de maio/92 e maio/94. Nesses meses a reclamada pagou, respectivamente, Cr\$ 354.479,99 e 132,01 URVs, quando deveria ter quitado os pisos salariais de Cr\$ 400.000,00 e 145 URVs (fls. 35, 60, 164 e 170).

Devidas, portanto, as diferenças salariais, mês-a-mês, conforme estipulado nos instrumentos de fls. 33/100, e reflexos em férias acrescidas de 1/3, 13º salários, horas extras, anuênios, produtividade e FGTS. Indevidos os reflexos em triênios, aviso prévio, repouso semanais remunerados e demais verbas que compõem a remuneração, ante o pedido de demissão e por falta de amparo legal.

Em relação às multas, ressalte-se que as multas previstas nas cláusulas 14<sup>a</sup>, 17<sup>a</sup> - 38 previstas instrumentos coletivos vigentes em 90/91 e 91/92, estão vinculadas à enfermagem, função não exercida pela reclamante. Indevidas, pois.

Entretanto, às multas previstas nas cláusulas 64<sup>a</sup> por infração às cláusulas 30<sup>a</sup>, todas inseridas nos instrumentos coletivos vigentes em 92/93 e 93/94, assiste direito à autora, posto não ter a reclamada garantido a remuneração atribuída ao cargo de auxiliar de laboratório. Pela mesma razão, tem direito a autora, à multa referente ao período de 94/95, visto que o instrumento coletivo, firmado nesse período, manteve em vigor as cláusulas constantes nos instrumentos anteriores. Reforma, pois.

### III - CONCLUSÃO

**Pelo que,**

**ACORDAM** os Juízes da Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9<sup>a</sup> Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DO RECURSO** e, no mérito, por maioria de votos, **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL** para declarar prescritas as verbas exigíveis anteriores a 18.01.90, observando-se a data da rescisão do contrato de trabalho e determinar o pagamento das horas extras e reflexos; diferenças salariais e reflexos e multas convencionais, na forma da fundamentação, vencidos parcialmente os Exmos. Juízes Luiz Fernando Zornig Filho e Arnor Lima Neto.

Custas no importe de R\$200,00, calculadas sobre o valor ora arbitrado de R\$10.000,00.

Intimem-se.

Curitiba, 27 de agosto de 1.996 - **LUIZ EDUARDO GUNTHER** - Presidente e Relator.

**VÍNCULO EMPREGATÍCIO. AGENCIADOR DE MÃO-DE-OBRA. "O GATO".**

O contrato de trabalho é antes de tudo um contrato de realidade. Indo além das formas "mascaradas" que muitas vezes se revelam. Nesse caso está configurado que o autor era o **agenciador de mão-de-obra da reclamada**, sendo imperativo o reconhecimento do vínculo empregatício entre as partes, pois presentes os requisitos da subordinação, continuidade e onerosidade

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da MM Junta de Conciliação e Julgamento de **CIANORTE - PR**, sendo recorrente **CLOVIS FERREIRA DE MELO** e recorrida **COMPANHIA DE MELHORAMENTOS NORTE DO PARANÁ**.

**RELATÓRIO**

Irresignado com a r decisão de primeiro grau, que julgou improcedente a reclamatória, recorre a parte a este e. Tribunal.

Clama por reforma na sentença originária nos seguintes pedidos: reconhecimento do vínculo empregatício; Diferenças salariais Urp de fev/89 (26.05%); Descansos Semanais Remunerados; Das Férias; 13º salário; Horas Extras; Domingos e Feriados Laborados; FGTS; Honorários Assistenciais; Reflexos; Do Período Reclamado.

Contra-arrazoado tempestivas pela parte.

---

<sup>(\*)</sup> Publicado no Diário da Justiça do Paraná de 11 10 96.

A douta Procuradoria Regional do Trabalho opinou pela não intervenção do Ministério Público no feito, às fls.154.

### **ADMISSIBILIDADE**

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso ordinário, bem como das contra-razões.

### **MÉRITO**

#### **Vínculo Empregatício**

O recorrente roga por reforma no "r. decismum" que não reconheceu o vínculo laboral com a Reclamada, argumentando que estão presentes os requisitos ensejadores do reconhecimento do liame empregatício, tais como: Pessoaalidade, pois corroborado por depoimento testemunhal, depois, o pagamento de salários, releva ainda, que a natureza dos serviços prestados eram essenciais e imprescindíveis a atividade fim da Reclamada, e que está presente a subordinação, no cumprimento de horários e ordens da empregadora, e de tarefas.

Por outro lado, a Reclamada, alega o trabalho com característica eventual, no transporte e agenciamento de trabalhadores volantes, pugnando pela inexistência do vínculo laboral e pela inalterabilidade da sentença de fundo.

Efetivamente, a lide imposta a exame, deve ser resolvida nos limites das provas colhidas nos autos, em face das alegações das partes e pelos meios de prova lançados no caderno processual.

Antes de examinarmos com profundidade a questão, e pela peculiaridade com que se apresenta, ou seja, a negativa de vínculo, pois a "praxe" nesta Justiça Especializada e a existência do mesmo, o que se resume na necessidade de proceder uma acurada análise.

Então, antes de mais nada, faz-se imprescindível tecer pormenores a respeito da figura do empregado, e que ao final da exposição, revelará se o reclamante amolda-se ou não a figura tipificada.

Pois bem, empregado está definido no artigo 3º do Texto Consolidado:

"é toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salários".

É preciso esclarecer que a dependência precitada refere-se a "subordinação jurídica", elemento definidor do contrato de trabalho, portanto, de tal definição resultará que:

a) O contrato de trabalho é instituído pela prestação pessoal dos serviços "intuitu personae";

b) Os serviços contratados devem ser prestados de modo não eventual, utilizando a força de trabalho como fator preponderante da produção, correspondendo com as necessidades normais da atividade econômica da empregadora.

Veja-se que o considerado trabalhador **eventual** ou o chamado "biscateiro" é admitido em **circunstâncias específicas**, e excepcionais, ainda em **caráter puramente transitório**.

Depois, examinemos acuradamente o fator tempo, também um dos elementos que poderá ser revelador da existência ou não dos laços laborais, veja-se, que poderá um trabalhador eventual, prestar serviço diariamente a um empregador, desde que por poucas horas, mas somente, se o **serviço prestado não for essencial a atividade fim da empregadora**, senão estaremos diante de um empregado e não de um "eventual".

c) Também entendo que somente restará dissipado o vínculo laboral, desde que, a **prestação de serviço seja prestada a tantos outros clientes**, ou seja, que o trabalhador, preste serviço a outros empregadores.

d) Depois, outro fator revelador da existência ou não do vínculo empregatício, é o meio de pagamento da prestação dos serviços, não o título com que se apresenta, (salário, recibos, etc...), se por honorários, por consultas, por dia, hora, mas desde que, esteja presente a **onerosidade**.

e) E, finalmente, o fator primordial e revelador, a subordinação jurídica, ou seja, deverá ser apurado se o empregado, recebia

ordens, estava ou não a disposição, do empregador, lembre-se que é imprescindível para a análise considerar-se dois fatores, o fator tempo e a submissão de cumprimento de ordens.

Feitas tais considerações, necessárias e vitais para o deslinde da questão, resta apenas, situar no campo doutrinário, o pedido de uma das partes e a resistência da outra.

Então vejamos o caso especificamente dos autos.

Primeiro: o contrato firmado entre as partes, revela ou não a figura da prestação pessoal - "intuitu personae", ou seja, era o autor quem prestava pessoalmente os serviços à Reclamada?

Examinemos as provas do processo: os recibos juntados aos autos pela Reclamada, por serviços prestados, mostram à toda evidência, que desde 31/08/1988, o Autor pessoalmente prestava serviços para a mesma Reclamada, inclusive, apure-se por tais provas, trazidas aos autos pela reclamada, que o Autor recebia a importância contratada em duas oportunidades, ou seja, geralmente nos dias 15 e 29/30 de cada mês, isso num ritmo constante e prolongado pelo tempo -(fls. 49/114).

Neste caso, entendo revelada a característica da **pessoalidade**.

Examinemos um segundo componente. A **atividade desenvolvida** pelo Autor era ou não preponderante à atividade da Reclamada, era um fator essencial da produção, correspondia às necessidades normais da atividade econômica da empregadora.

As provas dos autos, não traduzem outra realidade, pois, sem o **agenciamento** e transporte dos empregados para a sede da Ré, não havia atividade empresa, pois era do Autor, a incumbência única e exclusiva de transportador dos empregados.

Note-se que o transporte dos "bóias frias" era primordial para a realização da **atividade-fim** da empregadora, ou seja, a "lida diária" nas lavouras de café.

E, ainda, é preponderante considerar que está incontroverso nos autos pelas provas materiais e testemunhais, que o Autor prestava

serviços única e exclusivamente para a Reclamada, **sem agenciar empregados para outras empresas.**

Presente a essencialidade da prestação laboral para a atividade fim da empregadora.

O terceiro elemento: a onerosidade, na qual não é relevante o rótulo com o qual se apresenta, conquanto, que esteja presente a onerosidade. No caso examinado, não resta sombra de dúvidas, que o Autor recebia mês a mês, pela prestação de serviço, inclusive, os valores pagos eram consignados nos recibos, em duas parcelas, ou seja com pagamentos quinzenais, revelando-se como adiantamento salarial.

Observe-se que estão acostados aos autos, recibos de mês a mês durante longos 07 (sete) anos, de 31/08/88 a 10/02/95.

Confessou nesse mesmo passo o preposto da Reclamada, às fls. 118 - que o pagamento era feito pela Reclamada: "Que o pagamento era realizado pelo depto. pessoal da reclamada, através do Sr. José Garcia e do Sr. Agnaldo".

Presentes, então a onerosidade e a continuidade na prestação laboral.

O último elemento que resta a perquirir, seria tão somente a existência ou não da prestação laboral, a chamada "subordinação jurídica". Essa nem sempre apresenta-se em face das provas materiais, mas dos outros meios de provas colacionadas aos autos, sendo a mais legítima nesse caso, a testemunhal.

Então, revela-se nos depoimentos das testemunhas do processo, às fls. 119:

"que o reclamante ajudava na roça, soltando o serviço para os empregados e "olhando o pessoal";

"que era o administrador que determinava que o reclamante fiscalizasse o serviço juntamente com os outros 3 fiscais da fazenda";



"que ao que se recorda o depoente, o reclamante nunca se ausentou da fazenda, fazendo o serviço diariamente";

"que sempre o depoente foi trabalhar foi transportado pelo reclamante";

"que nunca viu o reclamante se ausentar da fazenda pegando ônibus para ir a cidade";

Outra testemunha, do processo. (Devanir Pires - fls. 120) revelou:

"que em determinadas ocasiões, aos sábados quando a jornada era mais curta, o reclamante chegou a ficar na fazenda "esperando passar a hora".

Ademais, a subordinação do Autor, também está situada em outros elementos, como, a dependência, ou seja, não tinha livre escolha dos horários que deveria transportar os empregados, como revelou-se pelo exame dos autos, o transporte era diário, inclusive, com o número determinado de empregados a serem transportados, e num horário prefixado, pois se assim não fosse, poderia comprometer todo o fluxo de trabalho do dia a dia da Reclamada, pondo em risco a atividade-fim da empregadora.

Resta concluir que o pedido do autor encontra subsídios insofismáveis pela análise das provas trazidas aos autos, e mesmo que, as provas fossem falíveis, como muitas vezes acontece ao longo da prestação jurisdicional, mesmo assim, o princípio preponderante desta especializada, é o da **primazia da realidade sobre as formas**, e nesse andar de considerações, bastaria apenas o tempo da prestação laboral - os sete anos - e só por si, revelam os efeitos duradouros da subordinação do Autor, depois a religiosidade que se mostraram os recibos de pagamento, e por último a essencialidade do serviço prestado, podendo inclusive comprometer todo o fluxo de trabalho da Reclamada, e apenas para não deixar dúvidas, a imperiosa presença diária do autor no local da prestação laboral.

Por todos esses elementos compilados cuidadosamente nos autos, associados aos elementos das provas materiais e testemunhais, resta configurada a relação empregatícia do autor como **agenciador**.

Sendo assim, remetam-se os autos, a JCJ de origem que deverá submeter o exame nos demais pedidos do Autor, como bem entender o direito.

Pelo que,

ACORDAM os Juizes da Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **EM CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO DO AUTOR** e das contra-razões. No mérito, por igual votação, **EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO DO AUTOR** para, reconhecendo o vínculo como **agenciador**, determinar a remessa dos autos a JCJ de origem para análise do mérito dos pedidos, por questão de não supressão de instância, tudo nos termos da fundamentação.

Custas inalteradas.

Intimem-se.

Curitiba, 20 de agosto de 1996 - **MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO** - Presidente Regimental - **WILSON PEREIRA** - Relator.

**LIBERAÇÃO DE CRÉDITO AO  
SUBSTITUTO PROCESSUAL.  
IMPOSSIBILIDADE.**

Não tem validade a quitação eventualmente conferida por substituto processual. Somente o credor (titular do direito material) ou seu representante (e não, substituto) podem dar quitação ao devedor, nos termos do art. 934 do Código Civil Brasileiro, subsidiariamente aplicável ao Processo do Trabalho, com espeque no parágrafo único do art. 8º da CLT. Assim, o pagamento feito ao substituto processual não confere quitação ao devedor, o que só se dá através do próprio substituído, seus dependentes ou sucessores (Lei 6.858/80), ou, ainda, procurador com poderes específicos a tanto.

**V I S T O S**, relatados e discutidos estes autos de **AGRAVO DE PETIÇÃO**, provenientes da MM. 4ª Junta de Conciliação e Julgamento de Curitiba, sendo agravante **SINDICATO DOS EMPREGADOS EM ESTABELECIMENTOS DE SERVIÇOS DE SAÚDE DE CURITIBA** e agravado **HOSPITAL PINEL LTDA**.

Inconformado com a r. decisão de fls. 53, que indeferiu a liberação do crédito dos substituídos, assim como de honorários de advogado, recorre o sindicato exequente a este E Regional.

---

<sup>(\*)</sup> Publicado no Diário da Justiça do Paraná de 11/10/96.

Pretende expedição de guia de retirada, em seu nome, para que possa efetuar o levantamento do crédito dos substituídos ou, sucessivamente, a liberação de 20% do crédito a título de honorários de advogado (fls. 02/09).

Contraminuta apresentada (fls. 58/60), o Ministério Público do Trabalho deixou de intervir no feito (fls. 63).

É o relatório.

### **ADMISSIBILIDADE**

Regularmente apresentado. CONHEÇO do agravo de petição do exeqüente. Não conheço da contraminuta, por inexistente, uma vez que sua subscritora não tem poderes nos presentes autos.

### **MÉRITO**

#### **AGRAVO DE PETIÇÃO DO EXEQUENTE**

##### **1. Liberação do crédito ao sindicato exeqüente**

O recorrente pretende a expedição de guia de retirada, em seu nome, para que possa efetuar o levantamento do crédito dos substituídos.

A pretensão encontra primeiro óbice na invalidade da quitação eventualmente conferida pelo substituto processual. Com efeito, entendo que somente o credor (titular do direito material) ou seu representante (e não substituto) podem dar quitação ao devedor, nos termos do art. 934 do Código Civil Brasileiro, subsidiariamente aplicável com espeque no parágrafo único do art. 8<sup>a</sup> da CLT. De tal sorte que o pagamento feito ao substituto processual não confere quitação ao devedor.

Assim, somente o próprio substituído, seus dependentes ou sucessores (Lei 6.858/80), ou, ainda,

procurador com poderes específicos, podem dar quitação das verbas trabalhistas a que faz jus o empregado.

Por outro lado, se o substituto processual não pode receber pagamento em nome dos substituídos, de nenhum valor os poderes para tanto outorgados pelo sindicato exequente, senão apenas quanto a eventuais créditos devidos ao próprio substituto, dos quais seriam exemplo os honorários assistenciais.

Ademais, a matéria encontra-se pacificada com o advento do Enunciado 310 do E. TST, item "VII", que determina a liberação do crédito apenas em nome do substituído ou de procurador com poderes especiais.

MANTENHO.

## **2. Honorários de advogado**

Sucessivamente ao item anterior, o agravante pretende a liberação de 20% do crédito, a título de honorários de advogado, aduzindo como fundamento as disposições contidas na procuração de fls. 26.

Cumpra salientar, como esclarecimento, que a decisão liquidanda rejeitou expressamente o pagamento de honorários assistenciais e advocatícios (fls. 30).

O que pretende o agravante, em síntese, é a execução de cláusula contratual, estabelecida entre o sindicato exequente e seus procuradores, que previa o pagamento de honorários de advogado.

"Data venia", se por um lado entendo que já não seria competente esta Justiça especializada, por outro não vislumbro qualquer validade na mencionada cláusula contratual, porquanto não poderia o sindicato assumir a noticiada obrigação em nome dos substituídos.

NADA A REPARAR.

Pelo que,

ACORDAM os Juizes da Quarta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **EM CONHECER DO AGRAVO DE PETIÇÃO** mas não da contraminuta, por inexistente, uma vez que sua subscritora não tem poderes nos presentes autos. No mérito, sem divergência de votos, **EM NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO DE PETIÇÃO DO EXEQUENTE**.

Custas na forma da lei.

Intimem-se.

Curitiba, 18 de setembro de 1996 - **LAUREMI CAMAROSKI** - Presidente Regimental - **ARMANDO DE SOUZA COUTO** - Relator

**LEGISLAÇÃO FEDERAL. APLICAÇÃO A ESTADOS E MUNICIPIOS. IMPOSSIBILIDADE.**

O fato de o Estado (rectius Autarquia) contratar empregados regidos pela CLT não produz, de imediato a obrigatoriedade em adotar a legislação federal relativa a política salarial editada tendo como alvo, sem dúvida, a iniciativa privada. A orientação do Colendo STF a respeito do assunto e no sentido de que se deve prestigiar tanto quanto possível, a autonomia de Estados e Municípios, em benefício, quando menos do princípio federativo, afirmando, inclusive, que nem mesmo a lei local (especie normativa editada por estados e municípios) pode vincular despesas de pessoal com base em índices do governo federal. Recurso provido no particular, para afastar as diferenças salariais pretendidas.

**VISTOS** relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO** e **RECURSO "EX OFFICIO"**, provenientes da MM 10ª Junta de Conciliação e Julgamento de **CURITIBA - PR.**, sendo recorrente **DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DO PARANÁ** e recorrido **MILTON RODRIGUES MILITÃO**.

Inconformado com a r sentença de fls 810/818, da lavra da I Juíza Fátima TL Ledra Machado, avia o Departamento de Estradas de Rodagem o recurso de fls 820/823, alegando, em suma a legislação referente a salário oriunda da União não obriga o Estado e suas autarquias, como é o caso da recorrente. Pretende a reforma do julgado no que aos IPC

---

<sup>(\*)</sup> Publicado no Diário da Justiça do Paraná de 16 08 96

de junho 89 até março de 90. Pretende, ainda, que seja extirpada da sentença a incorporação do abono provisório- CLT.

Contra razões presentes às folhas 826/828.

O parecer da PRT é pelo conhecimento e improvimento do recurso.

É o relatório.

## **V O T O**

### **ADMISSIBILIDADE**

CONHEÇO do recurso ordinário e da remessa "ex officio", esta por imperativo legal. Conheço das contra razões, eis que preenchidos os requisitos legais de admissibilidade.

### **MÉRITO**

**RECURSO VOLUNTÁRIO E REMESSA "EX OFFICIO"**  
- análise conjunta.

#### **Ilegitimidade passiva do DER.**

Embora seja cansativo é preciso repetir que o DER está, sem dúvida, legitimado para a causa, pois, sendo uma autarquia estadual (**rectius: pessoa jurídica de direito público**) e ostentando a condição de empregadora do autor não pode, em hipótese alguma, pretender que o Estado do Paraná assuma a condição de réu nesta relação jurídica processual.

#### **LEGISLAÇÃO FEDERAL. APLICAÇÃO A ESTADOS E SUAS AUTARQUIAS. IMPOSSIBILIDADE.**

Tenho ponto de vista antigo no sentido de que a lei federal objeto da atividade legiferante da União dispendo sobre política salarial, não pode vincular estado e municípios, bem como suas autarquias, pena de vulneração direta, em cheio, ao princípio inafastável da autonomia do ente público federado, pois, a remuneração dos servidores do poder público estadual acabaria sendo reajustada, automaticamente, em decorrência da lei



federal, destroçando, por completo, toda e qualquer previsão orçamentária e inviabilizando, em alguns casos, a própria atividade estatal. Não me impressiona o argumento no sentido de que o poder público (leia-se, também, autarquia, pois, esta é nada menos do que uma longa manus do próprio Estado) submete-se a legislação federal relativa a salário quando contrata pelo regime da CLT. Tal argumento é inconsistente. Tive a oportunidade de escrever, longamente, a respeito da natureza jurídica da relação que ata o empregado público ao estado. Nessa oportunidade, afirmei: **Antes de examinar os argumentos brandidos pelas partes, principio com uma constatação, desfazendo equívocos: a relação de emprego que ata a autora e a ré não está regida, exclusivamente, por normas constantes da legislação trabalhista, sofrendo, sem dúvida, o influxo de direito público que colorem a relação jurídica com timbres diferenciados, pontuando o mencionado vínculo com caracteres de interesse público. A incidência de comandos emergentes do direito público impõe a conclusão de que os empregados públicos são, em última razão, agentes públicos não equiparáveis aos empregados da iniciativa privada. O regime do denominado empregado público é, portanto, híbrido, ensejando a aplicação de normas trabalhista e de direito administrativo (sentença proferida nos autos n. 1249/88 e publicada na Revista de Direito Público v. 100/246). No mesmo sentido sentença proferida pelo Juiz Federal José Ramos Delgado, in RDP vol 81/295 e parecer do Consultor Geral da República publicado no DJU de 3 ago 81, pág 14.507. Em suma: o fato de o Estado contratar empregados regidos pela CLT não produz, de imediato, a obrigatoriedade em adotar a legislação federal relativa a política salarial editada tendo como alvo, sem dúvida, a iniciativa privada. A orientação do Colendo STF a respeito do assunto é no sentido de que se deve prestigiar, tanto quanto possível, a autonomia de estados e municípios, afirmando, inclusive, que nem mesmo a lei local (espécie normativa editada por estado e municípios) pode vincular despesas de pessoal com base em índices do governo federal.**

A respeito, observe-se o seguinte julgado: **O STF tem declarado a inconstitucionalidade de disposições de leis locais que atrelem despesas de pessoal a índices do governo federal, precisamente em nome da autonomia dos Estados ( RT vol. 664/191). Assim, é razoável concluir-se que o princípio da autonomia dos entes federados corta a possibilidade de aplicação da legislação federal, pois o que impera no caso é o princípio da autonomia do Estado para legislar sobre política salarial dos servidores, nos limites estabelecidos na Constituição (acórdão da 2ª**

Turma do TRT da 10ª Região, relator Juiz Libânio Cardoso). Assim, reformo a sentença para excluir da condenação as diferenças salariais oriundas dos IPC de jun 89 a mar 90.

### **ABONO PROVISÓRIO. NATUREZA SALARIAL.**

Pretende a recorrida em seu recurso persuadir no sentido de que o denominado abono provisório -CLT foi pago em caráter provisório não revestindo-se, portanto, de caráter salarial, como entendeu a r. sentença de 1ª grau. Com o devido respeito, não tem razão. Acolho, integralmente, os argumentos contidos na sentença recorrida. Na verdade, o aludido abono provisório foi pago em caráter permanente, adquirindo, sem dúvida, nítida feição salarial. Em outras palavras: o que era abono inicialmente, com o rolar do tempo transmudou-se em salário, em decorrência do seu caráter permanente, sendo irrelevante se o valor continuou inalterado ou sofre modificações, posteriormente. Mantenho a sentença de 1º grau.

Em presença do exposto DOU PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO VOLUNTÁRIO E À REMESSA "EX OFFICIO" para excluir da condenação o pagamento de diferenças salariais relativas aos IPC de jun 89 a mar 90 como pretendido.

Pelo que,

**ACORDAM** os Juízes da Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **EM CONHECER DO RECURSO E DA REMESSA "EX OFFICIO"** e no mérito, por igual votação, **EM DAR-LHES PROVIMENTO PARCIAL** para excluir da condenação o pagamento de diferenças salariais relativas aos IPC de jun/89 a mar/90 como pretendido.

Custas na forma da lei.

Intimem-se.

Curitiba, 07 de maio de 1996 - **LUIZ EDUARDO GUNTHER** - Presidente Regimental - **NEY JOSÉ DE FREITAS** - Relator - **JOSÉ CARDOSO TEIXEIRA JUNIOR** - Procurador do Trabalho.

**VÍNCULO DE EMPREGO. SÓCIO E EMPREGADO.**

A participação societária não impede a formação da relação de emprego, ainda mais quando o contrato social visa mascarar esse vínculo, configurado pela presença dos requisitos de subordinação jurídica, onerosidade e prestação de serviços de forma não eventual. Ademais, segundo os ensinamentos de Délio Maranhão, o sócio pode ser empregado da empresa em que participe, desde que sua condição de empregado não seja absorvida pela participação na sociedade.

**V I S T O S.** relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da MM. 14ª Junta de Conciliação e Julgamento de **CURITIBA - PR**, sendo Recorrente **RUBENS MARCIO ASSUMPTÃO** e Recorrida **ESTACIONAMENTO DE AUTOMÓVEIS ALFA LTDA.**

**I - RELATÓRIO**

Irresignado com a R. sentença de fls. 107/110, prolatada pela Eminente Juíza Ana Carolina Zaina, recorre o reclamante a este Egrégio Tribunal.

Em suas razões, às fls. 111/117, requer o reconhecimento do vínculo de emprego, uma vez presentes os requisitos de dependência econômica e subordinação jurídica. Alega, também, que a jurisprudência abriga o entendimento de que o sócio, também, pode ser empregado da empresa. Pleiteia, ao final, o deferimento de todas as verbas elencadas no pedido inicial.

---

<sup>(\*)</sup> Publicado no Diário da Justiça do Paraná de 25 10 96.

Contra-razões de estilo. às fls. 120/127.

A Doutra Procuradoria do Trabalho oficia por cota, com fundamento nos artigos 6º. XV e 83, II da Lei Complementar nº 75/93, afirmando que os interesses em causa não justificam sua intervenção.

## **II - FUNDAMENTAÇÃO**

### **1. Admissibilidade**

Atendidos os requisitos legais de admissibilidade, conheço do recurso e das contra-razões, regularmente apresentadas.

### **2. Mérito**

#### **2.1. Vínculo de emprego. Sociedade.**

Cinge-se a controvérsia acerca da existência, ou não, de relação de emprego. O reclamante alega que era empregado. Em contrapartida, sustenta a reclamada, que a relação jurídica se desenvolveu em regime de sociedade.

A prova do vínculo de emprego é do empregado, entretanto, quando negado a existência deste pelo reclamado, afirmando que o labor foi prestado a outro título, atrai para si o ônus da prova.

Desse modo, cabia à reclamada provar a existência da sociedade. Ônus do qual não se desincumbiu a contento.

Da análise da documentação juntada aos autos, constata-se que o reclamante admitia e demitia empregados, comprava materiais, pagava contas, recebia créditos, enfim, realizava todas tarefas inerentes à administração da empresa. Entretanto, não assinava cheques em nome da reclamada, nem detinha mandato legal.

Por outro lado, observa-se que a prova da sociedade restou precária e insuficiente. A constituição de sociedades comerciais exige formalidades essenciais que lhe dão sustentação e validade. Imprescindível, portanto, a realização de atos e fatos jurídicos que determinam a real existência da sociedade. No presente feito, a integralização das cotas do autor

ocorreu com a alteração do contrato social de fls. 07/09, através cessão e transferência das cotas do sócio Gilberto Antonio Moreira.

Exige, também, a lei, para a configuração da sociedade por cota de responsabilidade limitada, outros requisitos, tais como: a distribuição de lucros na razão proporcional dos quinhões dos sócios no fundo social; responsabilidade comum pelas obrigações contraídas; aquisição, alheação, permutação, ou pagamento comum dos sócios; o emprego do nome nas cartas de correspondência, livros, faturas, contas e outros papéis comerciais; recebimento ou envio de cartas com o nome da firma social, etc. (artigos 305, 306, 329 e 330 do Código Comercial).

Ademais, requer a lei na dissolução da sociedade, que seja realizada na mesma forma de instrumento em que foi celebrada (art. 337 do Cód. Comercial). Além disso, o distrato da sociedade, voluntário ou judicial, deve ser inserto no Registro do Comércio, e publicado nos periódicos do domicílio social, conforme prescreve o artigo 338 do mesmo estatuto mencionado acima.

A reclamada, entretanto, não comprovou o efetivo exercício pelo reclamante de atos que caracterizassem sua condição de sócio, nem comprovou a realização do distrato, seja voluntário ou judicial, e em consequência, incorreu a divisão do capital integralizado na alegada sociedade.

Mesmo que considerássemos regular a sociedade suscitada pela reclamada, a doutrina assegura, segundo os ensinamentos de Délio Maranhão:

**"O sócio pode, em princípio, ser empregado da sociedade de que participe (artigo 20 do Código Civil). A sociedade tem personalidade própria que não se confunde com a dos seus sócios. Não tem razão, por isso, Orlando Gomes quando diz que o empregado-sócio seria empregado de si mesmo..."**

Continua:

**"Não é bastante que se exhiba o instrumento de sociedade para que se admita, sem mais indagação, a inexistência de uma relação**

**de trabalho. O nome dado ao contrato pelos contratantes não pode corresponder a verdade natureza da relação que os prende..."**

Afirma, ainda:

**"Em cada caso, cumpre verificar, de acordo com as circunstâncias de fato, se a condição de empregado subsiste ou se foi "absorvida" pela participação na sociedade em que trabalhava; tudo depende do grau, da intensidade dessa participação. E do comportamento recíproco dos sócios. Às vezes, o contrato de sociedade traduz uma simulação, sendo o contrato real, "dissimulado", o de trabalho..."**

E complementa:

**"Dissemos que, tendo a sociedade personalidade distinta da dos seus membros, podia o empregado, em princípio, sem perder essa qualidade, ser sócio da pessoa jurídica para a qual trabalhava. Em princípio, a afirmação é exata. Nada obsta, por exemplo, que o empregado se torne acionista da sociedade anônima para a qual trabalhe ou pequeno cotista de uma sociedade de responsabilidade limitada. Mas o mesmo já não poderá ocorrer em relação a uma sociedade em nome coletivo, eis que, aí, todos os sócios são solidariamente responsáveis pelas dívidas sociais: a qualidade de sócio exclui, logicamente, a de empregado..."** (Instituições de Direito do Trabalho. 15ª edição. Vol. 01. SP. LTr. págs. 312 e 313).

Na esteira da argumentação expendida, pode-se afirmar que o reclamante não era sócio da reclamada, vez que não cumpridas as formalidades essenciais na constituição, existência e dissolução da sociedade. Além disso, a diminuta participação societária (1%) do reclamante conduz, inevitavelmente, ao entendimento de que o contrato de sociedade traduziu uma simulação, com o intuito de mascarar a relação de emprego.

O reclamante, em verdade, exercia as funções típicas de empregado propriamente dito, pois administrava a empresa reclamada. Ressalte-se que, para configurar a subordinação não é necessária a existência de ordens, mas tão-somente a verificação do estado de dependência do obreiro, econômica ou jurídica. No presente feito, o reclamante era dependente economicamente da reclamada, pois recebia comissões com base

no lucro líquido. Além disso, era dependente juridicamente, visto que tinha o dever de obediência, caracterizado pela ausência de mandato legal.

Presentes, portanto, **in casu**, os pressupostos de subordinação jurídica, onerosidade e prestação de serviços de forma não eventual, nos termos do artigo 3º da CLT, ensejadores do vínculo de emprego.

Mesmo admitindo que o reclamante fosse sócio, nada obstaría que exercesse as funções de empregado concomitantemente, conforme leciona o Mestre Délio Maranhão. Corrobora com essa afirmação, o fato de ter exercido as funções típicas de um administrador.

Saliente-se que a alegada sociedade na venda de veículos não restou comprovada, ante a negativa da reclamada em juntar a documentação solicitada em audiência (fls. 93).

Destarte, o pagamento de comissões com base no lucro líquido não tem o condão de caracterizar a figura de sócio. Nesse sentido transcrevemos douto entendimento jurisprudencial:

#### **VÍNCULO EMPREGATÍCIO. SOCIEDADE DE FATO.**

*Não se configura como sócio de fato o gerente que, investido de mandato, exerça encargos de gestão em filial ou agência de escritórios imobiliários ou imobiliária tendo como sua remuneração a retirada de comissões sobre o lucro líquido daquela casa, vez que este tipo de "sociedade" apenas beneficia o proponente com aumento do seu lucro porque divide as despesas e eventuais prejuízos com aquele administrador. Inexiste fiança ou caução por parte do gerente para que possa constituir sociedade de fato, mas tão-somente um meio ilegal para evitar encargos sociais e trabalhistas pelo empregador e possibilitar aumento do seu rendimento líquido às custas do empregado de confiança, cognominado de "sócio". (Ac. TRT 2ª Região - 2ª T. (Proc. 25590/90-7). Rel. Juiz Gualdo Amaury Formica. DO/SP 03.12.92).*

Ante a todo o exposto, reformo a R. sentença de primeiro grau, para declarar existente o vínculo de emprego entre o autor e a reclamada Estacionamento de Automóveis Alfa Ltda., no período de 13.06.89 até 20.12.92, e determinar a baixa dos autos à MM. Junta de origem para apreciar e julgar o feito em relação aos demais pedidos.

### III - CONCLUSÃO

Pelo que,

**ACORDAM** os Juizes da Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos. **CONHECER DO RECURSO**. No mérito. **recolocado o processo em julgamento**, por maioria de votos. **DAR PROVIMENTO AO RECURSO** para declarar existente o vínculo de emprego, no período de 13.06.89 até 20.12.92, e determinar a baixa dos autos à MM. Junta de origem para apreciar e julgar o feito em relação aos demais pedidos como entender de direito, na forma da fundamentação, vencidos os Exmos. Juizes Luiz Fernando Zornig Filho e Teresinha Salete Adamshuk, que negavam provimento. Custas na forma da lei.

Intimem-se.

Curitiba, 06 de agosto de 1.996 - **LUIZ EDUARDO GUNTHER** - Presidente e Relator.

#### **JUSTIFICATIVA DE VOTO CONVERGENTE**

##### **DO EXMO. JUIZ RICARDO SAMPAIO**

#### **RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE**

**Vínculo Empregatício**. Do detalhado exame deste autos, sobressai uma dúvida. Teria um irmão, em melhor situação econômica, ajudado outro, colocando-o como sócio em um estacionamento (onde também se vendiam automóveis), ou o auxílio seria verdadeiramente deste último, na condição de empregado de fato, ainda que não de direito?

Ambas as hipóteses podem ter ocorrido, pelo que se extrai dos longos, longuíssimos depoimentos, e da pouca prova documental.

O julgador, entretanto, deve decidir pelos elementos rigorosamente constantes do processo, sem se guiar pelos fatores subjetivos.



Os elementos deveriam mostrar, para justificar a tese do Recorrido, a constituição de uma sociedade comercial com observância de todas as formalidades da lei. Sim, porque se a sociedade é apenas rudimentarmente formada, sem que os requisitos legais sejam observados, é impossível reconhecê-la.

Ora, no caso, o Reclamante teria participado com apenas 1% (um por cento) das quotas. Este fator, isoladamente, poderia convergir para a sociedade comercial, porém reforça a tese da relação de emprego, pela sua inexpressividade.

Além disto, não constam do processo os elementos definidores de uma sociedade, como determinados nos arts. 305, 306, 329 e 330 do Código Comercial, o que lembra o eminente Juiz Relator em seu voto. A própria inexistência do distrato, quando o Reclamante deixou a empresa, é elemento sintomático a depor contra esta e a favor da relação empregatícia.

Até admito que o propósito sincero do irmão que admitiu o outro fosse auxiliá-lo, mas o fez sem tomar as devidas cautelas da legislação. De forma que os fatores objetivos convergem todos para o reconhecimento do vínculo.

Acrescente-se que é inusitado que um sócio receba um fixo em salários-mínimos (dois), como acontecia com o Reclamante. Normalmente, o "pro-labore" não tem esta vinculação, que é própria dos empregados. Tomando-se a cautela de dividir o valor das "comissões" (fls. 3) pelo salário-mínimo em cada época, a constatação é de que os valores não eram expressivos. Em ago/1992, por exemplo, mal se ultrapassou um salário-mínimo e em outros meses é comum que se tivessem alcançado dois ou três salários.

Há, então, uma situação curiosa. As importâncias percebidas passam a ser compatíveis, mesmo somando-se fixo e comissões, a um gerente ou encarregado de empreendimento, com relação de emprego. Ao mesmo tempo, embora não fossem grandes quantias, são muito superiores ao 1% de quotas integralizadas na "sociedade".

Pode-se argumentar que, mais uma vez, um irmão que ajuda um irmão, dando-lhe até mais participação do que teria societariamente

direito, vê-se apenado. É um paradoxo, de fato. Mas este é o sistema da lei, que não foi feita pelos juízes, senão pelos deputados e senadores.

Por outro lado, a participação societária, desproporcional às quotas, além de descaracterizar aquela, ainda contraria a observação do sempre culto Juiz Revisor, "verbis": "Óbvio que ao irmão-Reclamado coubesse maior participação, pois diretamente proporcional ao volume de suas quotas na sociedade".

Não havia, como se viu, esta proporcionalidade, mesmo admitindo-se que ela beneficiava o Recte.

Por todos estes fatores, embora admitindo dolorosamente que, no presente processo, não se manifestou verdadeiro o princípio bíblico ("o irmão que é ajudado por seu irmão é como uma casa forte"), peço venia ao eminente Juiz Revisor para acompanhar o minucioso e detalhado voto, como sempre, do insigne Juiz Relator, dando provimento.

Curitiba, 06 de agosto de 1996.

**Juiz RICARDO SAMPAIO**

**DIGITADORA. SALÁRIOS EQUIVALENTES  
AOS PAGOS PELA EMPRESA TOMADORA.**

O resguardo dos princípios constitucionais do valor social do trabalho e da isonomia e, a aplicação analógica da alínea "a", do artigo 12, da Lei 6.019/74, impõem que se atribua como devidos, à empregada digitadora, os mesmos salários pagos pela empresa tomadora ao seu empregado exercente de função idêntica ou similar. Decisão reformada. Diferenças deferidas.

**V I S T O S.** relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da MM 18ª Junta de Conciliação e Julgamento de **CURITIBA - PR**, sendo recorrente **CLEUSA DE SOUZA RUTHS** e recorrida **PRESTO - LABOR ASSESSORIA CONSULTORIA PESSOAL LTDA**.

Irresignada com a r sentença (fls. 25 e 97/99) que julgou improcedente o pedido, interpõe a reclamante recurso ordinário.

Pretende o acolhimento relacionado à equivalência salarial, e consectários legais, com empregados digitadores da Caixa Econômica Federal, tomadora dos serviços, com base, fundamentalmente, em aplicação analógica do art 12, alínea a, da Lei 6.019/74.

Custas recolhidas (fl 105)

Contra-razões apresentadas (fls. 107/111).

---

<sup>(\*)</sup> Publicado no Diário da Justiça do Paraná de 07 06 96.

Pronunciou-se a d. Procuradoria Regional do Trabalho nos termos do art. 6º, inciso XV, e 83, II, da Lei Complementar nº 75/93 (fl. 113).

É o relatório.

## **I - ADMISSIBILIDADE**

Conheço do recurso ordinário da reclamante, regularmente interposto.

## **II - MÉRITO DO RECURSO**

Alegando laborar basicamente como digitadora, insiste a reclamante no acolhimento do pedido relacionado a equivalência salarial e consectários legais, relativamente aos empregados da Caixa Econômica Federal, que exerceriam mesma função. Sustenta, em suma, que seria devida a isonomia salarial, por aplicação analógica do art. 12, a, da Lei 6.019/74, embora inexistente o vínculo empregatício com a tomadora dos serviços. Salaria que não haveria postulado equiparação salarial, mas sim o direito à remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da CEF. Aduz também que restaria comprovada a existência de digitadores empregados junto à CEF e a subordinação aos respectivos administradores.

O r. julgado a quo indeferiu o pedido, em síntese, ao fundamento de que o serviço de digitação não se constituiria em essencial à atividade-fim do empreendimento e a ausência de comprovação relativa ao exercício de qualquer função pertinente à tomadora. Também com base na confissão da reclamante no sentido de que não haveria empregado exercendo idêntico mister perante à Caixa Econômica.

Assiste razão à autora, **data venia** do entendimento de primeiro grau.

A reclamada não negou que a autora prestasse serviços diretamente à Caixa Econômica Federal (fls. 27/28). Limitou-se a sustentar a tese da legalidade da intermediação, mediante o contrato de prestação de serviços (fls. 78/90), e que o labor desenvolvido não era dirigido aos fins essenciais da tomadora, sem, todavia, contestar, especificamente, que a

reclamante haja laborado exclusivamente em proveito da beneficiária dos serviços ou cliente.

Cumpra destacar, desde logo, que, em virtude da ausência de contestação especificada dos fatos, incidiu a reclamada em confissão tácita, no que tange ao trabalho da autora, em todo o período, destinar-se em proveito exclusivo da CEF (CPC, art. 302, **caput**). Ademais, incumbia à recorrida o ônus de provar que tal não ocorria, por se constituir fato impeditivo ao direito da Autora (CPC, art. 333, inciso II).

Não obstante, a única testemunha a depor, arrolada pela autora (fl. 24), afirmou que:

"... a depoente estava subordinada a um funcionário da CEF ... a depoente muitas vezes fez conferência de documentos, e também viu a autora fazendo esse tipo de serviço; esses serviços também eram feitos por funcionários da Caixa."

Quanto ao aspecto da confissão da autora, referida pelo MM. Juízo a quo, diz respeito à atividade de digitadora, mas, como ficou evidenciado no próprio depoimento pessoal e da prova testemunhal aludida, percebe-se que a reclamante desenvolvia outras atividades idênticas àquelas pertinentes aos empregados da tomadora de serviços, autêntica beneficiária do labor prestado.

Resultou, assim, incontestado que a autora, conquanto formalmente registrada pela Presto, laborou em todo o período (de 17.07.92 a 20.04.93) para a Caixa Econômica Federal.

Sabe-se que o contrato de emprego é um contrato realidade, tendo como princípio basilar o da **primazia da realidade**. Nessa linha, segundo a lição de Américo Plá Rodríguez, significa que:

"em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, **ao que sucede no terreno dos fatos**" (Princípios de Direito do Trabalho, LTr, 1978, p. 217).

Prosseguindo, na mesma obra, estabelece a distinção entre o contrato de trabalho e o de direito civil. Ao mencionar G. Scelle, acentua que:

**"a prestação do serviço é a hipótese ou pressuposto necessário para a aplicação do Direito do Trabalho ... uma relação de trabalho depende, em consequência, não do que as partes tiverem pactuado, mas da situação real em que o trabalhador se ache colocado... como diz Scelle. ... resulta errôneo pretender julgar a natureza de uma relação de acordo com o que as partes tiverem pactuado, uma vez que, se as estipulações consignadas no contrato não correspondem à realidade, carecerão de qualquer valor ... em razão do exposto é que o contrato de trabalho foi denominado contrato-realidade, posto que existe não no acordo abstrato de vontades mas na realidade da prestação do serviço, e que é esta e não aquele acordo o que determina a sua existência" (p. 218)**

Na hipótese em exame, admitida, na realidade, a prestação pessoal de serviço à Caixa Econômica, em todo o período laboral, por mais de nove meses, a reclamada não comprovou sequer a inexistência de subordinação, como visto. Ao contrário, referida circunstância resultou inquestionável. Dessa forma, verifica-se também logicamente que havia controle direto das atividades da autora, por intermédio de empregado superior da tomadora. Nem seria crível que, laborando por quase um ano, exclusivamente no estabelecimento desta, não estaria a reclamante adstrita ao cumprimento de normas e instruções, segundo a administração do respectivo departamento. No mínimo, ocorria fiscalização direta a respeito de sua conduta, e, relativamente às tarefas comezinhas, seguramente emanavam ordens da administração da Caixa, a fim de possibilitar até a prestação do serviço característico, inerente à função.

Em consequência, na realidade, a subordinação decorria da fiscalização direta pela Caixa e sujeição a horário de trabalho, sendo que o labor permanente foi desenvolvido, sem dúvida, também em benefício exclusivo da tomadora de serviços.

Irrelevante, pois, se havia contrato de prestação de serviços entre a reclamada e a empresa cliente, uma vez que esse não representava a efetiva realidade laboral da autora.

De outra parte, descaracterizado o trabalho temporário, ante o longo período de labor, ausência de necessidade transitória de substituição ou acréscimo extraordinário de serviço, de conformidade com a Lei 6.019/74. Em função desses aspectos, tal entendimento encontra amparo, ainda, na orientação da Súmula nº 331, do Egr. TST:

**"A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 3.1.74)...**

**--- Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102 de 20.6.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta." (grifei)**

Presentes, então, ao meu ver todos os elementos caracterizadores do vínculo empregatício com a Caixa Econômica Federal (CLT, art. 3º), poderia a pretensão da reclamante ser ainda mais ampla.

Relativamente ao enquadramento como economiária, a fraude também é inegável, uma vez que, se haviam empregados da CEF, desenvolvendo idênticas tarefas, obviamente que a atividade exercida pela autora dizia respeito à atividade-fim da tomadora de serviços, eis que, como dito, não se amoldava à hipótese de trabalho temporário definida na Lei 6.019/74:

**"Art. 2º. Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços.**

...

**Art. 10º. O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora ou cliente, com relação a um mesmo empregado, não poderá exceder de três meses, salvo autorização conferida pelo Órgão local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, segundo instruções a serem baixadas pelo Departamento Nacional de Mão-de-obra."**

Com autoridade. Délio Maranhão se pronuncia sobre o tema, assim:

"Indispensável que se considere, portanto, a natureza da necessidade mesma de mão-de-obra. Se a necessidade é normal, tendo em vista os fins da empresa, a força de trabalho há de ser obtida pela via normal: o contrato de trabalho, único capaz de levar à desejada integração do trabalhador na empresa." (INSTITUIÇÕES DE DIREITO DO TRABALHO, 11ª ed., Volume I. LTr. 1991, pp. 261-262)

Ademais, ainda que não se entendesse presentes os elementos que autorizariam a declaração de vínculo de emprego com a empresa tomadora, procede o pedido com base na aplicação analógica do art. 12, alínea a, da Lei 6.019/74, concernente ao direito de equivalência salarial em relação aos empregados da tomadora de serviços que exercem a mesma atividade.

Vale destacar, de pronto, o seguinte julgamento do Egr. TRT da 3ª Região:

**"REMUNERAÇÃO. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 12 DA LEI 6.019/74. TRABALHADOR TEMPORÁRIO. REMUNERAÇÃO.** Tal como previsto no art. 12, da Lei 6.019/74, o trabalhador temporário tem direito ao recebimento de remuneração equivalente à percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora ou cliente." (TRT - 3ª Reg. RO - 21.461/92 - Ac. 3ª T. - Rel. Juiz Alfio Amaury dos Santos. DJMG. 27.07.93 - pág. 37)

No que se refere à analogia, relativamente à locação aludida pela Lei 6.019/74 e a formalização de contrato de prestação de serviços, também é cabível, posto que a situação fática e as conseqüências jurídicas a que se submetem os empregados, nas espécies mencionadas, são as mesmas, notadamente porque, consoante já realçado, caracterizada a fraude na contratação, caberia até o reconhecimento do vínculo empregatício da autora diretamente com a CEF.

Havendo idêntica situação de fato, tanto no que se refere à locação de mão-de-obra, quanto em relação à função exercida pelos digitadores da CEF, a autora deve ser submetida a tratamento igual, a teor do



art. 5º, caput, e 7º, inciso XXX, da CF/88, em virtude da proibição concernente à discriminação.

No que tange ainda à isonomia, para que haja discriminação urge uma razão lógica e justificável para tanto e não puramente seja estabelecido um tratamento desigual sem que o motivo apresente-se plausível, sob pena de violação ao princípio da igualdade. Cumpre destacar, no particular, a brilhante lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, no que diz respeito ao princípio da isonomia:

"se o tratamento diverso outorgado a uns for **justificável**, por existir uma **correlação lógica** entre o **fator de discrimen** tomado em conta e o regramento que se lhe deu, a norma ou a conduta são compatíveis com o princípio da igualdade: se, pelo contrário, inexistir esta relação de congruência lógica ou --- o que ainda seria mais flagrante --- se nem ao menos houvesse um fator de discrimen identificável, a norma ou conduta serão incompatíveis com o princípio da igualdade. ... o princípio da igualdade consiste em assegurar regramento uniforme às **pessoas que não sejam entre si diferenciáveis por razões lógica e substancialmente (isto é, à face da Constituição), afinadas com eventual disparidade de tratamento.**" (Revista Trimestral de Direito Público, Vol. 1/93, Malheiros Editores, pp. 81-83)

Veja-se que, na hipótese, o empregado cedido mediante uma locação e outro por intermédio de uma empresa de prestação de serviços, na realidade, laborariam em idênticas condições com aquele que mantém vínculo com a tomadora. Ambos, assim, dotar-se-iam de requisitos suficientes ao enquadramento nas disposições do art. 12, da Lei 6.019/74, ou seja, direito à "remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente".

Portanto, perfeitamente possível a aplicação analógica do art. 12, da Lei 6.019/74, no caso em apreço.

De outra parte, importante realçar a finalidade da terceirização que visa ao aperfeiçoamento da mão-de-obra e agilização da atividade empresarial, em nossos tempos, cada vez mais exigida e complexa. Encontra-se aludida sistemática muito distante de atividades com puro objetivo de lucro advindo da intermediação a que, por vezes, procura-se relacionar.

Em verdade, não se refere ao barateamento da mão-de-obra e muito menos se presta a instrumento de fraude à lei. O aumento dos lucros somente pode ser bem-vindo quando obtido através de meios lícitos e imprescindível a atenção à melhor condição social do trabalhador que contribui inegavelmente ao bem estar social, fortalecimento da economia e, dirige-se, em última análise, ao benefício das categorias econômicas e profissionais. Ao contrário, representaria um autêntico retrocesso e não avanço.

Releva frisar, no tocante à **licitude da terceirização**, o entendimento de Pedro Vidal Neto:

"... pode-se concluir que a terceirização real: a) é uma forma moderna e aperfeiçoada de organização empresarial, permitindo maior eficiência administrativa e maior aprimoramento qualitativo; b) não é uma espécie de marchandage ou de contratação de mão-de-obra por meio de empresa interposta; c) não logra aviltar a remuneração ou deteriorar as condições de trabalho e não tem esse objetivo." (SYNTHESIS, Vol. 17/93, p. 73)

Portanto, a terceirização não objetiva o simples barateamento de mão-de-obra e fraude a direitos trabalhistas, como resta evidente na modalidade em análise.

Inexistindo diferenciação na função exercida pela reclamante e os empregados a nível de digitadores da CEF, resulta patente o direito a igual tratamento, ante a manifesta ausência de motivos plausíveis para validar a discriminação perpetrada pelas reclamadas, eis que as empresas é que deram azo ao labor para a administração indireta sem concurso público.

A decisão judicial deve lastrear-se em princípios e não apenas na letra fria da lei. Como bem assinala Alice Monteiro de Barros, as "decisões devem assentar-se nos princípios jurídicos e não apenas na letra supostamente suficiente do legislador... esses princípios amparados na doutrina de Plá Rodriguez, podem ser enumerados: Princípio da proteção, consubstanciado na condição e regra mais favorável. Seu propósito consiste em nivelar desigualdades. Princípio da primazia da realidade, onde as relações jurídico-trabalhistas se definem e se conceituam pelo seu real conteúdo, pelo modo através do qual se realiza a prestação de serviços. Princípio da irrenunciabilidade ... cujo objetivo é limitar a autoridade da

vontade. Ao lado do princípio da boa-fé e da razoabilidade destacamos o princípio da continuidade que visa à conservação da fonte de trabalho, com o objetivo de dar segurança econômica ao trabalhador e incorporá-lo ao organismo empresarial." (SYNTHESIS, Vol. 17/93, p. 47)

Abordando ainda a questão das fraudes praticadas sob o manto da "terceirização", a seguir, no mesmo parecer, destaca a ilustre Juíza que: "Entendo que "terceirizar", descentralizar, delegar tarefas canalizadas para a atividade-fim do usuário das mesmas, além dos limites da Lei 6.019/74 e Lei 7.102/83 merece repúdio da melhor doutrina e dos Tribunais, que denunciam as conseqüências anti-sociais dessa contratação, em face do aviltamento das relações laborais." (p. 49)

Percebe-se, então, que por todos os ângulos que se analise a questão, chega-se a uma única conclusão no sentido de que a modalidade de contratação operada fere princípios e a finalidade precípua da lei e da autêntica terceirização.

Ademais, a norma infra-constitucional tem que estar em sintonia com a Carta Magna, no sentido de trabalho igual, igual salário, o que somente vai contribuir, aliado à continuidade, para a efetiva integração do empregado na empresa. Questiona-se qual a perspectiva e o sentimento de um empregado exercente de mesma função e discriminado, ao lado de outro com futuro na empresa e salários muito superiores. Evidentemente que se torna vítima dessa degradante modalidade de tratamento, que resulta, por vezes, em prejuízos econômicos e sociais emergentes aos empregados e futuramente aos próprios empregadores, com a inevitável crise decorrente da queda de qualidade e de poder aquisitivo, posto que a grande massa consumidora é representada exatamente pelos trabalhadores. Inexistindo emprego e grande parte da população economicamente ativa com baixos salários, negavelmente a crise econômica atingiria a todos os segmentos, indistintamente.

Com efeito, o valor social do trabalho não deve ser relegado a segundo plano, eis que se constitui o primado do trabalho em objetivo fundamental da Carta da República, consoante destaque do art. 193, nos seguintes termos:

"A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais."

Feliz a assertiva de Wagner Balera, ao realçar, no que pertine ao valor social do trabalho, que:

"Só se pode cogitar de uma sociedade livre quando se persegue, a todo custo, o ideal do pleno emprego. O constituinte brasileiro elegeu como um dos fundamentos da República o **valor social do trabalho**. Se não captarmos o real significado desse valor, não poderemos entender a função precípua do Direito do Trabalho. ... Incumbe ao ordenamento jurídico efetivar aquele valor para a satisfação integral do ser humano. O valor social do trabalho é de importância primacial, ao lado de outro importante que é a **dignidade da pessoa humana**. ... Nessa perspectiva se coloca a Declaração Universal dos Direitos do Homem: Art. XXIII. **Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha do emprego, a condições justa e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego**. ... O instrumento jurídico é o único apto a por termo a desequilíbrios sociais tão notórios. Consciente desse fato o constituinte assegurou ampla gama de direitos sociais, que devem ser implementados o quanto antes. ... Os direitos sociais colocados pelo constituinte são instrumentos para a construção da **nova Ordem Social** e indicadores das vias de acesso à sociedade mais justa." (SYNTHESIS, Vol. 20/95, pp. 23-25)

Conforme alude Canotilho, com erudição, no tocante à aplicabilidade direta das normas de direitos, liberdades e garantias, asseguradas constitucionalmente, "... não significa apenas que os direitos fundamentais se aplicam independentemente da intervenção legislativa (cfr. arts. 17º e 18º/1). Significa também que eles **valem directamente contra a lei**, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a constituição (cfr. CRP, art. 18º/3). ... a aplicação directa dos direitos fundamentais implica a **inconstitucionalidade superveniente** das normas pré-constitucionais em contradições com eles." (DIREITO CONSTITUCIONAL, 5º ed., Livraria Almedina, 1992, p. 192)

A seguir, na mesma obra, salienta sobre o princípio da democracia social e da igualdade que:

"... a **dignidade da pessoa humana** (cfr. art. 1º) é considerada noutros países como um princípio objectivo e uma **via de derivação política** de direitos sociais. Do **princípio da igualdade** (dignidade social, art. 13º), deriva-se a **imposição**, sobretudo dirigida ao legislador, no sentido de criar condições sociais (cfr., também, art. 9º/d) que assegurem uma dignidade

social de princípios referentes à organização econômica (cfr. arts. citados). deduz-se que a transformação das estruturas econômicas visa também uma igualdade social. Nesse sentido, o princípio da democracia social não se reduz a um esquema de segurança, previdência e assistência social, antes abrange um conjunto de tarefas conformadoras, tendentes a assegurar uma verdadeira **dignidade social** ao cidadão e uma igualdade real entre os portugueses. ... A igualdade material que o princípio da igualdade postula é também a igualdade que o princípio da democracia econômica e social pretende realizar. Nesta perspectiva, o princípio da democracia econômica e social não é um simples **instrumento**, não tem uma função instrumental a respeito do princípio da igualdade, embora se lhe possa assinalar uma **função conformadora** que tradicionalmente é recusada ao princípio da igualdade: garantia de **igualdade de oportunidades** e não apenas de uma certa **justiça de oportunidades**. Isto significa o **dever de compensação positiva da "desigualdade de oportunidades"** (cfr., por ex., arts. 9º/d, 20/1, 74/1 e 2, etc.). O princípio da igualdade e o princípio da democracia econômica e social aglutinam-se reciprocamente numa **unidade**, não redutível a momentos unidimensionais de **estática** ou **dinâmica** da igualdade. ... dir-se-á que o princípio da igualdade é, simultaneamente, um princípio de igualdade de Estado de direito (rechtsstaatliche Chancengleichheit) e um princípio de igualdade de democracia econômica e social (sozialstaatliche Chancengleichheit)." (pp. 483, 485 e 486)

Assim, em análise aos diversos pontos ora trazidos à lume, verifica-se que a situação imposta à autora vem de encontro a princípios constitucionais e orientadores da legislação laboral. Isto porque a prestação de serviços deu-se sob a subordinação e objetivos diretos da tomadora e, na forma adotada, resultou em violação aos direitos de igualdade de tratamento e digna condição social da autora. Assim, faz jus a reclamante, por aplicação analógica do art. 12, da Lei 6.019/74, aos salários pagos pela CEF aos seus empregados que executem função idêntica ou similar.

Em conclusão: sendo inegável a fraude perpetrada pelas reclamadas, nos termos do art. 9º, da CLT, nulos os atos praticados com o intuito de fraudar a proteção legal, faria jus a autora ao reconhecimento da relação empregatícia diretamente com a tomadora de serviços. Em decorrência, também com relação às diferenças e reflexos postulados.

Pleiteada tão-somente a isonomia salarial e cabível a aplicação analógica do art. 12, da Lei 6.019/74, devidas as diferenças salariais relativas

a não concessão do salário inicial de ingresso na reclamada, como escriturária, em todo o período, conforme se depreende da prova oral produzida, com reflexos, nos limites do pedido (item 04 e 05, da exordial --- fl. 05), em férias com 1/3 e 13º salários, proporcionais, e FGTS sobre todas as parcelas, exceto sobre férias, porque proporcionais. Liquidação por cálculos.

Para prova do valor salarial de ingresso na CEF, determina-se que a reclamada comprove nos autos os valores correspondentes ao período, em 08 (oito) dias, sob pena de prevalecer a dobra alegada na exordial (fl. 04).

Por conseguinte, **reforma** para condenar a reclamada ao pagamento das diferenças salariais e reflexos decorrentes da não concessão do salário inicial de escriturária, relativo à Caixa Econômica Federal.

## 2. Correção monetária: época própria

A reclamante postula que a correção monetária incida a partir do mês da prestação do trabalho.

Ao meu ver, não se pode confundir o prazo legal para pagamento dos salários com a "época própria" sobre a qual deve incidir a correção monetária dos débitos trabalhistas. A lei não pode beneficiar quem a descumpre.

Por essa razão, comungo da corrente jurisprudencial que entende devida a correção monetária sobre o mês da prestação do trabalho e não sobre o mês em que o respectivo salário poderia ser pago:

**“CORREÇÃO MONETÁRIA. ÉPOCA PRÓPRIA.** Em se tratando de débito trabalhista, deve incidir a correção monetária no mês vencido e não a partir do 10º. dia do mês subsequente (DL 75/66 c/c art. 459, parágrafo primeiro, da CLT, com a alteração introduzida pela Lei 7.855/89). A correção monetária tem o objetivo de recompor o poder aquisitivo da moeda, não se beneficiando o empregador com o elasticimento do prazo até o 10o. dia subsequente ao vencido. Neste há o dispêndio da energia do trabalhador.” TRT-PR-AP-316/91 Ac. 2ª T. nº 6.144/91. Rel. Juiz Lauro Stellfeld. DJPR 27.09.91.

Ainda que o único comprovante de pagamento (fl. 11) que indica a respectiva data de recebimento do salário, revele que era efetuado no mês seguinte ao da prestação de serviços, tenho que o salário é contraprestação exigível assim que prestado o serviço, enquanto que o elástico de prazo para seu pagamento é benefício que se dirige tão-só aos salários oportunamente quitados.

Entretanto, curvo-me ao entendimento majoritário desta E. Turma, onde prevaleceu a orientação segundo a qual os débitos trabalhistas devem ser atualizados monetariamente a partir do momento em que a verba torna-se legalmente exigível. Vale dizer, se o pagamento, por força de ajuste contratual, é efetuado no mês da prestação de serviços e tal vantagem aderiu ao contrato de trabalho, a partir de então passa o crédito trabalhista a ser exigível e, em consequência, também dentro do próprio mês da prestação de serviços é que deverá incidir a correção monetária. Já, quando o pagamento é efetuado no prazo limite, fixado legalmente (art. 459 da CLT, e art. 2º, do DL 75/66), ou seja, até o quinto dia útil do mês subsequente ao da prestação de serviços, o mês imediatamente posterior ao vencido é que representará a época própria para a incidência da correção monetária.

No caso em exame, sendo o pagamento de salários efetuado somente em torno quinto dia útil do mês subsequente ao vencido, a partir do mês seguinte ao da prestação de serviços é que deverá incidir a correção monetária.

A tese adotada pelo MM. Juiz, Dr. João Oreste Dalazen, explicitada no AP nº 1.438/94, a seguir transcrita, reflete o posicionamento:

“A correção monetária deve fluir a partir do momento em que a verba torna-se legalmente exigível, aplicando-se, na espécie, o que estatui o art. 2º do Dec.-lei 75/66 combinado com o art. 459, da CLT.”

Ora, por força do disposto no Decreto-lei 75/66 combinado com o art. 459 da CLT, a época própria para fins de incidência da correção monetária opera-se no décimo dia útil de cada mês subsequente ao vencido, ou quinto dia útil, após o advento da Lei 7.855/89.

Tocava à Autora provar que o pagamento dos salários ocorria no próprio mês de referência, eis que fato constitutivo do direito postulado (CLT, art. 818 c/c CPC, art. 333, I).

Em decorrência, não deve prosperar a pretensão de que a época própria, para efeito de correção monetária, seja a partir do mês em que o trabalho foi prestado."

Por esses fundamentos, determino que a correção monetária incida a partir do mês subsequente ao vencido.

### 3. Contribuição previdenciária

Requeria a reclamada, em defesa (fl. 31 --- item 05), autorização para efetuar desconto das contribuições previdenciárias.

Por força do disposto nos artigos 43 e 44, da Lei 8.212, de 24/07/91, com as alterações introduzidas pela Lei 8.620, de 05/01/93, **impõe-se** até ao empregador e à secretaria da MM. Junta de Conciliação e Julgamento o cumprimento do disposto no Provimento 2, da e. Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, com a limitação da incidência sobre os salários de contribuição, apurável mês a mês.

Portanto, **reformo** a r. sentença para determinar à reclamada e secretaria da MM. Junta de Conciliação e Julgamento o cumprimento do disposto no Provimento 2, da e. Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho.

### 4. Retenção do imposto de renda da fonte

Da mesma forma, em contestação, postulou a recorrida a autorização para retenção do imposto de renda da fonte.

Quanto aos débitos de Imposto de Renda, autorizo a retenção apenas sobre juros moratórios nos termos do inciso I, do parágrafo primeiro, do art. 46 da Lei 8.541/92, porque adstrito a este dispositivo o órgão julgador.

Reformo, pois, o r. julgado, para deferir a retenção do I.R. na fonte, exclusivamente sobre juros moratórios.

ISTO POSTO, **dou provimento parcial** ao recurso ordinário da reclamante para, nos termos da fundamentação: a) condenar a reclamada ao pagamento das diferenças salariais, e reflexos, decorrentes da não concessão do salário inicial de escriturária, relativo à Caixa Econômica



Federal: b) determinar à reclamada e secretaria da MM. Junta de Conciliação e Julgamento o cumprimento do disposto no Provimento 2, da e. Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho; c) deferir a retenção do I.R. na fonte, exclusivamente sobre juros moratórios. Determino ainda que a correção monetária incida a partir do mês subsequente ao vencido.

Pelo que.

ACORDAM os Juízes da Terceira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos. **CONHECER DO RECURSO DO RECLAMANTE** e, no mérito, por maioria de votos, **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL** para, nos termos da fundamentação: a) condenar a reclamada ao pagamento das diferenças salariais, e reflexos, decorrentes da não concessão do salário inicial de escriturária, relativo à Caixa Econômica Federal; b) determinar à reclamada e secretaria da MM. Junta de Conciliação e Julgamento o cumprimento do disposto no Provimento 2, da e. Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho; c) deferir a retenção do I.R. na fonte, exclusivamente sobre juros moratórios, vencido parcialmente o Exmo. Juiz Arnaldo Ferreira.

Custas, invertidas, pela reclamada, sobre o valor da condenação, provisoriamente arbitrado em R\$ 3.000, 00 (três mil reais), no importe de R\$ 60,00.

Intimem-se.

Curitiba, 30 de abril de 1996 - **WANDA SANTI CARDOSO DA SILVA** - Presidente Regimental e Relatora.

