

LUÍSA GOMES MARTINS

**O PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO
EM FACE DA FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS**

ORIENTADOR PROFESSOR CÁSSIO DE MESQUITA BARROS JÚNIOR

Universidade de São Paulo

Faculdade de Direito

São Paulo – 2010

LUÍSA GOMES MARTINS

**O PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO
EM FACE DA FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS**

Dissertação apresentada ao Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Universidade de São Paulo para obtenção do grau de mestre em Direito do Trabalho e da Seguridade Social, sob a orientação do Professor Cássio de Mesquita Barros Júnior.

Universidade de São Paulo

Faculdade de Direito

São Paulo – 2010

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
CAPÍTULO 1 – TEORIA DE RONALD DWORKIN	12
1. 1. Paradigma de objetividade	12
1.1.1. Paradigma moderno objetividade	13
1.1.2. Novo padrão de objetividade	19
1.2. Prática jurídica	28
1.2.1. Divergências teóricas	29
1.2.2. Conceito interpretativo de direito	34
1.2.3. Conceitos e concepções de direito	37
1.3. Integridade no direito	39
1.3.1. Exigências da integridade	41
1.3.2. Direito como integridade	44
CAPÍTULO 2 – O PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO DO TRABALHADOR ...	46
2.1. Conceito de princípio jurídico	46
2.2. Funções dos princípios jurídicos	51
2.3. Conceito do princípio de proteção do trabalhador	54
2.4. Fundamento do princípio de proteção do trabalhador	56

2.5. O princípio de proteção do trabalhador na atualidade	62
2.5.1. Flexibilização da legislação trabalhista	64
2.5.1.1. A necessidade de democratização das relações trabalhistas	64
2.5.1.2. A possibilidade jurídica de proteger uma das partes no contrato de trabalho.....	66
2.5.1.3. A eliminação do princípio protetor da Constituição	69
2.5.1.4. A legislação trabalhista como causa do desemprego	70
2.5.1.5. A flexibilização do contrato de trabalho como proteção aos desprotegidos	78
2.5.1.6. A proteção do trabalhador pela via negocial	80
2.5.1.7. A necessidade de formas alternativas de contrato de trabalho	86
2.5.2. A defesa da proteção estatal do trabalhador	94
2.5.3. O princípio da proteção do trabalhador a partir do método apresentado pela teoria de Ronald Dworkin	99
2.6. Formas de aplicação do princípio de proteção do trabalhador	102
2.6.1. Dimensão do <i>in dubio pro operario</i>	106
2.6.1.1. Inversão do ônus da prova	107
2.6.2. Dimensão da norma mais favorável	113
2.6.3. Dimensão da condição mais benéfica	115
CAPÍTULO 3 – ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA	119
3.1. Utilização da teoria de Ronald Dworkin	120
3.2. Aplicação de norma coletiva	125
3.2.1. Autorização constitucional para flexibilização dos direitos trabalhistas	125

3.2.2. Direitos disponíveis	129
3.2.3. Vantagens não previstas em lei	133
3.2.4. Ultratividade das normas coletivas	135
3.2.5. Comparação entre convenção e acordo coletivo	138
3.2.6. Limites à flexibilização	140
3.2.6.1. Normas de ordem pública	140
3.2.6.2. Direito mínimos	143
3.2.6.2.1. Direito a não discriminação	143
3.2.6.2.2. Direito à limitação da jornada de trabalho e ao pagamento de horas extras	144
3.2.6.3. Exigência de concessões mútuas na negociação coletiva	150
3.3. Vantagens concedidas por norma regulamentar	152
3.4. Formas alternativas de aplicação do princípio da proteção do trabalhador	155
3.4.1. Interpretação de regra celetista	155
3.4.2. Interpretação das regras de ônus da prova	156
3.4.3. Aplicação subsidiária de regras do direito processual comum	158
3.4.4. Aplicação subsidiária do direito comum	160
3.4.5. Efeitos do ato nulo	163
3.5. Critérios de aplicação do princípio da proteção na jurisprudência	164
CONCLUSÃO	168
BIBLIOGRAFIA	171

RESUMO	181
ABSTRACT	183
ANEXO JURISPRUDENCIAL	185

INTRODUÇÃO

O princípio da proteção do trabalhador é o enunciado basilar do direito do trabalho. Este ramo jurídico surgiu justamente do reconhecimento da desigualdade fática entre empregado e empregador. As partes na relação de emprego não estão em posições equivalentes que possibilitem uma negociação paritária das cláusulas do contrato. A aplicação do direito civil a essa relação no século XVIII provocou a superexploração das massas de trabalhadores e sua pauperização, resultando na chamada questão social, com importantes implicações em todos os campos da sociedade.

Com a crescente revolta dos trabalhadores e proliferação de movimentos grevistas por toda a Europa, foi requerida a intervenção do Estado nessa relação, com o fito de manter a paz social e a ordem pública. A repressão do Estado às lutas dos trabalhadores não foi suficiente para manter a ordem, logo, foram criadas ao longo dos anos leis que restringiam o contrato de trabalho com a limitação de jornada e a proibição do trabalho de crianças.

Surge o direito do trabalho, como conjunto de normas estatais visando à proteção do trabalhador. Foram criadas vantagens ao trabalhador no plano jurídico para compensar sua inferioridade no plano fático, com o objetivo de equilibrar a relação.

Isso não implica que o direito do trabalho atribua direitos somente ao empregado, pois ao empregador é resguardado o poder diretivo sobre o trabalho, ou seja, o poder de organização, o poder de controle e o poder disciplinar. O contraponto do poder diretivo é a subordinação jurídica, o que significa, que na execução de seus serviços, o empregado está submetido às diretrizes do empregador.

A desigualdade entre as partes da relação de trabalho se mantém até hoje. Além da subordinação jurídica, constata-se a subordinação econômica do trabalhador, afinal, em geral, a pessoa coloca seu trabalho à disposição de outrem por necessidade econômica, não por mero prazer. Nesse sentido, a proteção do trabalho é tema atual e necessário nesse ramo do direito.

A partir da crise econômica iniciada na década de 70, tem se questionado qual a melhor forma de proteger o trabalhador. Muitos autores rejeitam a proteção estatal do trabalhador por considerarem-na autoritária e paternalista. Defendem a proteção por meio da ação do sindicato. Acreditam que a reunião dos trabalhadores é força suficiente para equilibrar a relação entre empregados e empregadores. Ademais, a negociação coletiva daria ao campo trabalhista a flexibilidade que requerem os novos modelos de produção.

Por outro lado, outros autores defendem a maior proteção estatal do trabalhador. Consideram que os novos modos de produção provocaram a fragmentação da classe de trabalhadores e o enfraquecimento do sindicato, sendo, por isso, insuficiente sua ação diante do poder econômico do empregador.

Urge, portanto, investigar os argumentos de cada corrente, sendo importante perceber que não se trata de discussão política, econômica ou ideológica. Estamos diante de uma questão essencialmente jurídica. Isso é o que demonstra a leitura dessa discussão a partir da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin.

Sua teoria consiste numa descrição da prática jurídica ao mesmo tempo em que propõe método de aplicação do direito positivo. Dworkin rompe com o paradigma moderno de objetividade e percebe a prática jurídica desde a perspectiva do participante da prática. Nesse sentido, a ciência jurídica não investiga a verdade em termos matemáticos, não é possível a quantificação ou a certeza absoluta nos moldes das ciências naturais.

A Filosofia da linguagem trouxe um modelo de objetividade que concebe o objeto científico a partir da perspectiva do sujeito cognoscente. Na verdade, aprendemos os conceitos em determinado contexto e projetamos as palavras em contextos diferentes, não sendo possível a determinação *a priori* de todos os contextos em que é correto utilizar determinado conceito, ainda que conheçamos casos paradigmáticos. Dessa forma também deve ser compreendido o direito. Não é possível *a priori* descrevê-lo por completo, o conceito se constrói na própria resolução dos casos concretos, ainda que reconheçamos casos paradigmáticos.

O direito existe como objeto de investigação a partir da interpretação dos participantes da prática jurídica. Dworkin responde à pergunta o que é o

direito através das discussões entre os juristas. Nota-se que as normas jurídicas não são um objeto dado, o qual se pode definir *a priori*, mas só podem ser bem compreendidas dentro de um contexto determinado. A finalidade da norma é alcançada por diferentes formas dependendo do contexto que envolve o caso concreto. As normas jurídicas tomam forma na própria atividade de interpretação. O direito é um conceito construtivista, é substancialmente argumentação. Cada participante da prática jurídica diante de um caso concreto constrói a teoria que melhor justifica a prática como um todo. Assim, sempre haverá a melhor resposta para cada caso, pois haverá a argumentação que melhor descreve a prática jurídica.

Ronald Dworkin afasta por completo a discricionariedade do juiz, explica que os casos difíceis exigem um complexo trabalho de interpretação do direito para se alcançar a solução. Explica que o direito não dá apenas respostas possíveis para o caso concreto, uma das quais o juiz escolhe, discricionariamente, com base em fundamentos extrajurídicos. Através da interpretação das decisões judiciais e legislativas, o intérprete chega a uma única resposta correta. O autor nos ensina que o fato de haver controvérsias quanto à solução do caso e de ser impossível a demonstração quantitativa do que é verdade no campo jurídico não é suficiente para alegar a subjetividade da decisão do juiz. A ciência jurídica possibilita uma análise objetiva; entretanto, não se trata de uma objetividade nos moldes das ciências exatas, mas depende da perspectiva do intérprete.

Dworkin descreve a prática jurídica como algo coerente, adotando como ponto de partida a personificação do Estado. Através dessa personificação, entende-se que o Estado deve agir com integridade, entendida tal palavra próxima ao significado que atribuímos à coerência. Entretanto, não se trata de repetir sempre a mesma decisão, mas de adotar posições, em todos os aspectos, que possam ser interpretadas sem paradoxos, como resultado de um único conjunto de princípios.

A discussão sobre o princípio da proteção no direito do trabalho constitui exatamente um caso difícil nos moldes apresentados por Dworkin. Sua teoria explica bem essa discussão. Não se trata do conflito de princípios, nem do reconhecimento ou não da desigualdade entre as partes da relação de emprego, mas estamos diante da discussão sobre o que a igualdade, como conceito jurídico, requer no atual contexto econômico e social. Questiona-se qual a melhor forma de equilibrar a relação de emprego, considerando o

princípio da proteção do trabalhador e outros princípios do ordenamento jurídico brasileiro, como a democracia, a autonomia privada coletiva, a dignidade humana, etc. Interessa saber que forma de proteção do trabalhador melhor alcança a finalidade do conjunto de princípios que compõem nosso sistema jurídico, considerando o atual contexto.

Para a análise do princípio da proteção a partir da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin, é necessário, primeiramente, conhecer as premissas filosóficas dessa teoria. Em seguida, interessa a investigação da teoria do direito como integridade, na tentativa de entender seu diferencial em relação a outras teorias do direito, e de entender o modelo de compreensão e de interpretação do direito que essa teoria oferece. Percebe-se ainda que o modelo apresentado explica bem a prática jurídica, ainda que construído com base na *common law*, serve à descrição adequada de muitos dos atuais ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro.

O método de Ronald Dworkin sugere a investigação dos argumentos apresentados por posições contrárias; é o que faremos quanto às correntes favorável e contrária à flexibilização dos direitos trabalhistas. Encontram-se os seguintes argumentos da corrente flexibilizadora:

1. é necessário democratizar as relações trabalhistas;
2. não há possibilidade jurídica de proteger uma das partes no contrato;
3. o princípio protetor foi eliminado da Constituição;
4. a legislação trabalhista gera desemprego;
5. é necessário flexibilizar o contrato de trabalho para viabilizar a proteção aos desprotegidos;
6. a proteção do trabalhador deve-se dar pela via negocial;
7. são necessárias formas alternativas de contrato de trabalho.

A cada um desses argumentos, a corrente que defende a proteção do trabalhador pelo Estado apresenta contra-argumentos. Interessa investigar quais argumentos são mais fortes, descobrindo quais deles são coerentes com o nosso contexto social, econômico e político. Essa investigação se dará a partir das posições apresentadas na

doutrina. Em seguida, importa observar como esses argumentos são aceitos na jurisprudência, para saber quais deles prevalecem nos julgamentos do Tribunal Superior do Trabalho. Nesse sentido, a análise jurisprudencial será feita a partir dos acórdãos da Subseção de Direito Individual 1 do Tribunal Superior, publicados entre janeiro de 2008 e agosto de 2009, que tratam do assunto. Serão recolhidos os argumentos utilizados nas decisões, verificando os parâmetros considerados, para possibilitar a dedução da solução de outros casos concretos. Significa, portanto, a análise do conceito em determinado contexto para viabilizar projeções no futuro do conceito de igualdade nas relações trabalhistas.

CAPÍTULO 1 – DIREITO COMO INTEGRIDADE

1.1. Paradigma de objetividade

O século XVI foi marcado por grandes transformações, conduzindo os homens a dúvidas e perplexidades. Diversos fatores criaram a incerteza quanto ao mundo, quanto àquilo que é verdade e aquilo que não é. Os descobrimentos significaram para os europeus o contato com padrões de comportamento diferentes e a Reforma Religiosa, por sua vez, representou a quebra dos paradigmas medievais, possibilitando o surgimento de diferentes interpretações dos textos religiosos. O Renascimento, por sua vez, abriu a alternativa do antropocentrismo, em oposição ao teocentrismo da Idade Média.

A crise intelectual do Renascimento foi determinante na formação da concepção de verdade no mundo moderno, a revolução científica representou a certeza diante de tantas dúvidas colocadas ao homem moderno. Nesse contexto, buscou-se resolver um problema clássico da Filosofia: a separação entre realidade e aparência. Importava distinguir aquilo que realmente é daquilo que apenas parece. Afinal, nossas percepções podem nos enganar, basta lembrar dos nossos problemas auditivos e visuais, além de distúrbios psíquicos sérios, que criam alucinações e visões de todo o gênero.

A epistemologia moderna buscou um critério seguro para amparar suas construções e seus enunciados. Essa segurança e certeza foram representadas pelo conceito de objetividade, que implica conhecer cientificamente apenas o estado de coisas que existe independentemente de nossa percepção do mundo.¹

¹ Cláudio Fortunato Michelon Jr., em sua obra *Aceitação e objetividade: Uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 42, ensina-nos que: “Todos esses fatores convergem para a construção da teoria do conhecimento moderna (cujo ‘fundador’ é Descartes). A epistemologia moderna, como uma reação às incertezas,

Nesse sentido, o homem moderno constrói uma concepção do mundo com base em fatos brutos, quer dizer, eventos físicos e mentais. Os primeiros são conhecidos através do método científico e os eventos mentais são conhecidos pela nossa experiência com a qual temos contato direto pela consciência.

1.1.1. Paradigma moderno objetividade

As relações entre subjetividade e objetividade ganharam nova forma na modernidade. A filosofia moderna se ocupa de problemas novos, como a possibilidade de conhecimento das sensações, e por outro lado, a descrição estritamente física dos objetos. Desenvolve-se, na teoria do conhecimento, uma distância abismal entre o conhecimento do ponto de vista subjetivo e a descrição do ponto de vista objetivo. No conhecimento científico, a descrição desenvolvida pela Ciência Física é adotada como paradigma de descrição, sendo considerada a mais adequada para representar o mundo como ele realmente é.

A separação do ponto de vista objetivo e do ponto de vista subjetivo se faz pela postulação de um “lugar” em que ocorrem os fatos ligados ao ponto de vista subjetivo e outro em que ocorrem os eventos objetivos. Assim, os dados à disposição do conhecimento são encontrados no mundo interior, ou seja, a mente, e no mundo exterior, que se refere aos eventos físicos, os quais independem da perspectiva do sujeito cognoscente. Pela primeira vez na história, a mente é concebida como um “local” em que ocorrem eventos, como sentimentos, vontades, vícios, emoções; não é apenas meio de conhecer o mundo, mas uma parte do mundo que pode ser conhecida.

provocadas pelos descobrimentos, pela quebra da unidade espiritual da Igreja, pelos descobrimentos, pelos pensadores católicos céticos e, enfim, pela alternativa entre o teocentrismo e o antropocentrismo na teoria do conhecimento, vai tentar construir o caminho para a certeza sobre as coisas ‘como realmente são’. Um critério seguro para distinguir aparência da realidade.”

A diferença entre mundo interior e exterior é profunda pelo modo como esses mundos são tratados pelos homens modernos, entretanto, o verdadeiro limite entre eles é desconhecido. Encontramos diversos critérios para tal divisão, sem haver consenso entre os autores. No modelo criado por Descartes, a mensurabilidade parece ser o critério para diferenciação desses dois mundos. Por esse critério, as qualidades primárias são aquelas passíveis de medição, que indicam o objeto pertencente ao mundo exterior. A medida era a representação do valor fundamental da Ciência moderna, representado pela certeza. Questionava-se, com isso, a própria possibilidade de conhecer, com alguma segurança, dados que não fossem mensuráveis.

A separação entre mundo interior e mundo exterior era elaborada sempre com base nas qualidades primárias e qualidades secundárias do objeto. Este possui qualidades cuja existência independe da perspectiva do sujeito, enquanto outras qualidades só existem quando o sujeito toma contato com o objeto, assim são as cores e a distinção de frio e quente. A determinação do espaço, por exemplo, não depende do sujeito, sendo, portanto, uma qualidade primária. Na verdade, as qualidades secundárias representam nossa percepção das qualidades primárias do objeto, a cor vermelha, por exemplo, é a nossa percepção do comprimento de onda da luz refletida por determinado objeto.

A preferência do conhecimento científico pelo mundo físico passa pelo seguinte raciocínio. A partir da separação entre mundo exterior e mundo interior, verificamos a possibilidade de conhecimento do mundo interior próprio e do mundo interior dos outros, além do mundo exterior. Em relação ao mundo interior próprio ninguém pode estar enganado. Tenho acesso direto às minhas sensações, vontades e emoções através da consciência. Dessa forma, a impossibilidade de dúvida inviabiliza uma investigação científica, não posso predicar falsidade sobre os fatos do meu mundo interior. Pelo motivo exatamente oposto, não faz sentido a investigação do mundo interior dos outros, pois só tenho acesso a este pelo comportamento do outro ou porque este conta o que ocorre em seu interior, entretanto, o outro sempre poderá fingir ou mentir a respeito de seus sentimentos, vontades e sensações. A impossibilidade de prova impede a certeza buscada pelo homem moderno. Portanto, somente o mundo exterior pode ser conhecido com certeza, e somente sobre este faz sentido a investigação científica em razão da possibilidade de dúvida (que será dirimida pela utilização dos métodos científicos).

A subjetividade é afastada do campo do conhecimento científico e o ponto de vista objetivo passa a ser o único válido para a Ciência. Interessam apenas fatos brutos, os quais independem da perspectiva do sujeito que conhece o objeto; esta é a realidade eleita para o conhecimento.²

A Ciência do direito não foge desse paradigma, nesse sentido, encontramos a concepção empirista do direito, para a qual o direito é um dado do mundo exterior, portanto deve ser descrito através de fatos brutos. Diante da dificuldade desta tarefa, qual seja, a de encontrar fatos brutos nos conceitos e enunciados jurídicos, alguns simplesmente abandonam a suposição de que fazem sentido, e assim, negam que aquilo que os juristas dizem corresponde à “realidade” e constroem formas de interpretar modificando os conceitos criados pelos juristas práticos.

Hans Kelsen, porém, constrói um caminho diferente. Não abandona a explicação empirista do direito, mas se afasta dela em alguma medida. Kelsen nega o dilema entre interpretar os enunciados jurídicos como fatos físicos ou negar que tenham algum conteúdo cognitivo. Verifica que os enunciados jurídicos não fazem parte do mundo exterior, físico, mas, ainda assim, constituem dados objetivos.

Este autor considera a divisão da “realidade” apresentada pelo paradigma moderno. Em inúmeras passagens de sua obra, trata do chamado mundo natural, o mundo físico, cujos acontecimentos são percebidos pelos sentidos e são “localizados” no tempo e espaço. Entretanto, os acontecimentos jurídicos não se dão nesse mundo físico. Os fenômenos jurídicos, nas palavras de Kelsen, são normas jurídicas. E a norma jurídica é o sentido objetivo de um ato de vontade.³ Tal noção é um dado imediato da consciência, o qual não precisa de prova empírica, pois todos têm acesso. Não quer dizer que as normas jurídicas de um sistema se apresentam imediatamente à consciência, mas significa que o gênero a que

² Tais lições são encontradas na obra de Cláudio Fortunato Michelin Jr., intitulada *Aceitação e objetividade: Uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 42-53.

³ Kelsen, em sua obra *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, explica-nos que, p. 18: “se analisarmos qualquer dos fatos que classificamos de jurídicos ou que têm qualquer conexão com o Direito – por exemplo, uma resolução parlamentar, um acto administrativo, uma sentença judicial, um negócio jurídico, um delito, etc. – poderemos distinguir dois elementos: primeiro, um acto que se realiza no espaço e no tempo, sensorialmente perceptível, ou uma série de tais actos, uma manifestação externa de conduta humana; segundo, a sua significação jurídica, isto é, a significação que o acto tem do ponto de vista do Direito.”

pertencem, o dever-ser, é um dado da consciência.⁴ Nesse sentido, o dever-ser se aproxima do mundo interior considerado por Descartes, entretanto, traz dados objetivos.

A atribuição de sentido, de modo geral, é subjetiva, trata-se da interpretação de determinado fato como algo além de meros eventos físicos. No caso dos fenômenos jurídicos, temos que o padrão de interpretação é uma norma jurídica e, portanto, a atribuição de sentido é objetiva.⁵ Vale observar que os fenômenos jurídicos não ocorrem no espaço e no tempo. A qualidade de juridicidade de algo não pode ser percebida pelos sentidos, não está no mundo físico.

Na verdade, um dos objetivos de Kelsen foi justamente separar a ciência jurídica das ciências naturais. Os estudos das ciências sociais necessitavam de um método diferente de conhecimento, por compreenderem um objeto diferente. Delimitando o direito como sistema de normas, realizava-se a sua separação das ciências naturais. Estas têm como objeto a natureza, que se estrutura como um sistema de elementos ligados como causa e efeito. Portanto, as ciências naturais se regem pelo princípio da causalidade. De forma diferente, na descrição da ordem normativa, que coordena a conduta entre os homens, vigora o princípio da imputação; este, assim como o princípio da causalidade, liga dois elementos, porém, neste caso, a ligação se dá entre normas jurídicas.⁶

Até aqui, objetividade e mundo exterior eram conceitos coincidentes. Kelsen rompe com esse entendimento e cria uma nova realidade, no sentido de que não apenas os eventos exteriores são objetivos. Por outro lado, Kelsen não rompe com o paradigma da objetividade na medida em que somente eventos objetivos podem ser passíveis

⁴ Nas palavras de Kelsen, *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 23: “A distinção entre ser e dever-ser não pode ser mais aprofundada. É um dado imediato da nossa consciência. Ninguém pode negar que o enunciado: tal coisa é – ou seja, o enunciado através do qual descrevemos um ser fático – se distingue essencialmente do enunciado: algo deve ser – com o qual descrevemos uma norma – e que da circunstância de algo ser se não segue que algo deva ser, assim como da circunstância de algo deve ser se não segue que algo seja.”

⁵ O autor explica-nos o seguinte, em sua obra KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 20: “O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o facto em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o acto pode ser interpretado segundo esta norma.”

⁶ O autor descreve o princípio da imputação, em sua obra KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 120, da seguinte forma: “Procurando uma fórmula geral, temos: sob determinados pressupostos, fixados pela ordem jurídica, deve efectivar-se um acto de coerção, pela mesma ordem jurídica estabelecido.”

de análise científica.⁷ Visa, assim, criar um esquema racional de compreensão do fenômeno jurídico, possibilitando o conhecimento do direito através da defesa do conteúdo cognitivo de seus enunciados, de modo contrário àqueles que negavam sentido às expressões jurídicas.

As normas jurídicas obtêm sua objetividade de sua validade: basta ser válida para ser objetiva. E a validade de cada norma provém da existência de outra norma que serve como esquema de interpretação da primeira, atribuindo sentido objetivo ao ato de vontade. E outra norma atribuirá validade a esta segunda, numa sucessão escalonada, até alcançar a Constituição que seria a última norma posta do sistema. Cabe ainda atribuir validade à Constituição e, assim, Kelsen postula a norma fundamental. Esta é, a um só tempo, fundamento de validade e de objetividade das normas jurídicas.

A norma fundamental é definida de forma diversa das demais normas, como última de uma cadeia de validação, não pode ser logicamente definida como o sentido objetivo de um ato de vontade. Dessa forma, não é posta, nem positivada, mas representa um estado de coisas fictício, em que se deve obediência à primeira constituição histórica. Trata-se de uma hipótese, uma norma pressuposta.

Vê-se que toda a objetividade do direito se deposita numa pressuposição, numa hipótese. E tal hipótese depende da opção do pesquisador em postulá-la. Então, a objetividade do direito depende da opção de postular a norma fundamental. A objetividade depende da subjetividade do pesquisador, depende de sua vontade.

Para Kelsen, trata-se da escolha de conhecer atos de vontade do ponto de vista jurídico, esta escolha significa a postulação da norma fundamental. A objetividade do direito depende da escolha de conhecer um conjunto de fatos como fatos jurídicos, da vontade de explicar os fenômenos como cadeia de imputação, e não como cadeia de causalidade. Nesse sentido, a imputação não é apenas um esquema de compreensão das normas, mas ela cria as próprias normas; sem a imputação, seriam fatos sem sentido objetivo.

⁷ Kelsen esforça-se para afastar a subjetividade de sua análise, como se vê no seguinte trecho da obra *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.44 e 45: “Quando o juízo traduz a relação de um objeto, especialmente de uma conduta humana, com o desejo ou vontade de uma ou várias pessoas dirigida a esse objeto, e exprime, portanto, um valor subjetivo, esse juízo de valor é objetivo na medida em que o sujeito judicante formula tal juízo sem atenção ao facto de ele próprio aprovar ou desaprovar tal conduta, mas simplesmente enuncia o facto de que uma ou várias pessoas desejam ou querem um determinado objecto ou o objecto oposto, particularmente o facto de que essa ou essas pessoas aprovam ou desaprovam determinada conduta.”

Em última instância, a norma fundamental, como cume da pirâmide de normas, ligadas pela imputação, não apenas atribui objetividade, mas cria o próprio objeto da ciência jurídica. Então, precisamente a existência do direito depende de uma opção do pesquisador em postular a norma hipotética, o objeto depende diretamente do sujeito. Não é verdade que o objeto existe independentemente do ponto de vista. Tal configuração é resultado da opção de entender os fatos do ponto de vista do jurista. A objetividade dos fenômenos jurídicos depende da vontade de entendê-los como tal.⁸

Surge o problema de saber se aquele que postula a norma fundamental tem liberdade para estabelecer seu conteúdo. E Kelsen impõe limites a essa postulação, explicando que só tem sentido postular uma norma fundamental se esta servir de base para um conjunto de atos de coerção globalmente eficaz.⁹ Portanto, a subjetividade na identificação das normas jurídicas não é absoluta, a objetividade do direito depende de uma atitude determinada, qual seja, a vontade de explicar juridicamente um conjunto de fatos.

Diante da dificuldade de utilizar o paradigma de objetividade da modernidade, que identifica o “mundo exterior” com a objetividade, Kelsen cria o padrão específico para o direito, sem, no entanto, abandonar a ideia de que somente dados objetivos podem ser descritos, e esforça-se para distanciar a perspectiva do pesquisador do objeto. Apesar de depender da decisão do pesquisador para a própria existência, as normas jurídicas não são dados subjetivos. Kelsen busca isso ao estabelecer limite ao conteúdo da norma fundamental, indicando que este é determinado pela correspondência com uma explicação de um conjunto de atos de coerção globalmente eficazes.¹⁰

⁸ O próprio autor parece sugerir alguma dúvida em relação ao pressuposto metodológico eleito em sua teoria, pois afirma o seguinte no prefácio à primeira edição, KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 10: “O postulado metodológico que ela (a Teoria Pura do Direito) visa não pode ser seriamente posto em dúvida, se é que deve haver algo como uma ciência do Direito. Duvidoso apenas pode ser até que ponto tal postulado é realizável.”

⁹ Nas palavras do autor, KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 281: “Uma ciência jurídica positivista apenas pode constatar que esta norma é pressuposta como norma fundamental – no sentido que acabamos de patentear – na fundamentação da validade objectiva das normas jurídicas e bem assim na interpretação de uma ordem coercitiva globalmente eficaz como um sistema de normas jurídicas objectivamente válidas.”

¹⁰ Esta interpretação da teoria de Kelsen é encontrada em MICHELON JR., Cláudio Fortunato, *Aceitação e objetividade: Uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Michelin, p. 115. O autor, ao comparar a teoria pura com o realismo escandinavo, conclui o seguinte: “Isto que significa que tanto o realismo escandinavo

1.1.2. Novo padrão de objetividade

A descrição feita acima se refere a uma concepção absoluta de objetividade, que defende a construção do conhecimento científico a partir de um ponto de vista supostamente neutro. Isso quer dizer que a perspectiva de um ponto de vista particular seria inadequada, subjetiva. Ademais, significa que é possível uma descrição objetiva das coisas, inteligível a qualquer ser dotado de razão, ainda que não compartilhe a experiência da vivência em nossa sociedade.

A concepção absoluta de objetividade nega a adequação das descrições desde uma perspectiva particular, porém não pode negar sua existência. E mais, deve poder demonstrar a falsidade destas. Afinal, para sustentar uma teoria que exige a descrição das coisas independentemente de nossa perspectiva, é necessário demonstrar que ela pode explicar todos os fenômenos, inclusive as descrições desde nossa perspectiva. No entanto, isso não se mostra possível. Imaginemos que uma pessoa daltônica utilize um aparelho que meça o comprimento de onda da luz. Através do aparelho poderá identificar com segurança a cor vermelha, entretanto, continuará sem saber o significado de “vermelho”. A explicação da Física, ciência que descreve o mundo independentemente de nossa perspectiva, não dá conta de nossa conceituação.

No mesmo sentido, uma definição física do conceito de direito subjetivo, resumindo este na descrição de fatos brutos, não seria suficiente para dar conta do fenômeno. Imaginemos um alienígena, ele não entenderia o conceito a partir da descrição dos fatos que envolvem o conceito. A descrição física só faz sentido quando já sabemos o que significa o conceito através da vivência em nossa sociedade.

A concepção absoluta de objetividade não dá conta de nossas capacidades de conceituação. Significa que há coisas que este padrão de objetividade não pode

quanto a teoria pura do direito ligam, paradoxalmente, a objetividade do jurídico a um ponto de vista além de nossa perspectiva (o que quer que isto signifique), e, simultaneamente, à nossa perspectiva.”

explicar, portanto, não pode ser uma concepção absoluta. A objetividade independentemente de nossa perspectiva não pode expressar o sentido de todos os fenômenos, pois existem coisas que não podem ser entendidas desvinculadas de nossa perspectiva.

Nossa atividade conceitual é intencional e a intenção só pode ser compreendida a partir de nossa perspectiva. Nossos conceitos só são percebidos desde o ponto de vista interno. Dessa forma, a melhor maneira de entender nossos conceitos é desde nossa perspectiva. Por isso não seria suficiente enumerar todos os contextos fáticos em que usamos determinados conceitos, e verificar o que há de comum nesses conceitos. A construção de uma série de regras, independentes de nossa perspectiva, para a utilização de um conceito não seria suficiente para identificar quando um conceito é corretamente utilizado. Na realidade, aprendemos os conceitos em determinado contexto e projetamos as palavras em contextos diferentes, não sendo possível a determinação *a priori* de todos os contextos em que é correto utilizar determinado conceito, ainda que conheçamos casos paradigmáticos. Para conhecer a extensão de um conceito, dependemos das projeções futuras em novas situações, dependemos do modo como os usuários da linguagem fazem julgamentos. Portanto, não é possível conhecer os conceitos independentemente de nossa perspectiva.¹¹

Outra análise que precisa ser feita sobre a concepção absoluta de objetividade é quanto à caracterização dos objetos. Como dito na seção anterior, os objetos, segundo Descartes e outros autores, possuem qualidades primárias e secundárias, e estas dependem do ponto de vista do sujeito e, por isso, não representam o que o objeto realmente é. Afinal, somente o mundo exterior, independente de um ponto de vista em particular, pode ser conhecido cientificamente. Encontramos diversos critérios para a separação em qualidades primárias e secundárias, todos eles chegam a resultados semelhantes, em que as qualidades primárias são passíveis de medição e as secundárias não, estas dependem completamente do julgamento do sujeito. Nesse sentido, a concepção absoluta de objetividade significou a matematização do mundo, o mundo expresso em números. A matemática forneceria o critério

¹¹ Sobre o assunto, Cláudio Michelon, em *Aceitação e objetividade: Uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Michelon, p. 125, afirma que: “A correção ou não de uma determinada aplicação de um conceito dependerá de nossa forma de manejar este conceito. Na verdade nós aprendemos conceitos em determinados contextos, projetamos estas palavras em contextos diferentes. Mais ainda, os casos de projeção futura de um conceito não podem ser completamente determinados.”

seguro para definição do que as coisas realmente são, enquanto sobre as qualidades secundárias não seria possível ter certeza. Este é o caso da cor “vermelha”.

Tal tese merece refutação; é possível fixar outros critérios que não os números para obter certeza sobre as coisas. Como por exemplo, uma divergência sobre as cores pode ser facilmente resolvida utilizando uma tabela de cores como padrão. Além disso, o fato de que os conceitos funcionam é prova de que representam critérios públicos, compartilhados na sociedade, não são critérios completamente relativos. A divergência sobre eles não prova que são relativos, pois podemos utilizar critérios para determinar a posição certa e aquela posição que errou na definição.

Cabe, então, formular um novo conceito de objetividade que exerça função semelhante à objetividade positivista, mas que não considera a nossa perspectiva. Nesse ponto percebemos a inovação da tese de Hart perante a teoria pura de Kelsen. Hart assimila o padrão de objetividade construído pela Filosofia da linguagem ordinária, e constrói sua teoria dispensando a postulação da norma fundamental kelseniana.¹²

O ponto central do novo padrão de objetividade é justamente adotar nossa perspectiva. Diversas noções só são compreendidas a partir de nossa experiência: sem a vivência humana, ficam sem sentido. Até mesmo as certezas matemáticas partem do que podemos chamar de convenções, a medição parte de padrões convencionados. Assim, o conhecimento depende de regras compartilhadas na sociedade, e a aceitação dessas regras não se trata de uma escolha, mas resulta do compartilhamento de um mesmo modo de vida. O que a Filosofia da linguagem nos propõe não é o relativismo dos juízos de verdade, em que cada pessoa possa dispor a bel prazer dos conceitos, mas nos mostra um conceito de objetividade sustentado pela congruência das subjetividades, que parte ele próprio de nossa perspectiva.

Hart mantém-se no positivismo jurídico, à medida que foge de uma fundamentação metafísica para o direito como fazem os jusnaturalistas. Este autor defende a separação de direito e moral, mas trazendo uma base de visão de mundo diferente, uma visão desde uma perspectiva. Tal argumento será radicalizado por Ronald Dworkin,

¹² Em sua obra *Aceitação e objetividade: Uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 134, Cláudio Fortunato, demonstra que: “A concepção de objetividade que está suposta no pensamento de Hart (já que o autor britânico jamais se deteve explicitamente sobre o tema) é ligada à tradição filosófica que se convencionou chamar Filosofia da linguagem ordinária.”

aprofundando a nova concepção de objetividade. Antes de tratar da tese dworkiniana, base do presente trabalho, estudemos Hart, com quem Dworkin faz um diálogo constante em suas obras.

A tese de Hart inicia com a admissão do conteúdo cognitivo dos enunciados jurídicos. Para justificar esse conteúdo, importa determinar a distinção entre hábitos e regras. O autor nos explica que hábitos e regras se caracterizam pela regularidade do comportamento humano. Entretanto, para o hábito, tal característica é necessária e suficiente para descrevê-lo, enquanto para a regra é necessária também outra característica, que Hart chama de “atitude crítica reflexiva”. Significa que a regra é um critério de julgamento do comportamento, é base para crítica ou aprovação de uma conduta, além de justificativa legítima de julgamento. Tal distinção é notada quando do desvio da regularidade de comportamento. Em alguns casos, não há qualquer reação, enquanto em outros, há reações que significam o reconhecimento de obrigações. Por isso, Hart refuta a tese de Austin que identifica o direito como ordens habitualmente obedecidas. Não basta a regularidade para a definição de regras sociais, para as regras jurídicas da mesma forma essa característica não é suficiente.¹³

Nas lições de Hart, as regras sociais são um padrão de comportamento aceito em uma determinada comunidade, e essa aceitação não se dá individualmente, mas representa um fenômeno social, as regras representam critérios compartilhados numa comunidade para avaliação e justificação dessa avaliação do comportamento dos membros do grupo social. Esse uso do padrão para o julgamento da conduta significa a própria aceitação da regra. O compartilhamento do critério implica que boa parte das pessoas do grupo acredita que deve se comportar da maneira prescrita pela regra e,

¹³ Vale observar as palavras do próprio autor, HART, Hebert L. A. *O conceito do Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 64: “Em primeiro lugar, para que o grupo tenha um *hábito*, basta que o seu comportamento convirja de facto. O desvio do procedimento regular não é necessariamente objecto de qualquer forma de crítica. Mas uma tal convergência geral ou mesmo a identidade de comportamento não bastam para criar a existência de uma regra que exija tal comportamento: onde há uma tal regra, os desvios são geralmente vistos como lapsos ou faltas susceptíveis de crítica, e as ameaças de desvio são objecto de pressão no sentido da conformidade, embora as formas de crítica e de pressão variem consoante os diferentes tipos de regra.”

além disso, significa a existência de critérios públicos para julgar a adequação do comportamento à regra.¹⁴

O autor não nega a possibilidade de descrições das regras sociais por quem não faz uso delas, essas seriam as descrições do ponto de vista externo. Tais descrições, porém, não têm qualquer relação com o mundo externo descrito segundo o padrão moderno de objetividade, mas representam a descrição das regras sociais por quem não faz parte do grupo. Nessa visão, só é identificada a uniformidade no comportamento, por isso, Hart privilegia o outro ponto de vista: o ponto de vista interno. Esta perspectiva significa levar a sério o modo como os membros da comunidade falam. Percebemos diferentes comportamentos linguísticos típicos em relação ao hábito social e a regra social.

O fato descrito pelo ponto de vista externo é diferente daquele descrito pelo ponto de vista interno: notam-se diferentes condições de verdade para cada fato. Por exemplo, dizer que muitas pessoas apertaram um botão em Brasília não é o mesmo que afirmar que foi votada uma lei. O enunciado externo e enunciado interno descrevem coisas diferentes. Nesse sentido, as condições de verdade de um evento institucional sempre incluem, além de eventos físicos, um elemento não físico, qual seja, uma regra. Assim, percebemos que a distinção entre os enunciados é lógica e os objetos descritos por cada um deles são diferentes.

Nessa distinção, é necessário recorrer ao conceito de fato institucional. As condições de verdade de um enunciado interno consistem não apenas em fatos brutos (concretos), mas também fatos institucionais. Os fatos físicos possuem condições de verdade diferentes destes. Os eventos institucionais só fazem sentido no contexto de uma instituição humana. Eles dependem de um conjunto de regras constitutivas, as quais, ao regular o comportamento, possibilitam a própria existência do comportamento, pois dão um sentido específico a certos fatos. Os eventos institucionais só podem existir com a admissão da noção de regra social.¹⁵

¹⁴ Tais lições encontramos em HART, Hebert L. A. *O conceito do Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 59-109.

¹⁵ Cláudio Fortunato Michelin Jr., em sua obra *Aceitação e objetividade: Uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 35-36, explica-nos que: “Existem fatos que normalmente consideramos fatos objetivos e que não são normalmente descritos como fatos meramente físicos ou mentais, mas que supõem a existência de certas

Para tratar da distinção de regras e hábitos sociais, Hart observa os diferentes comportamentos linguísticos socialmente típicos. Seu princípio metodológico implica que a análise do comportamento social pode ser prova para a existência de algo. Entretanto, não é qualquer coisa que depende apenas do comportamento linguístico para existir e, ademais, tal existência não resulta de uma decisão particular de um indivíduo. Existem classes diferentes de objetos. Para a regra social existir basta apenas que seja utilizada socialmente como critério de julgamento da conduta, ser utilizada é condição necessária e suficiente para a sua existência.

Nesse sentido, Hart sustenta o sistema jurídico nas nossas práticas sociais, e descreve este como o conjunto de regras primárias e regras secundárias, sendo as primeiras, regras de condutas e as secundárias, regras que estipulam como as primárias são estabelecidas, modificadas ou abolidas.¹⁶

A sustentação do sistema jurídico em nossa prática social não seria possível a partir da concepção absoluta de objetividade, que exige uma certeza que é impossível de ser alcançada nesse campo. Assim, Hart inaugura no direito um novo padrão de objetividade em que o sentido dos enunciados e dos conceitos só podem ser entendidos dentro de um contexto, a declaração da validade de uma norma só tem sentido dentro da prática social jurídica; fora deste contexto, não tem sentido.

Apesar da inovação de sua teoria, Hart ainda guarda amarras com o padrão moderno de objetividade. Postula como fundamento do sistema jurídico uma regra de reconhecimento, que pode ser definida como a regra constitutiva que apresenta as condições sob as quais se determina a validade de uma regra do sistema, ou seja, a partir dela se determina quais são as normas do sistema.¹⁷

Ronald Dworkin afirma a impossibilidade de postular a regra de reconhecimento, por mais abstrata, por mais complexa que seja, ainda que seja considerada

instituições humanas. (...) Esses fatos não meramente naturais serão chamados de 'fatos institucionais', já que sempre supõem uma instituição humana. Instituições podem ser definidas como um conjunto de regras que criam a possibilidade de novas formas de comportamento. Existem, além das regras constitutivas, ou seja, um conjunto de regras que criam a possibilidade de novas formas de comportamento."

¹⁶ Tal descrição é encontrada em HART, Hebert L. A. *O conceito do Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 89-109.

¹⁷ A regra de reconhecimento é descrita em HART, Hebert L. A. *O conceito do Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 110-135.

hipotética, não é possível definir o sistema jurídico com essa ideia. Dworkin leva às últimas consequências o novo padrão de objetividade, e radicaliza na contextualização dos conceitos. Segundo ele, as normas jurídicas só podem ser definidas no contexto de cada caso concreto. *A priori* não é possível a determinação do direito em sua completude. Assim, nenhuma regra, ainda que hipotética, poderia apontar o que são padrões jurídicos e o que são outros padrões sociais. Dworkin aponta a impossibilidade lógica de qualquer regra de identificação de padrões jurídicos, a origem do padrão não é determinante de seu caráter jurídico. Não é possível qualquer teste empírico, ou conceitual, descontextualizado, para identificação do direito.¹⁸

A tese de Hart sobre a regra de reconhecimento conduz à defesa da discricionariedade do juiz. Conforme determina a regra de reconhecimento, as regras jurídicas são reconhecidas pela sua fonte. Quando tais regras apresentam termos genéricos, que precisam ser especificados, o juiz utiliza padrões extrajurídicos para escolher o sentido que dará à regra no caso sob julgamento. Para Hart, existe um núcleo do direito em que basta o processo de subsunção do fato à regra para que seja aplicado o direito.¹⁹ Assim, sempre haverá casos simples em contextos familiares, enquanto haverá outros casos duvidosos, para os quais o conjunto de regras jurídicas não aponta uma solução. O autor explica que se trata da própria natureza da linguagem. Esta apresenta termos gerais que oferecem uma orientação de sentido até determinado ponto. Há um limite de sentido da linguagem; além deste limite, um campo de alternativas se abre, é o que Hart chama de “textura aberta do direito”. Neste caso, cabe ao juiz, dotado de total discricionariedade, escolher uma alternativa, baseando-se em critérios extrajurídicos conforme sua preferência. O autor esclarece ainda que não se trata de poder legislativo delegado, não se trata do poder de criar novas regras legitimamente concedido aos juízes pela ordem jurídica, mas é um problema da linguagem. A natureza humana impede que todos os casos possam ser previstos para serem prescritas soluções.²⁰

¹⁸ Tais lições são encontradas em DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 23- 72.

¹⁹ Nas palavras do autor, em HART, Hebert L. A. *O conceito do Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 138-139: “Tem apenas de reconhecer os casos de aplicação de termos verbais claros, de ‘subsumir’ factos particulares em epígrafes classificatórias gerais e retirar uma conclusão silogística simples.”

²⁰ Hart, em sua *O conceito do Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 167, explica que: “Uma forma de erro ‘formalista’ pode talvez ser apenas pensar que cada passo percorrido pelo tribunal está coberto por uma qualquer regra geral que confira antecipadamente autoridade para o

Tal tese cria um problema muito sério na teoria do direito. Há casos simples em que há a aplicação do direito, este identificado através da regra de reconhecimento. Enquanto há outros casos em que a solução é de livre escolha do juiz. Nestes últimos, conclui-se, então, que não há direitos subjetivos, nem obrigações jurídicas. E, com isso, não existe a obrigação do juiz de aplicar o direito, mas mera escolha aleatória ou baseada em critérios alheios ao ordenamento jurídico.

Hart recorre à discricionariedade do juiz em razão da incerteza das normas jurídicas. Entretanto, a incerteza ou a controvérsia não são critérios para determinar a subjetividade. Ou seja, esses critérios não são suficientes para provar a liberdade do juiz para julgar conforme lhe aprouver, não justificam a afirmação de que a decisão judicial resulta da mera escolha do magistrado, fundamentada em padrões extrajurídicos. O fato de haver dúvida não é argumento suficiente para afirmar que não há padrão jurídico.

A teoria de Ronald Dworkin nos mostra o erro desta tese: não é possível conceber uma regra de reconhecimento que possa identificar o que é direito a partir da origem deste, como o faz Hart. A regra fundamental de Hart não considera o conteúdo como fator que determina a juridicidade de uma norma. A separação de aceitação e validade promovida não se sustenta; a validade da regra jurídica só pode ser determinada com base em sua aceitação.²¹

Nenhum conceito pode ser determinado *a priori*, nem mesmo o conceito de direito. Assim, nenhuma regra, ainda que hipotética, poderia apontar o que são padrões jurídicos e o que são outros padrões sociais. Nesse sentido, Ronald Dworkin aponta a

percorrer, de tal forma que os seus poderes criadores são *sempre* uma forma de poder legislativo delegado. A verdade pode residir em que quando os tribunais resolvem questões anteriormente não encaradas, respeitantes às regras constitucionais mais fundamentais, eles conseguem ver aceite a sua autoridade para as decidir depois de as questões se terem suscitado e de a decisão ser dada. Aqui tudo o que resulta constitui um êxito. É concebível que a questão constitucional em causa possa dividir a sociedade de uma forma tão fundamental que não permita a sua resolução por uma decisão judicial. (...) Mas quando questões sociais menos vitais estão em causa, uma peça muito surpreendente de criação de direito por via judicial respeitante às próprias fontes de direito pode ser calmamente 'engolida'. Quando isso sucede, dir-se-á frequentemente, olhando em *retrospectiva*, e pode parecer genuinamente que houve sempre nos tribunais um poder 'inerente' para fazer o que foi feito. Todavia pode tratar-se de uma ficção piedosa, se a única prova para tal for constituída pelo êxito do que se fez."

²¹ Dworkin, em *Levando os direitos a sério*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 69, nos explica que: "Na verdade, o tratamento dado por Hart ao costume equivale a uma confissão de que existem pelo menos algumas regras de direito que não são obrigatórias pelo fato de terem sua validade estabelecida de acordo com os padrões de uma regra suprema – mas que são obrigatórias, tal como a regra suprema – porque são aceitas como obrigatórias pela comunidade."

impossibilidade lógica de qualquer regra de identificação de padrões jurídicos, a origem do padrão não é determinante de seu caráter jurídico, mas apenas seu conteúdo no caso concreto pode determinar a juridicidade de uma regra social.

Não é possível qualquer teste empírico, ou conceitual, descontextualizado para identificação do direito. Essa assertiva se justifica diante do conceito construtivista que é o direito. Este não constitui algo dado do qual se deduz a solução para cada caso, mas direito é substancialmente argumentação, cada participante da prática jurídica diante de um caso concreto constrói a teoria que melhor justifica a prática como um todo. Assim, sempre haverá a melhor resposta para cada caso, pois haverá a argumentação que melhor descreve a prática jurídica. Dessa forma, diante de um caso difícil, ou seja, aquele em que há dúvida, incerteza, o juiz utilizará sempre padrões jurídicos interpretados com base na teoria que melhor justifica a prática jurídica como um todo.²²

²² Esses ensinamentos são encontrados em DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 3-19.

1.2. Prática jurídica

O processo judicial representa uma dimensão muito importante do direito, com influência direta na vida das pessoas e no trabalho do governo. Além dessa influência concreta, o processo judicial implica um julgamento moral da sociedade, os fatos julgados judicialmente são julgados moralmente pela sociedade como corretos ou errados conforme a decisão judicial. Por isso, Ronald Dworkin concentra sua análise no estudo das discussões levantadas por aqueles que participam da prática judiciária. Interessa a ele o modo como os juízes decidem os casos.

O autor já prevê muitas críticas em razão da parcialidade de seu projeto, e confessa que realmente negligencia boa parte do que a teoria do direito estuda. Prevê também críticas quanto a outros aspectos de seu projeto. Alguns apontarão a falha de sua análise judiciária tendo em vista que ela considera apenas os argumentos doutrinários apresentados por advogados e juízes. Necessário seria abordar os aspectos econômicos, sociológicos e históricos que levaram os juristas a defender esse ou aquele posicionamento. Entretanto, a objeção fracassa por não notar o ponto de vista escolhido para a análise.

O direito é um fenômeno social com tal complexidade e estrutura que se configura uma prática argumentativa. As proposições discutidas pelos participantes dessa prática só fazem sentido dentro de seu contexto; fora de seu âmbito, perdem completamente o significado. As reivindicações com base no direito de uma comunidade só fazem sentido se acompanharmos o modo como os membros da comunidade constroem seus argumentos. Esse aspecto argumentativo pode ser estudado sob dois pontos de vista: o ponto de vista exterior, que questiona, por exemplo, as influências sofridas pelas pessoas que foram levadas a acreditar de determinado modo; e o ponto de vista interior.

Este último é o escolhido por Dworkin. Assim, interessa conhecer a própria estrutura do argumento utilizado por cada participante da prática, o que é considerado uma boa ou má argumentação no âmbito dessa prática. É um ponto de vista prático, que tem por finalidade a própria continuidade da prática. No estudo, interessa descobrir as condições de verdade que a proposição deve preencher para ter força dentro da

prática. Para tanto, Dworkin considera que a análise da prática judiciária é um bom paradigma para a exploração do aspecto central da prática jurídica.²³

1.2.1. Divergências teóricas

Na análise dos processos e decisões judiciais, Dworkin considera importante saber o que os juízes pensam que é o direito, e que tipo de divergência têm a respeito dos casos submetidos à Justiça. Nesse sentido, apresenta-nos o seguinte quadro.

Os juízes apresentam, de modo geral, três tipos de divergência: divergência de fatos, de direito, e de moralidade ou fidelidade. A divergência de fatos exige a inquirição dos fatos que aconteceram no caso concreto, que dependem de provas materiais apresentadas em juízo pelas partes. A divergência de moralidade ou fidelidade seria o conhecido dilema moral que supostamente se apresenta ao juiz, se este deve julgar com justiça ou seguir a lei. Muitos acreditam que o bom juiz é aquele que melhora a lei conforme os padrões de justiça em que acredita; outros, a maioria, acreditam que desviar da lei e julgar conforme sua própria moralidade é uma usurpação de poder.

Os advogados e juízes divergem sobre as leis a serem aplicadas ao caso concreto, e mais ainda, sobre a forma de sua aplicação. As proposições jurídicas sobre o que o direito autoriza ou proíbe apresentam-se de diversas formas, sendo gerais, explicitando um comando geral, ou específicas, concentradas num determinado caso. E podem ainda se diferenciar quanto às condições de verdades que exigem para verificar sua falsidade ou veracidade.

Há divergências sobre a existência de determinada legislação. Tal situação se resume a simples questão de fato, de saber se aquela lei foi promulgada ou não. Dworkin dá o nome de divergência empírica a essa hipótese.

Os juristas podem ainda divergir quanto aos fundamentos do direito, sobre os quais outros tipos de proposição se apoiam. Assim, concordam quanto ao

²³ Encontramos tais assertivas em DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 15-19.

repertório de legislação aplicável ao caso e quanto ao conjunto de decisões judiciais passadas semelhantes, que podem orientar a decisão, entretanto, discordam sobre se a base jurídica apontada esgota os fundamentos do direito pertinentes ao caso. Trata-se de uma divergência teórica do direito.

Essa divergência é muito problemática, até por isso, pouco compreendida e pouco estudada. O público em geral discute se os juízes “inventam” ou “descobrem” o direito, ou seja, discute-se sobre a questão da fidelidade do direito. Muitos alegam que o juiz cria direito novo sem qualquer base legal. Entretanto, não encontramos esse tipo de discussão entre os juízes, estes não divergem se devem ou não aplicar (ou seguir) o direito. Por mais polêmica que seja a decisão, a fundamentação se apresenta como resultado do conjunto de normas e julgados anteriores, como resumo daquilo que o direito é de fato. A argumentação não se baseia na melhoria do direito, nem em argumentos exclusivamente morais. Ao contrário, os juízes declaram apresentar a correta forma de entender o direito vigente sobre determinado assunto. Alegam que sua decisão compreende a maneira correta de aplicar os verdadeiros fundamentos do direito.

Saber se os juízes “inventam” ou “declaram” o direito é uma falsa questão. Esse debate seria facilmente resolvido se todos concordassem sobre o que é o direito, quais são seus fundamentos, os contornos e extensão desses fundamentos. Aquele que diz que o juiz descobre o direito acredita que a decisão judicial define bem o que determina o direito para o caso concreto, aquele que defende que o juiz inventa o direito discorda que o direito, se bem compreendido, demanda tal resultado para o caso concreto. Dessa forma, a própria questão da fidelidade do direito, do modo popularmente conhecido, decorre da divergência teórica, pois o debate sobre se os juízes encontram ou criam o direito implica o debate sobre o que é o direito.

Muitos filósofos do direito negam a existência da divergência teórica do direito, acreditam que o direito pode ser extraído dos livros e repertórios judiciais, e que, de fato, os advogados e os juízes concordam entre si quanto ao que é o direito, bastando conhecimento técnico para alcançá-lo. Dworkin chama esta visão de “direito como simples questão de fato”, pois o direito seria mera questão de fato verificável através da análise técnica dos escritos históricos. Nesse sentido, a discussão que encontramos entre os juristas representa

uma ilusão, eles “fingem” discutirem sobre o direito, mas na verdade, discutem questões de política e de moralidade. Portanto, a discussão a respeito do direito se resume à fidelidade, os juízes divergem quanto a se devem seguir ou não a lei.

A doutrina mais sofisticada acrescenta que o direito, muitas vezes, silencia a respeito da solução de determinado caso. Isso significa que nenhuma instituição competente declarou as regras a serem seguidas naquelas circunstâncias. Então, deve o juiz utilizar seu discernimento para criar nova norma para o caso. Nesse sentido, cada tese aponta um objetivo que deve predominar na decisão do juiz. Assim, os juízes usam da retórica para encobrir os verdadeiros motivos que conduziram sua decisão, fingindo se tratar do direito.

Argumentam, com isso, que, para alguns casos, não há uma única resposta certa indicada pelo arcabouço jurídico, havendo apenas diferentes soluções possíveis para o mesmo caso, que variam conforme o valor moral que privilegiam. Nesses casos, o discernimento é subjetivo, e a resposta será aquilo que parecer correto a um determinado juiz em determinado momento. O mesmo juiz poderá mudar de opinião, preferindo outra solução em outro momento.

Ao contrário do que pensam alguns juristas, Dworkin afirma que os juízes e advogados não agem como se houvesse diversas respostas corretas. Defendem e acreditam que a sua tese sobre o caso é realmente melhor que a outra, não apenas diferente, sua visão corresponde ao modo certo de interpretar o que o direito determina. Dizer que os advogados e juízes “fingem” configura uma fuga à análise da prática jurídica.

O autor utiliza o termo “teorias semânticas do direito” para se referir às teses que elegem como premissa a ideia de que a determinação do direito é uma simples questão de fato, de simples verificação do repertório de decisões tomadas pelas instituições competentes. Essas teorias defendem que compartilhamos os critérios que determinam a utilização da palavra direito, ainda que não possamos enunciar quais são esses critérios. A tarefa dos filósofos do direito seria exatamente desvendá-los para nós, o que pode levar a discussões, entretanto, segundo essas teorias, a dúvida seria sobre a descrição dos critérios, não quanto aos critérios em si.

O uso da palavra utiliza critérios fatuais compartilhados por todos os membros da comunidade, assim, a divergência entre os juristas, apesar da aparência, representa aquilo que o direito deveria ser, trata-se de uma divergência política e não sobre o direito em sua essência. As teorias semânticas do direito divergem quanto à definição dos critérios compartilhados para o uso da palavra direito, entretanto, todas concordam que esses critérios são de fato compartilhados e que sua verificação é uma tarefa empírica de análise das decisões passadas das instituições competentes, aquelas que detêm o poder político.

Essa descrição da prática jurídica não explica os argumentos que encontramos. Alguns argumentos seriam completamente inadequados se compreendidos como uma opinião sobre o aperfeiçoamento ou criação do direito, eles só têm algum sentido quando interpretados como argumentos em favor da responsabilidade dos juízes de aplicar o direito tal como ele é. Na prática judiciária, encontramos divergências sobre a força e a natureza, como fonte de direito, das decisões passadas, trata-se da discussão quanto ao próprio conteúdo do direito, não quanto à atitude a ser tomada diante de sua ausência.

Como teorias semânticas do direito, Dworkin classifica tanto as escolas do direito natural quanto o positivismo jurídico. E entre as teses positivistas destaca a teoria de Hart como a tese amplamente aceita pela doutrina, e critica sua regra de reconhecimento, negando a existência de critérios fixos compartilhados pela sociedade, argumentando que muitas divergências encontradas no direito se referem justamente ao conteúdo desta prática, àquilo que o direito exige na sua melhor interpretação.

Dworkin cita ainda um sofisticado argumento em favor das teorias positivistas, segundo o qual não se trata de “fingimento” dos advogados e juízes, mas há outra explicação para suas divergências. Compartilhamos os mesmos critérios para o uso de determinada palavra, entretanto, a prática apresenta casos em que há certeza quanto ao uso da palavra e outros em que há dúvida a respeito de seu uso. Hart, ao tratar dos casos difíceis, explica-nos que a própria regra de reconhecimento utilizada para identificar as regras jurídicas apresenta uma zona de penumbra, na qual não está claro o que é o direito.

Segundo este argumento, cada um utiliza uma versão ligeiramente diferente da regra principal, e essa diferença se evidencia nos casos difíceis. Temos, então, casos centrais, em que as pessoas concordam com o uso da palavra, e casos

limítrofes, em que se configura quase uma arbitrariedade a decisão de usar ou não a palavra. A divergência dos juízes e advogados, portanto, é puramente verbal e refere-se a casos limítrofes, não aos casos paradigmáticos.

Nesse sentido, nós, enquanto críticos, entenderemos melhor o processo de utilização da palavra direito se compreendermos a divergência sobre o direito como uma divergência quanto ao aperfeiçoamento do direito, quanto àquilo que ele deveria ser, e devemos utilizar a palavra direito somente para descrever as situações que representam o núcleo do conceito. Nesse contexto, Hart traz a ideia de discricionariedade do juiz no preenchimento das lacunas do direito.

Como já dito, este argumento contradiz a prática, pois as discussões jurídicas não fariam sentido como discussões sobre o aperfeiçoamento do direito, mas somente podem ser interpretadas como divergência sobre o conteúdo substancial do direito. Ainda assim, as teorias semânticas do direito ganham espaço como descrições da prática jurídica. Dworkin explica-nos que as pessoas acreditam que uma discussão só pode ter frutos, ser útil, se todos estiverem falando sobre a mesma coisa. Segundo essa crença, é necessário que todos compartilhem os critérios de utilização da palavra para que a discussão faça sentido. De outra forma, cada um falaria sobre coisa distinta, o exemplo seria uma discussão sobre bancos em que um fala dos bancos de investimentos e outro dos bancos da praça. As pessoas acreditam que só é possível discordar ou concordar se compartilhamos a definição do objeto em discussão.

O autor denomina esse argumento de agulhão semântico e dedica-se a mostrar-nos seu erro: a divergência sobre o direito é justamente a discordância sobre os critérios de identificação do direito. Estes critérios não podem ser conhecidos *a priori*, mas dependem do contexto. E esse contexto refere-se justamente ao conteúdo, ao assunto em discussão. Cada ramo do direito e cada situação terá seus critérios, os quais não poderiam ser enunciados como uma teoria do direito geral, pois o direito não depende apenas da análise das normas por sua fonte. A identificação das decisões históricas das instituições competentes não é suficiente para determinar a solução em muitos casos concretos. E mais, a dúvida surge não apenas em casos limítrofes, mas os argumentos utilizados para a defesa de cada posição mostra que está em jogo o cerne do direito. Interessa saber o que o direito requer,

busca-se uma interpretação que pretende ser o resumo de todo o direito da comunidade, se bem compreendido.²⁴

1.2.2. Conceito interpretativo do direito

O agulhão semântico compreende a ideia de que as pessoas só podem concordar ou discordar sobre algum objeto, se utilizarem os mesmos critérios para identificar este objeto. Essa visão não se sustenta quando observamos que as pessoas disputam a melhor interpretação das práticas e tradições que compartilham. A divergência faz sentido ainda que utilizem critérios diferentes para dar forma à sua interpretação. E o sentido advém do fato de a interpretação recair sobre o mesmo objeto ou conjunto de fatos.

Ronald Dworkin sugere um exemplo simplificado para entender a dinâmica da interpretação de uma prática social pelos próprios participantes. Imaginemos uma comunidade fictícia que cultivava regras de cortesia. Num primeiro estágio, as regras são seguidas de forma mecânica, cabe aos indivíduos apenas aderirem ou se revoltarem, sem qualquer reflexão mais profunda. Em seguida, as pessoas passam a adotar uma complexa atitude interpretativa, que se compõe de dois movimentos. Em primeiro lugar, é reconhecido que a prática social serve a uma finalidade, que pode ser defendida independentemente da descrição da prática. Em segundo lugar, a prática não é estática, mas deve se submeter à finalidade, assim, será modificada, ampliada ou limitada conforme essa finalidade. Nesse sentido, valor e conteúdo se confundem, a interpretação define não apenas a finalidade da prática, mas também as formas de segui-la, define aquilo que a finalidade, se bem compreendida, requer.

²⁴ Ronald Dworkin trata da divergência teórica do direito no capítulo 1 de sua obra *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 3-54. O autor descreve alguns casos para demonstrar os argumentos aqui citados. São eles: o caso *Elmer*, julgado em 1882, na Inglaterra em que se discutia se o direito negava o direito à herança ao neto que assassinou o avô, mesmo sem haver regra explícita nesse sentido; o caso do “*snail darter*”, julgado em 1973, em que se discutia a cessação da construção de uma barragem quase concluída para a preservação do único habitat de um pequeno peixe, que, a princípio, não apresentava qualquer importância biológica especial; o caso da *Sra. McLoughlin*, em que esta senhora pedia indenização por danos morais pelo trauma sofrido ao saber que sua família havia sofrido um grave acidente, tendo por base precedentes; e, por fim, o interessante caso *Brown*, que representou um marco no direito constitucional norte-americano quanto à segregação racial, p. 20-38.

Suponhamos que para essa comunidade as regras de cortesia se traduzem na demonstração de respeito a determinado grupo de pessoas. Primeiramente temos uma atitude mecânica em relação às formas de deferências tradicionais. Posteriormente, cada participante da prática passa a questionar as formas de demonstração de respeito, negando as formas tradicionais e adotando outras, não no sentido de se revoltar contra a prática, mas acreditam que o respeito é mais bem demonstrado da forma como agem e não da forma tradicional. Além disso, podem passar a defender que o respeito deve ser demonstrado a outro grupo, não àquele inicial, mudando, com isso, os fundamentos do respeito. Assim, a interpretação dá nova forma à prática, e essa nova forma estimula uma reinterpretação, produzindo uma prática dinâmica, submetida a radicais transformações. Por fim, a finalidade da prática pode alcançar justamente o oposto daquilo que era no início. A cortesia, então, ocupará um lugar menor na comunidade, até que suas regras sejam seguidas novamente de forma mecânica, sem questionamento.

A interpretação requerida neste modelo é a mesma envolvida em qualquer prática social. Esta interpretação é construtiva, constitui-se essencialmente em atribuir um propósito à prática e interpretá-la a partir deste. Nem sempre o propósito da prática poderá ser facilmente extraído dos fatos comportamentais brutos relativos à prática, assim, o intérprete atribuirá à prática o máximo de valor possível, de forma que seja compatível com os dados brutos e de modo que mostre com mais nitidez o valor que, para o intérprete, tem a prática.

A interpretação construtiva representa uma interação entre propósito e objeto, o intérprete tenta mostrar o objeto como o melhor exemplo possível do gênero ao qual acredita que pertence. Não significa que o intérprete pode fazer da prática aquilo que lhe convém, pois a história ou a forma de uma prática exerce uma coerção sobre as opções possíveis de interpretação; é necessária compatibilidade com os dados brutos.²⁵

Nesse processo de interpretação da prática social, o enunciado interpretativo tem caráter intencional, ainda que não possamos atribuir a ninguém em particular, nem ao todo no geral, essa intenção, por se tratar da intenção do próprio intérprete. Este precisa aderir à prática para compreendê-la, precisa assumir a estrutura de enunciado dos

²⁵ Essas lições estão em DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 55-64.

participantes. Essa adesão se torna necessária, pois os participantes de uma prática compartilham uma forma de vida concreta. Eles possuem interesses e convicções comuns, que permitem que percebam sentido naquilo que os outros falam e fazem. Suas visões de mundo são semelhantes. Para que a prática social seja possível, os membros da comunidade devem possuir muito em comum. Entretanto, as semelhanças não podem ser tais que não permitam a diferença, a divergência quanto à interpretação da prática permite que essa prática mude, de outra forma seria a obediência mecânica a regras.²⁶

A partir desse modelo de prática social podemos entender melhor o que ocorre na prática judiciária. O direito é um conceito interpretativo no mesmo sentido das regras de cortesia descritas acima. Em geral, os juízes reconhecem suas responsabilidades na prática jurídica e, com base em suas próprias convicções e tendências, desenvolvem teses operacionais sobre a melhor forma de exercer sua jurisdição. Nesse sentido, apresentam diferenças sutis ou, às vezes, significativas sobre a melhor forma de fazê-lo, e tais divergências decorrem da interpretação que cada um faz do direito com um todo. As teorias interpretativas de cada juiz representam a justificativa da prática jurídica como um todo, e tentam atribuir ao direito da comunidade o máximo de valor possível. Tais teorias são diferentes, apresentam pontos de vista diferentes quanto à força e à natureza da legislação e da jurisprudência. Mesmo assim, toda comunidade tem paradigmas no direito, enunciados que não são contestados, e, quando o são, conduz à acusação de ignorância ou má-fé do intérprete. A prática está submetida a fatores de unificação e socialização, havendo uma pressão à convergência, apesar das diferenças. Por outro lado, isso não impede que paradigmas sejam quebrados, ou percam suas forças, e sejam substituídos por novos.

A imagem da prática jurídica construída a partir do conceito interpretativo do direito é muito diferente da imagem que se forma com base nas teorias semânticas do direito. A nova imagem explica muito melhor o direito, e dá subsídio para análise da doutrina e jurisprudência com maior profundidade e abrangência. É necessário envolver-se nos argumentos jurídicos para compreender o direito de uma comunidade.²⁷

²⁶ Ler em DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 65-67 e p. 77-80.

²⁷ Tais afirmações representam resumo da teoria encontrada em DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 94-96 e 107-112.

1.2.3. Conceitos e concepções do direito

Na análise de uma prática social, conseguimos identificar padrões compartilhados em referência a essa prática. Nesse sentido, temos o conceito da prática, o qual apresenta as características mais abstratas, aquelas qualidades gerais sobre as quais quase todos concordam. Na especificação de situações, observamos o surgimento de divergências, seriam resultado das subinterpretações do conceito, as quais podemos chamar de concepções. Cada participante constrói sua teoria sobre a prática buscando apresentar esta sob sua melhor luz.

Ronald Dworkin faz uma analogia com a árvore, em que o tronco seria o conceito e os galhos as concepções que se diferenciam conforme procuramos refinamentos mais concretos do conceito. O tronco é o patamar inicial a partir do qual surgem novos pensamentos. O paralelo entre tronco e galhos significa a diferença de níveis de abstração, em que no nível mais geral temos concordância quase absoluta, e quanto mais concreta a situação, maior a divergência.

Nesse contexto, ganha importância o paradigma. Qualquer boa teoria sobre a prática deve incluir os casos considerados paradigmáticos. Incluí-los é a prova de uma interpretação plausível da prática, a prova de que a teoria a explica bem. Ainda assim, eles não estão livres de serem contestados; uma boa interpretação poderá descartar alguns paradigmas e adotar outros, por considerar aqueles um erro.

Como se vê, a construção do conceito e das concepções de uma prática social é interpretativa. Mesmo o conceito não é dado como uma descoberta semântica; não se trata do significado da palavra, não importam as regras de linguística. No exemplo dado, se as regras de cortesia são a demonstração de respeito, alguém que nega a ligação de cortesia e respeito terá sua teoria descartada, mas será perfeitamente compreendido, ao contrário do que sugere o aguilhão semântico.

Na prática jurídica, encontramos a mesma estrutura. Os advogados e juízes criam interpretações da prática que visam apresentá-la sob sua melhor luz,

buscando os argumentos que melhor justificam a prática. Temos um consenso abstrato inicial, de modo que as diversas interpretações do direito recaiam, de maneira geral, sobre os mesmos dados. Não quer dizer que todos concordem sobre exatamente quais matérias são jurídicas, mas, em qualquer época, estamos de acordo, a grosso modo, quanto às instituições que formam o sistema jurídico. Trata-se de um dado da nossa cultura. O advogado, ao entrar para a prática jurídica, encontra essa estrutura pronta e adere a ela. Ainda assim, a questão de identificar as características mais gerais do sistema é um problema interpretativo, não semântico; constitui o processo controverso de atribuir significado à prática.

Os paradigmas jurídicos desempenham importante papel tanto na formação do consenso mais geral (o conceito), quanto no desenvolvimento da divergência. Eles formam uma estrutura padronizada de argumentação: uma boa argumentação deve incluir os casos paradigmáticos e contestar uma teoria; muitas vezes, isso significa mostrar que ela não inclui um paradigma. Por outro lado, é também possível que se apresente uma teoria atraente o suficiente e corresponda às nossas convicções mesmo excluindo um caso, antes paradigmático. Percebemos que há uma base em nossa cultura: o conceito de direito, a partir do qual se desenvolvem as divergências que constituem as concepções do direito.

Dworkin formula um conceito de direito, que abrange as características mais gerais do direito, sobre as quais quase todos concordam. Nesse sentido, identifica a relação entre direito e força. O fundamento mais abstrato do direito consiste em direcionar o uso da força do governo de determinada maneira. A força somente deve ser utilizada se permitida ou exigida pelos direitos e responsabilidades formulados em decisões políticas anteriores, tomadas por instituições reconhecidas como legítimas.

Qualquer concepção útil do direito deve dar conta dessa relação entre poder e força. Assim, Dworkin apresenta sua concepção de direito como integridade. Esta justifica o uso da força pelo governo para garantir os direitos e responsabilidades jurídicas determinadas em decisões políticas anteriores. Tal concepção explica que são jurídicos não apenas os direitos explícitos nessas decisões, mas também os direitos que estão

implícitos e são apreendidos a partir dos princípios morais e políticos que sustentam essas decisões.²⁸

1.3. Integridade no direito

A teoria política, de modo geral, adota alguns princípios gerais a serem seguidos em qualquer governo, princípios que envolvem a distribuição justa de recursos e oportunidades, além de um justo processo para regular a violação das regras estabelecidas. Como na prática tais princípios são aplicados dentro de um Estado complexo, com estrutura já formada, os ideais políticos tomam a forma de objetivos, apresentam caráter evolutivo. Dworkin sugere os seguintes nomes para os ideais políticos: equidade, justiça e devido processo legal adjetivo.

A equidade refere-se a procedimentos justos de escolha dos representantes políticos, além de processos de democracia direta moralmente bons. Isso significa que cada cidadão deve ter a mesma influência sobre o poder político que os governa.

A justiça, por sua vez, diz respeito à forma pela qual as autoridades tomam as decisões, implica a distribuição efetiva de recursos materiais e a proteção concreta das liberdades civis. Enquanto o devido processo legal adjetivo relaciona-se com os procedimentos utilizados para julgar as violações às leis e aos regulamentos. Nesse sentido, os tribunais devem utilizar procedimentos de prova e de revisão de decisões de modo que proporcione um razoável grau de exatidão. Ademais, as pessoas que violaram as regras devem ser tratadas da forma estabelecida legalmente, sem exceções, a não ser aquelas juridicamente justificáveis.

Ronald Dworkin aponta ainda um quarto ideal político, que, muitas vezes, é citado pelo clichê de que devem ser tratados de forma parecida os casos semelhantes. Significa que o governo deve agir de modo coerente com os princípios que o estruturam em relação a todos os cidadãos, visando atender aos ideais de justiça e equidade.

²⁸ Ver DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 86-89 e 112-116.

Ao ideal citado, o autor dá o nome de integridade política, e o compara com sua versão de moral pessoal. Mesmo quando sabemos que divergimos sobre o modo correto de comportar-se, temos expectativa de que determinada pessoa aja de modo coerente com as atitudes conhecidas tomadas por ela, até aquele momento. Aceitamos que as pessoas agem conforme sua concepção de justiça e equidade, ainda que discordemos dessa concepção.

A integridade constitui uma virtude política quando esperamos o mesmo do Estado. Exigimos que o governo tome decisões coerentes com aquelas tomadas no passado, fundamentadas nos princípios de justiça e equidade, ainda que discordemos quanto ao conteúdo desses princípios.²⁹

²⁹ Conferir em DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.199-202.

1.3.1. Exigências da integridade

Adotando a virtude de integridade política, como ideal distinto dos princípios de equidade, justiça e devido processo legal, temos o seguinte quadro.

A integridade da equidade exige que as diretrizes que sustentam a legitimidade dos representantes sejam adotadas na verificação do conteúdo da legislação no momento de sua aplicação. Da mesma forma, a integridade da justiça de uma comunidade requer que os princípios que justificam o conteúdo das decisões políticas sejam adotados por todo o direito. A integridade do devido processo legal adjetivo, por sua vez, implica a obediência de todos os procedimentos previstos para o julgamento das condutas que violam a lei e o correto equilíbrio entre exatidão e eficiência na aplicação da legislação. Nesse sentido, a virtude da integridade política justifica a importância que os juízes e advogados devem dar às decisões passadas, as quais não podem ser tomadas como decisões isoladas e aleatórias, mas constituem o corpo único do direito.

Para melhor entender a integridade política, é necessário adotar uma personificação profunda da comunidade ou do Estado. Considera-se a comunidade como um todo engajado em concretizar o conjunto de princípios políticos: equidade, justiça e devido processo legal adjetivo. A comunidade é pressuposta como uma entidade distinta de seus membros, para a qual podemos atribuir responsabilidade moral, podendo, assim, honrar ou desonrar seus próprios princípios e ideais políticos.

A responsabilidade da comunidade não constitui a soma da responsabilidade individual de cada membro da comunidade, trata-se de uma responsabilidade distinta atribuída ao todo, e verificada com base em diretrizes distintas daquelas utilizadas na apuração da responsabilidade individual de cada membro da comunidade. Na verdade, não é possível aplicar à responsabilidade do ente personificado a mesma lógica da responsabilidade moral privada. Não se trata de negar a importância das atitudes das pessoas. Afinal, fala-se em personificação e não em descoberta. A entidade não existe de forma independente, ela se sustenta nas atitudes individuais. Ainda assim, não se pode confundir a responsabilidade coletiva com aquela da moral individual.

Percebemos essa lógica ao analisar a responsabilidade atribuída às autoridades políticas. Suas atitudes não são julgadas conforme os padrões que utilizamos nos julgamentos de nossas próprias atitudes individuais em nossa vida privada. Acreditamos que as autoridades devem tratar a todos de forma igual, por exemplo. Isso não se resulta apenas do poder e influência que tais autoridades têm, pois encontramos indivíduos que detêm muito mais poder (em decorrência de sua condição financeira privilegiada, por exemplo) que algumas autoridades, aos quais não fazemos as mesmas exigências no comportamento. As exigências de comportamento das autoridades políticas fundamentam-se nos ideais políticos, os mesmos que justificam a responsabilidade coletiva. Aceitamos que nossas autoridades agem em nome da comunidade, devendo agir de modo coerente com os ideais políticos. Essa situação sustenta o caráter de culpa coletiva de seu comportamento: envergonhamos-nos ou nos sentimos honrados em decorrência das atitudes de nossas autoridades.³⁰

A integridade política do modo apresentado não se resume à coerência estrita, o clichê citado anteriormente de que os casos semelhantes devem ser decididos de forma parecida não é suficiente para explicá-la. Essa virtude exige que o conjunto de normas de uma comunidade seja visto como um sistema único e coerente, fundamentado na aplicação da justiça e da equidade de forma proporcional. Significa que a comunidade age de forma fiel a seus princípios estruturantes. Nesse sentido, os juízes e advogados consideram o conjunto de decisões passadas como tomadas por um único autor, qual seja, a comunidade personificada. Esta deve agir de forma a honrar suas responsabilidades, expressando os fundamentos do direito adotados.

A aplicação do direito constitui-se, então, na interpretação das decisões políticas passadas. Trata-se da construção do direito de uma comunidade sob sua melhor luz. O juiz deve interpretar o direito de forma a torná-lo o mais coerente possível, adequado diante das exigências de justiça e equidade. Essa interpretação é um exercício construtivo realizado toda vez que se decide um caso difícil. O direito não é aplicação mecânica, mas exercício de interpretação construtiva.³¹

³⁰ Ler DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 203-208.

³¹ Ver DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 271-275.

Da forma descrita, os juízes são, ao mesmo tempo, autores e críticos do conjunto de textos jurídicos. Eles devem interpretar as decisões passadas e construir uma nova decisão com base na melhor interpretação do direito.

Para entender melhor tal concepção do direito, imaginemos a produção de um romance em cadeia. Esse romance terá cada capítulo escrito por um autor diferente. Entretanto, cada um assume a responsabilidade de escrever de forma a dar continuidade aos capítulos anteriores, para que o romance constitua um todo único e coerente, como se tivesse sido escrito por um único autor.

Trata-se de um trabalho extremamente complexo, em que cada autor deverá ler e interpretar o que foi escrito até aquele momento, para posteriormente, a partir da melhor interpretação da parte já escrita, dar continuidade à história. O autor construirá a interpretação que evidencie os atributos que considera mais relevantes numa obra de arte, evidenciando as características que a tornam mais atraentes conforme os valores cultivados naquela cultura, da qual, obviamente, o autor participa.

O autor pode considerar algumas linhas acidentais, alguns elementos da história como erros, algumas passagens como periféricas e outras como centrais. Assim, umas atitudes de cada personagem são determinantes de sua personalidade, enquanto outras são consideradas aleatórias. Cada autor, ao interpretar a história, projeta suas próprias convicções daquilo que acredita ser melhor exemplo de um romance. Nesse sentido, não se pode dizer que o autor tem total liberdade para criar seu capítulo, pois os capítulos anteriores exercem uma coerção limitando as opções possíveis. Por outro lado, a interpretação permite que o autor projete suas convicções sobre a arte.³²

³² O exemplo é descrito em DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 275-279.

1.3.2. Direito como integridade

Tal como o exemplo do romance em cadeia, os juízes devem considerar suas decisões como parte de uma longa história. Devem interpretá-la para continuar conforme suas convicções sobre o entendimento dessa história. Processa-se, assim, uma complexa interação entre adequação e justificação, em que são construídas a coerência em relação às decisões passadas e a interpretação do direito que melhor justifica o uso da força.

De modo geral, os juízes concordam que o direito é formado por um conjunto de princípios sobre justiça, equidade e devido processo legal adjetivo, os quais devem ser usados nos novos casos a serem julgados com base nas mesmas regras seguidas até o momento. Nutre-se, assim, a ambição de ser uma comunidade de princípios, cujas atitudes refletem a fidelidade a estes. O que não significa que ao longo de toda a história, o mesmo conjunto de objetivos e estratégias são seguidos. A diversidade de objetivos é compatível com a integridade.

Ronald Dworkin, para explicar esse processo, concebe um juiz imaginário, Hércules, dotado de características sobre-humanas. Esse juiz criterioso e metódico torna-se importante para mostrar os passos que, para a maioria dos profissionais do direito, são praticamente intuitivos, de forma que não se pensa muito sobre cada procedimento utilizado na decisão de um caso.

Com base na adequação, o juiz deve procurar casos semelhantes, o julgamento deve irradiar-se a partir do caso em uma série de círculos concêntricos, analisando áreas cada vez mais distantes, gêneros do qual o caso é um exemplo. Serão considerados, dessa forma, os compartimentos tradicionais do direito. Tais divisões pressupõem que uma determinada área do direito possui um conjunto de princípios morais que a regem os quais podem ser diferentes daqueles que orientam outras áreas. Por isso, ganha importância a compartimentalização feita pela doutrina tradicional. De forma diversa, as divisões mecânicas e aleatórias do direito, que não se justifiquem em diretrizes gerais de determinado ramo jurídico, devem ser ignoradas no julgamento, pois perdem sentido na interpretação.

Selecionadas as decisões passadas de casos semelhantes (ou selecionada a legislação pertinente), o juiz tenta encontrar um conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres jurídicos, formando a melhor interpretação do direito de sua comunidade. Não há ampla liberdade neste trabalho, os fatos brutos que compõem o direito oferecem as possibilidades de interpretação, delimitando a influência das convicções pessoais do juiz.

Deve haver uma escolha dentre as opções interpretativas que se abrem, elegendo aquela que mostra a prática jurídica sob sua melhor luz, com base nos parâmetros políticos de equidade e justiça. As convicções morais e políticas do julgador estão engajadas em promover esse empreendimento. A decisão refletirá não apenas suas próprias convicções sobre equidade e justiça, mas também sua crença nas possibilidades de conciliação entre esses dois princípios políticos. Por isso, diferentes juízes terão diferentes decisões, e isso significa a divergência sobre suas concepções de equidade e justiça, e a interação destas. Tais divergências refletem convicções políticas que expressam o compromisso com a integridade.

33

³³ Conferir em DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 286-285 e 300-308.

CAPÍTULO 2 – O PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO DO TRABALHADOR

O princípio de proteção do trabalhador surgiu da verificação de uma desigualdade fática entre os dois polos da relação de emprego. Nesse sentido, a finalidade do direito do trabalho de solucionar os conflitos nas relações trabalhistas é alcançada através do tratamento diferencial das partes, proporcionando vantagens ao empregado.

No presente trabalho, a proteção do trabalhador será analisada a partir do conceito de direito como integridade elaborado por Ronald Dworkin. Passaremos, então, à análise da teoria de Dworkin no campo das relações de emprego. Primeiramente, é importante definir o conceito de princípio jurídico e suas implicações práticas.

2.1. Conceito de princípio jurídico

Tendo encontrado diversos conceitos doutrinários para princípio jurídico, destacaremos aquele que condiz com as premissas adotadas na teoria de Dworkin. Princípios são orientações inferidas da cultura jurídica e política que informam toda a construção e aplicação do ordenamento jurídico. De modo semelhante, Mauricio Godinho Delgado define os princípios como “diretrizes gerais *induzidas* e, ao mesmo tempo, *indutoras* do direito”, em outras palavras, “são diretrizes que se inferem de um sistema jurídico e que, após inferidas, a ele se reportam, informando-o”.³⁴

Considerando esse caráter geral dos princípios jurídicos, Ronald Dworkin distingue regras e princípios. A distinção pode ser resumida em níveis diferentes de abstração, sendo os princípios, mais abstratos e as regras, mais concretas. Na verdade, não se trata apenas de maior abstração dos princípios, mas há uma diferença lógica; a natureza desses dois comandos é distinta.

O princípio pode ser entendido como uma meta, uma orientação em determinada direção, enquanto a regra apresenta os requisitos que exigem determinadas

³⁴ Trechos retirados de DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, p. 16.

consequências descritas em seu enunciado. Dessa forma, não faz sentido tratar da validade ou não de um princípio como se faz com as regras. Vale a pena observar as palavras de Dworkin a esse respeito:

“A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada”.³⁵

O autor explica ainda que o enunciado completo de uma regra exige a enumeração das suas exceções, ou seja, uma regra só será citada com exatidão se estiver acompanhada das exceções. Enquanto o princípio funciona de forma diferente, eles não apresentam consequências jurídicas que se seguem de maneira automática a partir das condições dadas. Nesse sentido, encontraremos sempre exemplos em que o princípio não se verifica. Ainda assim, a citação dos contraexemplos ao lado do princípio não torna o enunciado do princípio mais exato ou completo, pois não se pode apreender *a priori* todos os contraexemplos, não sendo possível tal enumeração.³⁶ Como se vê, a definição de princípio feita por Dworkin coaduna com o novo padrão de objetividade inaugurado pela Filosofia da Linguagem. Conforme descrito na seção anterior, os conceitos não podem ser conhecidos independentemente do contexto, a extensão de um conceito depende de suas projeções futuras em novas situações.

Apesar dos ensinamentos de Dworkin sobre a matéria, citados acima, a diferenciação entre regras e princípios não parece ter grande importância em sua teoria.³⁷ A distinção foi apresentada visando uma crítica à teoria de Hart.³⁸ Nesse sentido, se

³⁵ Extraído de DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39.

³⁶ Conferir em DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 40, 41.

³⁷ O trecho a seguir demonstra a coerência dessa interpretação da teoria do autor, DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 422- 423: “Contudo, a distinção entre leis claras e obscuras, assim entendidas, não precisa ocupar lugar em nenhuma exposição formal da teoria da legislação de Hércules. Em particular, não serviria do modo como a utilizei, na discussão feita até o momento, para sugerir um ponto de mutação teórico de tal modo que, se a mudança fosse feita, a interpretação continuaria seguindo uma certa trajetória, e se não acontecesse, tomaria um caminho diverso.” E mais adiante, completa: “Hércules não precisa de um método para os casos difíceis e outro para os fáceis. Seu método aplica-se igualmente bem a casos fáceis; uma vez porém que as respostas às perguntas que coloca são então evidentes, ou pelo menos parecem sê-lo, não sabemos absolutamente se há alguma teoria em operação”.

uma regra de reconhecimento existe em cada sistema jurídico, ela somente serviria para a identificação das regras e não dos princípios, pois estes têm sua juridicidade determinada pelo conteúdo, não por sua fonte. Ainda assim, não é possível formular tal regra de identificação do direito, nem sequer hipoteticamente. Nem mesmo para a identificação das regras jurídicas é possível conceituar a regra de reconhecimento.

Hart deposita nas regras secundárias a função de determinar a modificação e a inovação do ordenamento jurídico. Entretanto, a revogação das regras jurídicas, por exemplo, depende do conteúdo destas mesmas regras, sendo a identificação da fonte insuficiente. Há técnicas utilizadas nessa tarefa, mesmo assim, recorre-se a comandos morais e políticos para a decisão final a respeito da modificação e da inovação do ordenamento.

A aplicação da regra parece um trabalho simples de subsunção do fato à norma. Há regras sobre as quais não há controvérsias, e a tarefa de aplicação da regra se mostra realmente simples. Entretanto, a aparente subsunção esconde um longo trabalho intuitivo de interpretação. É necessária a análise do caso e a identificação das circunstâncias relevantes para determinar a regra a ser aplicada. Ademais, é necessária a análise do ordenamento como um todo, para verificar a legalidade da regra, sua constitucionalidade, e a existência de exceções. Dessa forma, a regra só será realmente aplicada depois da determinação de um conjunto de dados. Trata-se do trabalho de interpretação construtiva descrito no capítulo anterior.

Na interpretação do direito, as regras e os princípios se entrelaçam e a diferenciação perde importância. Uma regra pode ser aplicada, apesar de contrariar em alguma medida um princípio. E, por outro lado, pode ser aplicada esta ou aquela regra dependendo da relevância dada a cada circunstância do fato, e nesse sentido, os

³⁸ Identificamos isso no seguinte trecho (além de outras passagens das obras do autor) da obra DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 35- 36, onde isso fica claro: “Quero lançar um ataque contra o positivismo e usarei a versão de H. L. Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário. Minha estratégia será organizada em torno do fato de que, quando os juristas racionam ou debatem de direitos e obrigações, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões. Argumentarei que o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras.”

princípios que regem um ramo do direito podem orientar a relevância a ser atribuída a cada circunstância do fato.

Os princípios compõem o direito da mesma forma que as regras. Eles não são estruturas além do direito os quais apenas o orientam, mas representam normas jurídicas obrigatórias. De outra forma, a utilização dos princípios pelo juiz seria mero exercício de poder discricionário no sentido forte, ou seja, o juiz decidiria conforme sua livre escolha, sem limitação por qualquer parâmetro na decisão. Se não considerarmos os princípios como normas, podemos chegar ao absurdo de negar a existência de direito subjetivo nos casos em que cabe a aplicação de princípios.³⁹

A teoria de Hart caminha na direção dessa negação. Com base na regra de reconhecimento e na aceitação somente das regras como padrões jurídicos, Hart insiste na existência de discricionariedade do juiz em casos difíceis. Defende que os padrões jurídicos orientam a decisão judicial até determinado ponto, a partir do qual assumem padrões extrajurídicos à escolha do juiz. Este autor aponta, em sua defesa, a indeterminação da própria linguagem, a qual não fornece a especificação suficiente para a aplicação do direito em todos os casos.⁴⁰

A interpretação dos padrões jurídicos, segundo Hart, não pode eliminar a incerteza da linguagem. Muitos críticos de Dworkin argumentam no mesmo sentido. Colin Tapper declara que em caso de dúvida na aplicação da norma jurídica ao caso concreto, o juiz está livre para decidir.⁴¹ George Christie afirma que a falta de clareza da linguagem não pode ser completamente resolvida com a interpretação judicial.⁴² Joseph Raz, por sua vez, traz um argumento sofisticado acrescentando que o juiz é orientado por padrões jurídicos em todos os casos, entretanto, há casos em que o direito não aponta uma única decisão correta. O direito contribui para a decisão do juiz, porém não dá todos os elementos

³⁹ Sobre discricionariedade ler DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 50- 63.

⁴⁰ Ver HART, Hebert L. A. *O conceito do Direito*, 3ª edição, Trad. A. Ribeiro Mendes, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, P. 137-168.

⁴¹ Tapper, em A Note on Principles. *Modern Law Review*, London, vol. 34, p. 632, 1971, afirma: “Before the decision in *Riggs v. Palmer* the judge was free either to apply the rule that he heir named in a will should take under it, or to modify that rule by reference to the principle that no man should profit from his own wrong.”

⁴² Nas palavras de Christie, em The Model of Principles. *Duke Law Journal*, Durham, p. 658, 1968: “This vagueness is almost never completely resolved by the course of judicial interpretation.”

necessários para a determinação de uma única resposta.⁴³ Além disso, Raz acrescenta que os princípios apontados por Dworkin para auxiliar a interpretação quando o direito apresenta regras incertas são ainda mais vagos, deixando ainda mais espaço para a discricionariedade do juiz.⁴⁴ O autor explica que, melhor do que negar a discricionariedade do juiz, é pressupor sua existência e guiá-la.⁴⁵

A discricionariedade do juiz é requerida por estes críticos em razão da incerteza das normas jurídicas. Entretanto, a incerteza ou a controvérsia não são critérios para determinar a subjetividade. Não são argumentos suficientes para afirmar liberdade do juiz para julgar conforme lhe aprouver, sendo a decisão judicial resultado da mera escolha do magistrado, fundamentada em padrões extrajurídicos.

O direito não constitui algo dado do qual se deduz a solução para cada caso, mas é substancialmente argumentação: cada participante da prática jurídica diante de um caso concreto constrói a teoria que melhor justifica a prática como um todo. Assim, sempre haverá a melhor resposta para cada caso, pois haverá a argumentação que melhor descreve a prática jurídica.⁴⁶ Dessa forma, diante de um caso difícil, ou seja, aquele em que há dúvida, incerteza, o juiz utilizará sempre padrões jurídicos interpretados com base na teoria que melhor justifica a prática jurídica como um todo.

⁴³ Vale a pena observar as palavras de Raz, em *Legal Principles and the Limits of Law*. *Yale Law Journal*, New Haven, vol. 81, p. 843, 1971-1972: “Such cases are governed by laws which rule out certain decisions. The only claim is that the laws do not determine any decision as the correct one.”

No mesmo sentido, argumenta MacCallum, em *Dworkin on Judicial Discretion*. *The Journal of Philosophy*, vol. 60, n. 21, American Philosophical Association, Eastern Division, Sixtieth Annual Meeting, p. 640, Oct. 10, 1963: “Thus, the implication need not be that judges in these cases are *released* from normally binding policies, etc., but rather that the latter, although they may have guided the judges some distance, have not guided far enough. Hence, it is misleading for Dworkin to speak of these cases where, *ex hypothesis*, judges are supposed not to be bound to apply standards at all.”

⁴⁴ Em *Legal Principles and the Limits of Law*. *Yale Law Journal*, New Haven, vol. 81, p. 846, 1971-1972, Raz afirma: “But principles them selves are vague, and discretion in cases of vagueness cannot be dispensed with so long as courts are entitled to render judgment.”

Nesse sentido, George Christie, em *The Model of Principles*. *Duke Law Journal*, Durham, p. 669, 1968, chega a debochar da posição de Dworkin: “Thus, to take the case of rules, since we have difficulty in formulating and applying rule because of the vagueness of language, we took for even vaguer rules called principles to help us of ‘our difficulty.’”

⁴⁵ Em *Legal Principles and the Limits of Law*. *Yale Law Journal*, New Haven, vol. 81, p. 847, 1971-1972, Raz diz: “Rather than negating discretion, they pressupoe its existence and guide it.”

⁴⁶ Hyman Gross, em seu texto *Jurisprudence*. *New York University Annual Survey of American Law*, New York, p. 577, 1968-1969, parece não compreender o novo paradigma de objetividade, pois argumenta que: “It need hardly be pointed out that the judges’s decision does not conclude the question of which argument is the better one, but only the question of which (presumably) was thought by the judge to be better.”

O juiz está obrigado não apenas a dar qualquer decisão, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, mas deve tomar a decisão correta, aquela que resulta da melhor interpretação da prática jurídica. O direito determina a decisão correta, a qual constitui direito subjetivo do cidadão, e obrigação jurídica do juiz.

A incerteza da linguagem utilizada no enunciado de um princípio não é argumento para afastar sua juridicidade. Os princípios compõem o ordenamento jurídico e têm a mesma força que as regras no momento da aplicação do direito aos casos concretos. A adoção do princípio como norma jurídica decorre da adoção do novo padrão de objetividade, o qual valoriza justamente a perspectiva do intérprete na análise de uma prática social.

2.2. Funções dos princípios jurídicos

Américo Plá Rodriguez aponta a tríplice missão dos princípios do direito. Os princípios têm função informadora, sendo responsáveis por inspirar o legislador na inovação do ordenamento; apresentam função normativa, sendo fonte supletiva na ausência de lei que discipline os casos concretos; outrossim, identificamos a função interpretativa, pois os princípios são utilizados como critérios na interpretação das leis.

Ao lado destas, o autor apresenta funções adicionais dos princípios do direito do trabalho:

8. Os princípios são utilizados como regramento para a adaptação dos conceitos de outros ramos do direito para aplicação às relações de emprego.
9. Nesse sentido, impedem a utilização de orientações contrárias aos fundamentos do direito do trabalho, como, por exemplo, a autonomia da vontade.
10. Desenvolvem conceitos, viabilizando a influência do direito do trabalho em outros ramos.
11. Os princípios apresentam a função de “incentivadores da imaginação criadora”. A potencialidade dos princípios de organização de conceitos e sua capacidade de resolver problemas interpretativos atribuem o dinamismo característico do sistema jurídico.

12. Dessa forma, possibilitam a recriação de conceitos obsoletos no direito do trabalho, atualizando o sistema.
13. Diante da grande variedade de normas trabalhistas, os princípios introduzem a ordem ao sistema, estruturando seus elementos.
14. Coordenam os princípios de outros ramos do direito, evitando soluções contrárias aos fundamentos do direito do trabalho.⁴⁷

As funções apontadas demonstram a abrangência e importância dos princípios jurídicos no campo trabalhista. Mauricio Godinho Delgado, por sua vez, aceita a tríplice função apontada acima, mas completa indicando uma quarta função dos princípios, a qual chama de “função normativa própria”.

Ao lado das funções informadora, supletiva e interpretativa, há uma outra que se apresenta na concorrência com regras jurídicas e resulta de sua dimensão fundamentadora de toda ordem. Significa o reconhecimento do caráter normativo dos princípios, compondo estes o ordenamento tal como as regras jurídicas. Nesse sentido, os princípios apresentam diversos papéis relacionados à aplicação do direito ao caso concreto. Com base neles, o aplicador pode estender ou restringir uma regra jurídica, podendo inclusive afastar sua aplicação. Por isso, Godinho denomina essa função também de “função normativa concorrente” e explica:

“Essa última função atua, de maneira geral, em concurso com a interpretativa da regra analisada. Nesta atuação, ora estende o comando desta, ora o restringe, ora até mesmo esteriliza-o, a partir de uma absorção de seu sentido no âmbito mais abrangente cimentado pelos princípios correlatos. Nesta linha, se uma regra legal realiza o comando genérico contido em certo princípio, mas entra em choque com outro, pode prevalecer, sem dúvida, em face do peso do princípio realizado. Contudo, isso não significa que o princípio preterido não tenha certa influência na compreensão da norma enfocada, atenuando, adequadamente, seus efeitos pensados na origem.”⁴⁸

⁴⁷ Ler em PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 43- 45.

⁴⁸ Sobre o assunto: DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, p. 19-24.

O reconhecimento da força normativa do princípio e de sua função normativa própria significa uma ruptura com o paradigma positivista clássico. O sistema normativo não é composto apenas de regras; estas não explicam o fenômeno jurídico por completo. Mesmo a aplicação no direito de regras simples, nos casos pacíficos, esconde uma profunda construção interpretativa, cuja análise se mostra crucial nos casos considerados difíceis, que são os casos controvertidos.

Os princípios não cumprem seu papel apenas na ausência da lei, mas propiciam em cada atuação do direito o alcance da integridade. A integridade é o objetivo último de toda atividade jurídica. Cada intérprete busca demonstrar a racionalidade do sistema e sua coerência no momento em que aplica o direito. Nesse sentido, Mauricio Godinho Delgado, admite:

“os princípios, na Ciência Jurídica, não somente preservam irrefutável validade, como se destacam pela qualidade de importantes contributos à compreensão global e integrada de qualquer universo normativo.”⁴⁹

Pela função informadora, os princípios inspiram toda a criação de leis pelo legislador. Nesse sentido, as regras jurídicas têm seu fundamento nos princípios. Pela função interpretativa, os princípios orientam todo o entendimento sobre o sistema jurídico. E pela função normativa concorrente apontada por Mauricio Godinho Delgado, os princípios dão comandos obrigatórios que restringem, expandem e afastam a aplicação das regras. Se os princípios podem até mesmo afastar a aplicação de uma regra que não esteja em conformidade com o sistema e que, assim, inviabilize a integridade do direito, sua atuação na ausência de regra é ainda mais evidente (função supletiva). Nesse caso, sequer podemos falar em ausência de lei, pois a lei é criada com inspiração nos princípios e deve ser interpretada pela orientação destes. Dessa forma, os princípios sempre poderão ser extraídos das leis positivadas e do costume e aplicados em casos concretos. Não se trata de um caso de lacuna de lei, pois os princípios estão explícita ou implicitamente positivados, e participarão de qualquer aplicação do direito, existindo ou não regra específica e de pacífico entendimento.

⁴⁹ Trecho retirado de DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, p. 31.

Como se vê, diante da força normativa dos princípios, sua função normativa supletiva perde o sentido. Não porque o direito é um sistema perfeito e prevê todas as situações, mas não há lacuna no direito porque os princípios são normas jurídicas que compõe o ordenamento ao lado das regras, e em razão de sua abstração e generalidade, sua interpretação sempre conduzirá o aplicador a uma solução de integridade no direito, isto é, uma solução que seja inferida de regras jurídicas de temas próximos. Conforme detalhado no capítulo anterior, o aplicador do direito deve procurar casos semelhantes, e a análise deve se irradiar a partir do caso em uma série de círculos concêntricos, analisando áreas cada vez mais distantes, gêneros do qual o caso é um exemplo.

Até mesmo a função interpretativa dos princípios é absorvida pela função normativa própria. Os princípios são inspiradores de regras jurídicas e, ao mesmo tempo, concorrem com elas. Nesse sentido, poderão ser inferidos de uma regra jurídica e utilizados para afastar a aplicação de outra regra ao caso concreto. Essa atividade pressupõe que toda aplicação do direito e, assim, também a interpretação, sejam orientadas pelos princípios. Desse modo, a função informadora e a função normativa concorrente resumem o papel geral dos princípios no sistema jurídico.

Nessa ordem de idéias, podemos admitir que os princípios são fontes do direito, ao contrário do que expõe Plá Rodriguez ⁵⁰, pois, estando ou não expressos na lei, são normas jurídicas que gozam da mesma força que qualquer regra positivada.

2.3. Conceito do princípio da proteção do trabalhador

O princípio da proteção consiste no tratamento privilegiado do trabalhador, atribuindo-lhe vantagens e, em contrapartida, impondo obrigações ao empregador. Isso não significa que o direito do trabalho atribui direitos apenas ao empregado, pelo contrário, este ramo do direito parte da admissão da subordinação jurídica do empregado em relação ao empregador, ou seja, parte do reconhecimento do poder diretivo deste. A relação de emprego é uma relação de poder, em que o empregador detém o poder de dar

⁵⁰ Opinião exposta em PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 47, 48.

ordens, comandar e dirigir toda a execução do trabalho executado pelo trabalhador. A superioridade jurídica do trabalhador visa compensar sua natural inferioridade na relação.⁵¹

O trabalhador mantém também uma dependência econômica em relação ao empregador. Ainda que tal dependência não seja critério para existência de uma relação de emprego, sem dúvida é usada como parâmetro para identificar a subordinação. Em geral, o trabalhador coloca seus serviços à disposição de outrem porque depende do salário para sua sobrevivência, ou, pelo menos, o conforto de sua família depende desse pagamento.

Nesse sentido, a necessidade econômica do empregado impede que ele faça exigências quando da contratação, ou mesmo durante a execução do contrato, e, quando do fim da relação, não possui poder de barganha para exigir o pagamento devido, restando-lhe somente recorrer ao Judiciário. O crescente desemprego em nossa economia contribui para essa submissão. As normas estatais do direito do trabalho e o reconhecimento da autonomia privada coletiva representam justamente um limite à arbitrariedade do empregador na formulação das regras do contrato, já que a desigualdade entre as partes impossibilita qualquer negociação individual.

Além da vulnerabilidade econômica apontada, o empregado apresenta vulnerabilidade física, pois sua mão-de-obra não pode ser destacada de sua pessoa. Assim, submete-se durante a execução do trabalho a riscos de danos físicos e mentais, estando à mercê de seu ambiente de trabalho. Nesse sentido, desde seu surgimento, o direito do trabalho se preocupou com a salubridade do ambiente de trabalho e a prevenção de acidentes, muitas normas foram criadas visando evitar doenças do trabalho e objetivando punir agressões ao empregado, como o assédio moral e o assédio sexual.⁵²

Nesse contexto, o princípio protetor deve inspirar o legislador na elaboração de normas e também ser utilizado na interpretação do direito do trabalho no momento da aplicação. Esse princípio orienta a atuação de cada uma das fontes do direito do trabalho, e também constitui uma de suas fontes, como defendido no item anterior. Por outro lado, como qualquer princípio, não tem aplicação absoluta, mas é necessário ser interpretado

⁵¹ Conferir em SILVA, Luiz Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 24.

⁵² Sobre o assunto: SILVA, Luiz Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 25.

em conjunto com outros princípios do ordenamento jurídico.⁵³ No mesmo sentido, Ruprecht pontua que:

“(...) na realidade, a proteção deve ser obra do legislador e da autoridade administrativa na sua qualidade de regulamentadora, mas não se pode deixar que a imparcialidade da justiça seja alterada por uma manifesta inclinação por uma das partes do conflito.”⁵⁴

2.4. Fundamento do princípio de proteção do trabalhador

Os fundamentos do princípio protetor remontam ao surgimento do direito do trabalho, e se confundem com os próprios fundamentos dessa disciplina. Tanto assim que Octavio Bueno Magano nos remete a esse princípio ao criar sua definição do ramo jurídico, em suas palavras:

"o Direito do Trabalho constitui o conjunto de princípios, normas e instituições aplicáveis à relação de trabalho e situações equiparáveis, tendo em vista a melhoria da condição social do trabalhador, através de medidas protetoras e da modificação das estruturas sociais".⁵⁵

O direito do trabalho é produto do industrialismo de fins do século XVIII. A Revolução industrial inaugurou um processo de superexploração da mão-de-obra. Os operários concentrados nas fábricas eram submetidos a intenso ritmo e longas jornadas de trabalho, recebendo, em troca, salários irrisórios, calculados com base no valor estritamente indispensável para a sua subsistência. A exploração alcançava também mulheres e crianças, isolados em locais insalubres, sob exaustiva jornada de trabalho.⁵⁶ Tal situação

⁵³ Conferir em PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 37.

⁵⁴ Trecho extraído de RUPRECHT, Alfredo J. *Os princípios do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p. 13.

⁵⁵ Ver em MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de direito do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1988, p. 7. vol. 1

⁵⁶ Conferir em LA CUEVA, Mario de. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. México: Porrúa, 1977, p.10.

representou a chamada questão social, com consequências no campo econômico, social, político, moral e religioso.

A exploração e a pauperização conduziram os operários ao associativismo, organizando movimentos grevistas e ação direta pela sabotagem ou pelo boicote. Até mesmo a intensa repressão policial não foi suficiente para conter a força do movimento operário. Em 1791, a lei Le Chapelier, na França, proibiu o funcionamento das corporações de ofício, e, assim, de qualquer associação profissional. Em 1810, houve a criminalização da coalizão de trabalhadores nesse país. La Cueva nos conta que a lei Le Chapelier, o código penal e o código civil representavam os princípios fundamentais de um novo regime na França.⁵⁷ Na Inglaterra, seguindo a mesma tendência, as "Combination Acts" converteram em conspiração a reunião de trabalhadores.

Ainda assim, já no início do século XIX, temos as primeiras leis referentes ao trabalho na Inglaterra, entretanto, eram leis ainda tímidas. A "Health and Morals of Apprentices Act", de 1802, limitou a jornada de trabalho do menor de doze anos a doze horas. A "Factory Act", de 1833, instituiu a inspeção de trabalho e limitou a jornada. Ademais, foram revogadas as "Combinations Acts", em 1824 e 1825. Na França, em 1841, houve a proibição do trabalho dos menores de oito anos, e a limitação da jornada de trabalho para doze horas às crianças entre oito e doze anos.⁵⁸ Como se vê, havia uma preocupação especial com a proteção ao menor trabalhador como reserva de massa operária.

O Estado recusava-se a regular o embate entre trabalhadores e empregadores e apenas reprimia as reivindicações daqueles. Tal postura encontrava apoio no liberalismo econômico. A Escola econômica liberal, cujo fundador é Adam Smith, preconizava o papel meramente negativo do Estado. A este cabia apenas a manutenção da ordem, enquanto que a economia deveria seguir a lei natural da oferta e da demanda. O valor estimado pela sociedade era a liberdade: cada indivíduo deveria ser livre para perseguir sua felicidade e o limite único era a liberdade dos demais. Ao Estado era entregue o papel de garantidor dessas liberdades.⁵⁹ Tal liberdade possibilitou a exploração desenfreada da mão-

⁵⁷ Ler em LA CUEVA, Mario de. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. México: Porrúa, 1977, p. 8.

⁵⁸ Informações obtidas em MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de direito do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1988, p. 17- 18. vol. 1.

⁵⁹ Conferir em LA CUEVA, Mario de. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. México: Porrúa, 1977, p. 8.

de-obra, com utilização intensa da força de trabalho de menores e de mulheres e consequente aumento da desigualdade social. O argumento para defesa do liberalismo diante da questão social era que a liberdade ainda não era perfeita, mas a luta pela vida direcionava-se para o equilíbrio entre os fatores de produção com a prevalência da lei da oferta e da procura.⁶⁰

Em oposição à teoria liberal clássica, surgem a doutrina social da Igreja e as doutrinas socialistas. Em 1848, Marx e Engels publicam o Manifesto Comunista, configurando-se um desafio ao liberalismo. O marxismo, o socialismo reformista de Alexandre Millerand e Jean Juareis, além do socialismo utópico de Saint-Simon, Fourier, Pecquer, Owen, Louis Blanc, Sismondi e outros, tiveram grande influência na construção da convicção dos operários em prol da luta por melhores condições de vida.⁶¹ Além disso, a questão social levou a Igreja a se envolver na vida social, com a publicação da encíclica "Rerum Novarum", a qual enunciou, segundo Magano:

"(...) progressos incessantes da indústria, os novos caminhos em que entraram as artes, a alteração das relações entre operários e os patrões, a afluência da riqueza nas mãos desse pequeno número ao lado da indigência da multidão, a opinião enfim mais avantajada que os operários formam de si mesmos e a sua união mais compacta, tudo isso, sem falar da corrupção dos costumes, deu em resultado final *um terrível conflito*" (destaque no original).⁶²

Vale a pena observar outro trecho da Encíclica citado por Segadas Vianna:

"(...) (o trabalho) deve ser considerado, na teoria e na prática, não mercadoria, mas modo de expressão direta da pessoa humana. Para a grande maioria dos homens, o trabalho é a única fonte dos meios de subsistência. Por isso, a sua remuneração não pode deixar-se à mercê do jogo automático das leis do mercado; pelo contrário, deve ser estabelecida segundo as normas da justiça e da equidade, que, em caso contrário, ficariam profundamente

⁶⁰ Ver em SUSSÊKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio; SEGADAS, Vianna; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*, 19ª ed., São Paulo: LTr, 2000, p. 86.

⁶¹ É o que nos conta Evaristo de Moraes Filho em *Introdução ao Direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956. vol. I, p. 319- 331.

⁶² Trecho da encíclica citado em MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de direito do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1988, p. 15. vol. 1.

lesadas, ainda mesmo que o contrato de trabalho fosse livremente ajustado por ambas as partes." ⁶³

Com o reconhecimento da organização sindical, a legislação trabalhista proliferou, formando aos poucos um ramo de direito autônomo, com características próprias. Nesse sentido, destaca-se a edição da "Trade Union Act", em 1871, na Inglaterra, que tornou lícita a atuação dos sindicatos, e a lei de 1908 que limitou a jornada de trabalho a oito horas. Na França, temos a lei "Waldeck-Rousseau" que, em 1884, assegurou a liberdade sindical. Importante mencionar ainda que, no início do século XX, a intervenção estatal na economia ganha status constitucional, com o fenômeno do constitucionalismo social, inaugurado no México, em 1917, seguido pela Alemanha, com a Constituição de Weimar, em 1919.

No Brasil, as medidas legislativas no campo trabalhista tiveram impulso com a crescente agitação social causada pelas ideias socialistas e anarquistas trazidas pelos imigrantes. Octavio Bueno Magano nos conta que:

"Em 1900 cerca de 90 por cento da força industrial de São Paulo ainda reduzida, era composta por estrangeiros. Em 1912, depois que o primeiro grupo de geradores elétricos ajudou a impulsionar a indústria nascente de São Paulo, 31 fábricas têxteis daquele estado empregavam 10.184 trabalhadores, dos quais 8.341 eram estrangeiros (6.044 nascidos na Itália)". ⁶⁴

Essa agitação social se expressou através da fundação de entidades representativas, como a Confederação Operária Brasileira; através da organização de Congressos operários, em 1906, 1912 e 1913; da eclosão de diversas greves, com destaque para aquelas ocorridas em 1917 e 1919; e através ainda de inúmeras publicações operárias. Ademais, o fenômeno do constitucionalismo social se manifesta no Brasil com a Constituição de 1934, inspirada na Constituição de Weimar, contendo um título dedicado à ordem econômica e social. Merecem destaque a lei nº. 62, de 1935, que assegurava indenização ao trabalhador por dispensa injustificada, a reformulação da legislação de acidentes do trabalho

⁶³ Citado em SUSSËKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio; SEGADAS, Vianna; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*, 19ª ed., São Paulo: LTr, 2000, p. 94.

⁶⁴ Ler em MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de direito do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1988, p. 38. vol. 1.

realizada pelo decreto n. 24.637, de 1934, além da lei n. 185, de 1936, que instituiu o salário mínimo.⁶⁵

Como se vê, a exigência pela intervenção estatal era crescente, sendo necessária para restabelecer a ordem e a estabilidade na sociedade.⁶⁶ Essa intervenção significou a negação do liberalismo e do individualismo da teoria econômica clássica. Veio, portanto, justificada pela desigualdade entre as partes no conflito trabalhista. A situação do trabalhador era inferior e desamparada. Este não podia impor qualquer reivindicação ao empregador. A prevalência da autonomia da vontade produziu uma profunda desigualdade social entre as partes da relação de trabalho. A igualdade e a liberdade teórica do direito civil eram impessoais e abstratas, apoiadas numa teoria em que faltava o homem real. Tal teoria não servia ao trabalhador, que se submetia a degradantes condições de trabalho com único fito de obter o sustento.⁶⁷ A liberdade era apenas suposta, pois a realidade era marcada pela dependência dos trabalhadores em relação aos empregadores, inviabilizando a concretização dos postulados da teoria dos contratos, pois não havia o primordial: a igualdade entre as partes.⁶⁸

É necessária, portanto, a ação do Estado para proteção dos mais fracos, a fim de que pudessem dialogar em igualdade de condições com a outra parte.⁶⁹ Nesse sentido, temos a criação da Organização Internacional do Trabalho pelo Tratado de Versalhes, cuja atividade se direcionou para a concretização dos seguintes ideais:

"o de que o trabalho não pode ser tido como mercadoria; o do direito de associação; o do salário mínimo; o da isonomia

⁶⁵ Informações obtidas em MAGANO, Otavio Bueno. Octávio Bueno. *Manual de direito do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1988, p. 38- 46. vol. 1.

⁶⁶ Cesarino Junior, em sua obra *Direito Social Brasileiro*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1970, v. 1, p. 27, ensina-nos que: "O fim imediato das leis sociais é a proteção dos fracos – concordamos, não é o único. Por intermédio dessa proteção o que o Estado realmente visa é assegurar a paz social, o interesse geral, o bem comum."

⁶⁷ Ler em LA CUEVA, Mario de. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. México: Porrúa, 1977, p. 9.

⁶⁸ Nas palavras de Mario de La Cueva, p. 10: "(...) la libertad de contratación no existió nunca, porque el trabajador apremiado por la miseria tenía que someterse a la voluntad del patrono, quien si podia esperar que viniera outra persona a solicitar el empleo; y uso del poder de su voluntad com sentido utilitário y com refinada crueldad: se valió del trabajo de los niños, estableció jornadas de catorce o más horas y fijó como salário la cantidad de dinero estrictamente indispensable para la subsistencia del obrero em una vida más animal que humana; y como si no fuera suficiente, mantenía al trabajador em la angustia del mañana com la espada de probar la culpa del empresario em los riesgos de trabajo, no tanto por su dificultad, sino porque, no obstante sus poderes, no habría podido disponer de los francos o pesos necesarios para pagar a um doctor em derecho."

⁶⁹ Sobre o assunto, ver GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p.1- 4.

salarial, sem distinção de sexo; o do descanso semanal; o da jornada de oito horas; o da não discriminação contra trabalhadores estrangeiros; o da inspeção do trabalho".⁷⁰

Da regulação dos conflitos trabalhistas pelo Estado, seguiu uma fase de participação dos sindicatos na vida socioeconômica e política. Houve o desenvolvimento da representação de fábrica na França, em 1945 e na Alemanha, em 1952, havendo previsão legislativa no mesmo sentido na Bélgica, nos Países Baixos, em Luxemburgo, na Suécia, na Dinamarca, na Itália, em Portugal e na Espanha.

Surgia, dessa forma, o direito do trabalho como um conjunto de legislação protetora, objetivando a tutela da classe operária diante do patronato. Esse ramo do direito, portanto, visa compensar a inferioridade econômica do trabalhador atribuindo-lhe superioridade jurídica.⁷¹

O direito do trabalho significou a elevação do trabalhador à sua condição de dignidade humana. Este ramo procura realizar um dos maiores valores éticos do direito em geral: a justiça. Esta se torna um fim em busca do qual se empenha o direito. Qualquer justiça consiste em uma distribuição harmônica e equânime, dando a cada um aquilo que lhe pertence. Nesse sentido, qualquer justiça será social, pois primordialmente, significa a melhor distribuição dos bens econômicos, dos valores e atividades entre as classes sociais.⁷² No mesmo sentido Mario de La Cueva descreve a finalidade imediata do direito do trabalho:

“(...) la que hemos denominado *la finalidad inmediata*, es actual pues está dirigida a procurar a los trabajadores en el presente y a lo largo de su existencia un mínimo de beneficios, que a la vez que limiten la explotación de que son víctimas, les ofrezcan un vivir que, lo hemos repetido com frecuencia, se eleve sobre la vida meramente animal y les permita realizar los valores humanos de que son portadores: jornadas reducidas y salarios suficientes, son las metas mínimas”.⁷³

⁷⁰ Palavras encontradas em MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de direito do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1988, p. 19. vol. 1.

⁷¹ Ver em MORAES FILHO, Evaristo de. *Introdução ao Direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956. vol. I, p. 356-359.

⁷² É o que nos ensina Evaristo de Moraes Filho em *Introdução ao Direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956. vol. I, p. 320-321.

⁷³ Encontrado em LA CUEVA, Mario de. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. México: Porrúa, 1977, p. 86.

O princípio da proteção do trabalhador se encontra nas raízes do direito do trabalho, sendo seu princípio mais importante. Sua aplicação continua atual, pois a desigualdade entre partes é a base da própria relação de trabalho, afinal, em geral, a pessoa coloca seu trabalho à disposição de outrem por necessidade econômica, não por mero prazer.

2.5. O princípio de proteção do trabalhador em face da flexibilização dos direitos trabalhistas

Com a crise econômica iniciada na década de 70, a partir das crises do petróleo, houve um intenso questionamento da intervenção estatal na economia, principalmente no âmbito das relações de trabalho. Acusa-se a legislação social de criar inúmeros encargos para as empresas, impedindo o aumento de sua capacidade competitividade no mercado mundial. Sustenta-se que o atual contexto de recessão econômica não mais suporta os inúmeros encargos trabalhistas. Ademais, a legislação do trabalho precisa se adaptar às novas necessidades da organização da produção, não mais inspirada no modelo fordista.

Por outro lado, há aqueles que sustentam o contrário: a maior necessidade da proteção estatal do trabalhador. Apontam o enfraquecimento do sindicato e a fragilidade do empregado diante do crescente desemprego como aniquiladores de qualquer poder de barganha da classe trabalhadora em face do poder econômico dos empresários.

Desse modo, notamos duas correntes entre os doutrinadores trabalhistas, uns defendendo a flexibilização das relações de trabalho e outros clamando por maior proteção estatal do trabalhador.

A primeira corrente acredita que a proteção do trabalhador deve se dar pela negociação coletiva. A união dos trabalhadores organizados deve ser o contraponto ao poder econômico do empregador. Em última instância defendem a prevalência da norma negociada sobre a norma estatal, como valorização do princípio da autonomia privada coletiva, afastando, portanto, a regra da norma mais benéfica que tem predominado em nosso ordenamento jurídico trabalhista. Nesse sentido, estão longe de negar a desigualdade entre as

partes do contrato de trabalho ou mesmo a fragilidade do empregado, ao contrário, a grande maioria dos autores dessa corrente é enfática ao afastar a total desregulamentação das relações de trabalho e ao defender a garantia de um núcleo mínimo de direitos.⁷⁴

Alguns entendem que o debate travado entre essas duas correntes se traduz no conflito entre o princípio da autonomia privada coletiva e o princípio da proteção. Entretanto, a corrente flexibilizadora não nega a proteção do trabalhador. O debate se trava sobre a forma de proteger o trabalhador. Diante do Estado Democrático de Direito e dos primados da valorização do trabalho e da iniciativa privada, discute-se como concretizar o princípio da igualdade. Este requer o tratamento desigual entre os desiguais; resta saber como deve ser este tratamento. Qual seria melhor forma de alcançar o equilíbrio entre as partes (se este for possível)? Ou qual a melhor maneira de atenuar o desequilíbrio entre os polos da relação de emprego diante das características atuais da organização produtiva e da economia, e diante dos valores protegidos pelo direito? Para chegar a estas respostas, analisaremos os argumentos apresentados pelas duas correntes, contrapondo-os um a um.

Como se verá, a divergência não é semântica. Não se trata da escolha de determinado princípio que deva prevalecer, não se trata de oposição de valores. A divergência é teórica e corresponde à disputa sobre o que a igualdade requer em nossa sociedade. É uma disputa teórica nos moldes dos casos difíceis discutidos por Ronald Dworkin, conforme explicitado no capítulo anterior. Não há dúvidas quanto à juridicidade da discussão, não se trata da defesa de interesses pessoais, de indiferença quanto à exploração dos homens, nem, tampouco, implica o paternalismo ou o tratamento do trabalhador como incapaz. O cerne de toda a discussão se encontra na construção de uma concepção de igualdade coerente com nosso contexto social e político.

A teoria do direito como integridade explica bem esta discussão: valores morais e fatores sociais, políticos e econômicos influenciam nas decisões jurídicas, não como algo externo ao direito, mas a construção do conceito de direito, ou seja, a

⁷⁴ Em BATUÍRA, Marcelo da C. Losso Pedrosa. *Irrenunciabilidade no direito do trabalho e liberdade: uma abordagem econômica para uma revisão crítica*. Tese para obtenção do título de doutor - Faculdade de Direito da U.S.P. São Paulo. 2003, p. 298- 299, Marcelo Batuíra se mostra mais radical que essa corrente. Baseando-se em teorias econômicas, especialmente o equilíbrio de Nash da teoria dos jogos, o autor afasta a necessidade de qualquer proteção aos trabalhadores, proclamando que o livre mercado possibilita a satisfação das necessidades tanto dos empregados quanto dos empregadores. Para tanto, parte da premissa que a ação dos indivíduos é racional e que é, em sua maioria, motivada por interesse egoístico.

identificação de cada expressão jurídica depende desses elementos. O direito não é um objeto *per se* que deve ser conhecido pelo jurista como algo independente deste. O direito se constrói justamente pela perspectiva do intérprete, e, assim, só será bem compreendido por um participante da prática jurídica da comunidade em questão. Nesse sentido, os atos do Estado devem ser entendidos como resultado de um conjunto único de princípios. As decisões políticas, executivas e judiciais devem ser compreendidas como praticadas por um único ente personalizado, que toma atitudes coerentes entre si.

Essas serão as premissas para a análise dos argumentos acerca da forma de proteger o trabalhador, que reflete a discussão moral sobre a melhor forma de concretizar a igualdade no campo das relações de emprego, considerando o contexto atual.

2.5.1. Flexibilização da legislação trabalhista

Inúmeros autores defendem a flexibilização das relações do trabalho, através da criação de contratos de trabalho alternativos em relação à típica relação de emprego, além de defenderem a valorização da negociação coletiva com a prevalência das normas negociadas sobre as regras da legislação. Percebemos, porém, que nenhum deles nega a desigualdade existente entre as partes no contrato de trabalho, mas apontam a necessidade de modernização do direito do trabalho brasileiro para ajustá-lo ao novo modo de produção, marcadamente toyotista.

Pretendem, assim, que a proteção do trabalhador seja alcançada primordialmente pela ação do sindicato. A negociação coletiva garante maior cumprimento da legislação, pois as partes participaram de sua formação. De outro lado, garante-se a saúde econômica da empresa, que só anuirá a normas que não importem prejuízo à sua estabilidade econômica. Por outro lado, outros inúmeros autores defendem justamente a manutenção da intervenção estatal nas relações trabalhistas, afastando os argumentos econômicos que estimulam a prevalência das normas decorrentes da negociação coletiva sobre aquelas resultantes do processo legislativo. Vejamos os argumentos de ambas as correntes.

2.5.1.1. A necessidade de democratização das relações trabalhistas

Arion Sayão Romita, Otavio Bueno Magano e José Pastore relacionam a proteção do trabalhador pelo Estado com o período histórico de seu surgimento no Brasil. Identificam o protecionismo como fruto do autoritarismo e do corporativismo que marcaram o Estado Novo (1937-1945). Por isso, criticam o sistema de normas trabalhistas, caracterizando-o como arcaico e desatualizado em relação à realidade atual, principalmente por seu caráter corporativista. Nesse sentido, a unicidade sindical e a manutenção do poder normativo da Justiça do Trabalho representam entraves para uma legítima negociação coletiva e a harmonização dos interesses entre trabalhadores e empregadores, que significariam a democratização do sistema. Além disso, acreditam que o atual sistema não proporciona maiores benefícios aos empregados que um sistema de liberdade sindical e ampla contratação coletiva.⁷⁵

Trata-se de uma crítica geral ao sistema jurídico trabalhista brasileiro, mas que não é forte o suficiente para desfazer as suas bases. Do contexto político não podemos extrair todas as características da lei, nem mesmo as consequências gerais de sua aplicação. Sabemos que até mesmo os métodos clássicos de interpretação do direito exigem a adaptação da regra à realidade em que será aplicada. Ademais, a recepção da lei pela Constituição Federal implica a novação dessa lei, ela ganha novo fundamento e deve ser interpretada a partir dos princípios constitucionais. Assim, a elaboração da norma trabalhista num período de autoritarismo político não implica necessariamente sua inaplicabilidade num período democrático.

Notamos ainda que mesmo os autores defensores da proteção estatal do trabalhador criticam o caráter corporativista do sistema e reivindicam, da mesma forma, maior liberdade sindical. Nesse sentido, Arnaldo Süssekind, apesar de ser contrário à prevalência das normas negociadas sobre as normas estatais, defende a alteração do artigo 8º

⁷⁵ Conferir em ROMITA, Arion Sayão. *O princípio da proteção em xeque: e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 2003, p. 22; MAGANO, Otavio Bueno. A flexibilização da CLT. *Trabalho e Doutrina: processo jurisprudência*, São Paulo, n. 15, p. 26-34, dez. 2002; e PASTORE, José. *Flexibilização dos mercados de trabalho e contratação coletiva*. São Paulo: LTr, 1994, p. 201- 204.

da Constituição para assegurar ampla liberdade sindical, com pluralidade sindical e fim da contribuição sindical obrigatória.⁷⁶

⁷⁶ Ver em SUSSEKIND, Arnaldo. Os princípios para uma reforma e a ordem pública. *LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 38, n. 74, p. 19-21, jan./jun. 2005.

2.5.1.2. A possibilidade jurídica de proteger uma das partes no contrato de trabalho

Arion Sayão Romita chega a afirmar que não é missão do direito do trabalho a proteção do trabalhador, cabe a este ramo jurídico regular as relações entre empregador e empregado. Enfatiza, dessa forma, o caráter sinalagmático do contrato de trabalho. Por outro lado, não nega a necessidade de atribuição de garantias e vantagens aos trabalhadores pela legislação, para equilibrar tal relação marcada pela desigualdade social e econômica. Este equilíbrio representa a realização do ideal de justiça, que às vezes determina a proteção do trabalhador, mas outras vezes indica a proteção da empresa.⁷⁷

Arnaldo José Duarte do Amaral desenvolve argumentos no mesmo sentido, aponta a incompatibilidade do direito do trabalho clássico, fundamentado no princípio da proteção do trabalhador, com o Estado Democrático de Direito. Um ramo jurídico que privilegia sempre uma das partes, que desrespeita a hierarquia das normas com o princípio da norma mais benéfica e pretere a autonomia privada não está comprometido com a justiça. Seguindo os ditames do Estado Democrático de Direito: liberdade, segurança e justiça, o direito do trabalho deve concretizar os direitos fundamentais tanto de empregados quanto de empregadores, sendo avaliada a prevalência de cada um conforme as circunstâncias do caso concreto.⁷⁸

Em sentido mais radical, se manifesta Marcelo Batuíra. O autor nega que a finalidade do direito do trabalho seja a proteção do trabalhador, esclarecendo ser escopo desse ramo jurídico a satisfação mútua das necessidades de ambas as partes da relação.⁷⁹ Este autor rechaça por completo a intervenção do Estado nas relações trabalhistas:

“O mercado livre cria oportunidade para todos os indivíduos, desde que estes estejam dispostos justamente a renunciar determinados direitos, se conformarem com remunerações aquém

⁷⁷ Ler em ROMITA, Arion Sayão. *O princípio da proteção em xeque: e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 2003, p. 25.

⁷⁸ Retirado de AMARAL, Arnaldo José Duarte do. *Estado democrático de direito: nova teoria geral do direito do trabalho - adequação e compatibilidade*. São Paulo: Ltr, 2008, p. 119.

⁷⁹ Conferir em BATUÍRA, Marcelo da C. Losso Pedroso. *Irrenunciabilidade no direito do trabalho e liberdade: uma abordagem econômica para uma revisão crítica*. Tese para obtenção do título de doutor - Faculdade de Direito da U.S.P. São Paulo. 2003, p. 153.

das desejadas e, inclusive, estarem dispostos a mudar de lugar e ocupação.”⁸⁰

Para Batuíra, a liberdade não é limitada pela miséria e pelo desemprego, mas é estimulada por estes, pois, segundo o autor (que fundamenta o argumento em John Locke), o homem num estado satisfeito tende a querer preservar este estado, o que não favorece o desenvolvimento da ação humana.⁸¹ O autor também se manifesta contrário às garantias mínimas aos trabalhadores, pois o direito do trabalho paternalista se assemelha às políticas para os pobres de garantia de renda mínima do século XVIII. Estas, segundo o autor, tiveram os seguintes resultados:

“As pessoas não eram pagas de acordo com o nível de salários, ou com o valor que o mercado atribui a seus serviços, mas de acordo com as suas necessidades, baseados no tamanho da família. (...) Os efeitos desastrosos dessa política paternalista logo se fizeram sentir, primeiramente na queda da produtividade do trabalhador, depois na redução forçada da taxa de salários no mercado. A desvalorização da eficiência do trabalho e a desmotivação para o trabalho foram outros efeitos colaterais, posto que qualquer cidadão era pago conforme o tamanho de sua família e não de acordo com o mérito de seus esforços pessoais.”⁸²

O autor parece realmente não se comover com a miséria. Primeiramente afirma que “a desigualdade econômica (...) é um característica essencial da economia de mercado”. Em seguida, acrescenta que a função da competição é privilegiar os trabalhadores mais eficientes e pagar menos àqueles que não queiram se ajustar ao gosto do consumidor.⁸³ E termina dizendo que:

⁸⁰ Ver em BATUÍRA, Marcelo da C. Losso Pedroso. *Irrenunciabilidade no direito do trabalho e liberdade: uma abordagem econômica para uma revisão crítica*. Tese para obtenção do título de doutor - Faculdade de Direito da U.S.P. São Paulo. 2003, p. 224.

⁸¹ Lições extraídas de BATUÍRA, Marcelo da C. Losso Pedroso. *Irrenunciabilidade no direito do trabalho e liberdade: uma abordagem econômica para uma revisão crítica*. Tese para obtenção do título de doutor - Faculdade de Direito da U.S.P. São Paulo. 2003, p. 224- 225.

⁸² Trecho encontrado em BATUÍRA, Marcelo da C. Losso Pedroso. *Irrenunciabilidade no direito do trabalho e liberdade: uma abordagem econômica para uma revisão crítica*. Tese para obtenção do título de doutor - Faculdade de Direito da U.S.P. São Paulo. 2003, p. 264. Este argumento pode ser entendido como uma crítica ao Estado de bem estar social. Nesse sentido, encontram-se fortes argumentos contrários em OFFE, Claus. *O capitalismo desorganizado*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1995, p. 269- 317.

⁸³ Ensinamentos retirados de BATUÍRA, Marcelo da C. Losso Pedroso. *Irrenunciabilidade no direito do trabalho e liberdade: uma abordagem econômica para uma revisão crítica*. Tese para obtenção do título de doutor - Faculdade de Direito da U.S.P. São Paulo. 2003, p. 227.

“Ainda que a remuneração seja considerada baixa para seus desejos, ela o é satisfatória, pois **melhor não seria sem ela.**” (grifos nossos)⁸⁴

Notamos que tais argumentos não coadunam com as origens históricas do direito do trabalho. Ao contrário, remontam à igualdade preconizada no direito civil no século XIX, quando vigorava a ideologia liberal. Hoje até mesmo o direito civil reconhece a legitimidade de um regime jurídico que proteja uma das partes numa relação privada, como é o caso do direito do consumidor. Por isso, este argumento se mostra extremamente frágil na defesa da flexibilização das normas trabalhistas, do predomínio da negociação coletiva e da retração da intervenção estatal.

Como argumento contrário encontramos as lições de Héctor-Hugo Barbagelata. O autor explica-nos que o protecionismo estatal do trabalhador é característica definidora do direito do trabalho. Ao tratar da já consolidada autonomia deste ramo jurídico, refere-se à sua particularidade essencial nos seguintes termos:

"(A principal particularidade do Direito do Trabalho) Tem a ver com o objeto de sua proteção e supõe uma *nova atitude diante das realidades do mundo do trabalho*. Além disso, implica, de outro ângulo, *uma mudança na forma de conceber a igualdade das pessoas*, a qual - como observa RADBRUCH - ‘deixa de ser assim ponto de partida do Direito, para se converter em, meta ou aspiração da ordem jurídica’ (destaques no original).

E mais adiante completa:

"Além do mais, a 'proteção preferencial' do trabalhador foi erigida como princípio normativo de toda a disciplina, e sua significação e conseqüências motivaram valiosíssimas contribuições para os princípios que lhe devem ser remetidos".⁸⁵

Jorge Luiz Souto Maior analisa o direito do trabalho de uma perspectiva histórica, e identifica-o como meio da burguesia impedir a emancipação da classe operária, mas ao mesmo tempo como processo de valorização do trabalho, freando a superexploração do capital sobre a mão-de-obra. Conclui no mesmo sentido de Barbagelata,

⁸⁴ Ler em BATUÍRA, Marcelo da C. Losso Pedrosa. *Irrenunciabilidade no direito do trabalho e liberdade: uma abordagem econômica para uma revisão crítica*. Tese para obtenção do título de doutor - Faculdade de Direito da U.S.P. São Paulo. 2003, p. 230.

⁸⁵ Trecho extraído de BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *O particularismo do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996, p. 20.

que esse ramo jurídico propiciou ao trabalhador alcançar um status social e obter sua dignidade como pessoa humana.⁸⁶

2.5.1.3. A eliminação do princípio protetor da Constituição

Romita verifica que, a partir da promulgação da Constituição de 1988, não cabe mais falar em princípio da proteção:

"Curvando-se à lição das mudanças históricas, a legislação brasileira passou a consagrar as estipulações contratuais *in peius*, como se depreende dos dispositivos constitucionais que admitem a redução salarial e a negociação da jornada de trabalho."⁸⁷

Otavio Bueno Magano sustenta a mesma ideia. Para ele, a prevalência das normas negociadas sobre a regulamentação estatal harmoniza-se com a Constituição, que dispõe, por exemplo, no art. 7º, VI, que "a regra de irredutibilidade salarial pode deixar de prevalecer, em face de convenção ou acordo coletivo".⁸⁸

Duarte do Amaral repete o mesmo argumento. Registra que a clássica descrição dos subprincípios do princípio da proteção (*in dubio pro operario*, norma mais favorável e condição mais benéfica) não condiz com a realidade normativa constitucional. A Constituição Federal de 1988 permite expressamente as alterações contratuais *in pejus*. O princípio da proteção não é mais o mesmo, "Tem-se agora, o princípio da flexibilização, que mitiga o princípio da proteção, concatenando-se com outro contexto constitucional".⁸⁹

Ora, a Constituição apresenta o princípio da proteção do trabalhador expresso no *caput* do art. 7º, ao referir-se à melhoria das condições sociais dos trabalhadores. E, por outro lado, apresenta apenas três hipóteses expressas que permitem a

⁸⁶ Ler em SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Temas de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000, p. 20- 21.

⁸⁷ Conferir em ROMITA, Arion Sayão. *O princípio da proteção em xeque: e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 2003, p. 25.

⁸⁸ Lições encontradas em MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de direito do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1988, p. 05. vol. 1.

⁸⁹ Ver AMARAL, Arnaldo José Duarte do. *Estado democrático de direito: nova teoria geral do direito do trabalho - adequação e compatibilidade*. São Paulo: Ltr, 2008, p.119.

alteração contratual *in pejus* por via negocial (artigo 7º, VI, XIII e XIV). Além disso, a Constituição traz também o princípio da vedação do retrocesso social, assim, a redução do salário ou o aumento da jornada, que são prejudiciais aos trabalhadores, devem ser acompanhados da concessão de vantagens relacionadas, como a redução da jornada de trabalho quando da redução do salário, ou a concessão de períodos de descanso no caso do aumento da jornada. Assim, mesmo a alteração contratual *in pejus* pela via negocial não pode ferir frontalmente o princípio da proteção, pois a permissão constitucional para a redução de um direito exige como contrapartida a concessão de uma vantagem correlata.

Nesse sentido, Ana Virginia Moreira Gomes esclarece que há limitações à atuação do princípio da autonomia privada coletiva de modo que as alterações das condições de trabalho *in pejus* sejam proporcionais aos benefícios obtidos na negociação coletiva, assegurando assim a manutenção de um núcleo essencial de direitos fundamentais. A missão do direito do trabalho é justamente impedir que apenas valores econômicos sejam ponderados nas relações de trabalho, preservando os valores da pessoa humana consagrados em nossa sociedade.⁹⁰

2.5.1.4. A legislação trabalhista como causa do desemprego

Outro argumento citado por muitos autores é a influência da rigidez das normas trabalhistas e dos encargos sociais no crescimento do desemprego. Arion Sayão Romita não chega a responsabilizar a rigidez da legislação trabalhista pelo crescente desemprego atual, como fazem alguns (O próprio autor cita Maurice Cohen como exemplo nesse sentido.), mas pontua:

"Em certos casos, a rigidez exerce alguma influência não para estimular o empresário a dispensar os empregados, mas para desestimulá-lo a admitir novos. E também anima trabalhadores que perderam o emprego, ou enfrentam dificuldades para encontrar o primeiro, à imersão no chamado setor informal."⁹¹

⁹⁰ Conferir em GOMES, Ana Virginia Moreira. *A aplicação do princípio protetor no direito do trabalho*. LTr: São Paulo, 2001, p. 191.

⁹¹ Ver ROMITA, Arion Sayão. *O princípio da proteção em xeque: e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 2003, p. 55.

Luiz Carlos Amorim Robortella, no mesmo sentido, defende que o Estado deve reduzir os custos da mão-de-obra, como encargos sociais e tributos, que dificultam a criação de postos de trabalho.⁹²

Sérgio Pinto Martins, por sua vez, critica os excessivos encargos trabalhistas, esclarecendo que estes têm caráter tributário e não podem ser modificados pela negociação coletiva. Considera a carga tributária brasileira responsável por grande parte do custo da produção, obstaculizando o desenvolvimento econômico. Nesse sentido, apoia também a modificação da legislação trabalhista de modo a diminuir o custo do trabalho para o empresário, possibilitando a criação de empregos ou, ao menos, a manutenção dos postos de trabalho existentes, além da preservação de um lucro razoável que garanta a continuidade da atividade empresarial.⁹³

José Pastore salienta que os encargos sociais oneram a empresa de modo a desestimular o aumento da remuneração dos trabalhadores:

"os encargos sociais no Brasil são fixos e incidem sobre a folha de salários de uma grande massa trabalhadora, cuja maior parte, é de baixa produtividade. Nosso país combina um sistema rígido de remuneração com produtividade reduzida o que dá, como resultado, um alto custo total para as empresas, baixos salários para os trabalhadores e uma reduzida capacidade de emprego, em especial, nos momentos de crise".⁹⁴

Marcelo Batuíra, de forma ainda mais radical responsabiliza os direitos trabalhistas pelo desemprego:

"Mas, no âmbito trabalhista, a publicização de suas normas só trouxe o desemprego crônico e, sob o lema de uma redistribuição igualitária da riqueza nacional, se logrou atingir apenas a distribuição da pobreza."⁹⁵

⁹² Conferir em ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *Prevalência da negociação coletiva sobre a lei* in FREDIANI, Yone (coord.); SILVA, Jane Granzoto Torres da (coord.). *O Direito do trabalho na sociedade contemporânea*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001, p. 72.

⁹³ Ler em MARTINS, Sérgio Pinto. *Flexibilização das condições de trabalho*. 3ª. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 48.

⁹⁴ Trecho encontrado em PASTORE, José. *Flexibilização dos mercados de trabalho e contratação coletiva*. São Paulo: LTr, 1994, p. 138.

⁹⁵ Lições obtidas em BATUÍRA, Marcelo da C. Losso Pedroso. *Irrenunciabilidade no direito do trabalho e liberdade: uma abordagem econômica para uma revisão crítica*. Tese para obtenção do título de doutor - Faculdade de Direito da U.S.P. São Paulo. 2003, p. 335- 336.

Nelson Mannrich, entretanto, demonstra posicionamento moderado, pois, apesar de reconhecer que a exigência de modernização dos contratos de trabalho e da redução do custo da mão-de-obra é premente para tornar as empresas competitivas e para conter o crescente desemprego nesse novo quadro econômico, pondera que a modernização dos contratos de trabalho não basta para a criação de postos de trabalho. São necessárias também “determinadas medidas como proibição da hora-extra, introdução de contratos a tempo parcial, mediante incentivo de redução de contribuições a favor da previdência social, entre outras”.⁹⁶

Esses argumentos se mostram extremamente fortes e ressoam no consciente coletivo de nossa comunidade, entretanto, perdem seu poder de argumentação diante do raciocínio apresentado pela corrente contrária, o qual apresentamos abaixo. Ademais, os argumentos descritos até aqui se sustentam no aspecto econômico, relegando a segundo plano o aspecto moral que envolve a questão do valor do trabalho e das garantias daqueles que dependem do trabalho para a sobrevivência.

Ana Virginia Moreira Gomes cita que a solução apontada por muitos juristas para o crescente desemprego é a diminuição dos encargos sociais através do barateamento da mão-de-obra. Esse resultado é obtido através do predomínio dos acordos e convenções coletivas sobre a regulamentação estatal, com a diminuição de direitos dos trabalhadores. No plano jurídico, isso constitui a predominância do princípio da autonomia privada coletiva sobre o princípio da proteção do trabalhador, sendo convalidada a alteração do contrato de trabalho *in pejus*. A autora esclarece que tal situação, apesar do potencial de criação de postos de trabalho, conduz à precariedade de suas condições, sujeitando os trabalhadores a aceitarem trabalhos que não respeitam o núcleo dos direitos fundamentais.

A alternativa apontada para a criação de postos de trabalho pode ter resultado diferente na Europa em que a construção do Estado Social foi plena, com atribuição de grandes vantagens aos trabalhadores. Entretanto, no Brasil, a mão-de-obra é marcada por seu baixo custo e a desproteção pelo Estado conduzirá à precariedade das condições de trabalho.

⁹⁶ Ver em MANNRICH, Nelson. *A modernização do contrato de trabalho*. São Paulo : LTr, 1998, p.72.

Acusam-se as normas protetoras de promoverem o alto custo da mão-de-obra e, assim, fomentarem o desemprego. “É o chamado processo de *culpabilização* do Direito do Trabalho: o desemprego, a informalidade e a falta de competitividade das empresas seriam causadas, em boa parte, pela rigidez das normas protetoras, que, em última análise, acarretariam uma situação de maior dificuldade para o trabalhador.” Esse raciocínio não se confirmou nos exemplos encontrados na história, explica Ana Virginia Moreira Gomes. Na Espanha, apesar da profunda reforma trabalhista conduzindo à flexibilização do sistema de relações de trabalho, não houve criação proporcional de postos de trabalho, ademais, há uma alta precariedade dos empregos criados.⁹⁷

Para José Dallegrave Neto, da mesma forma, a flexibilização provoca inevitavelmente precarização das relações de trabalho, nela está embutida uma tendência de insegurança, incerteza e efemeridade. O autor identifica a tendência flexibilizadora das relações trabalhistas como fruto da onda neoliberal que reclama a liberalização dos mercados nacionais associada à redução dos custos de produção. Nesse sentido, caracteriza as mudanças flexibilizadoras das relações de trabalho como antiéticas, "na medida em que fomentam a exclusão social, a concentração da renda e o desemprego".⁹⁸

Plá Rodriguez posiciona-se contrário à flexibilização das relações de trabalho para diminuir o custo da produção. O autor aponta a necessidade de uma pesquisa numérica a respeito da influência do fator trabalho no custo das matérias-primas, na estrutura industrial, nos gastos financeiros, na parcela recolhida pelo Estado por meio dos tributos, e no lucro dos empresários. Em seguida, afirma:

"(...) essa impossibilidade de cálculo ou de determinação do percentual de influência não justifica que se atribua um peso que não tem ao aumento ou manutenção dos benefícios trabalhistas, como se fosse o principal fator determinante ou pouco menos."⁹⁹

O autor aponta que esse raciocínio, atribuível à corrente de pensamento neoliberal, não avalia a influência dos benefícios trabalhistas no desempenho do

⁹⁷ Sobre o assunto: GOMES, Ana Virginia Moreira. *A aplicação do princípio protetor no direito do trabalho*. LTr: São Paulo, 2001, p. 165.

⁹⁸ Ler DALLEGRAVE NETO, José. *Inovação na legislação trabalhista: aplicação e análise crítica*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 40.

⁹⁹ Citação de PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 73.

trabalhador, mas apenas no resultado final da produção. O trabalhador em melhores condições de trabalho e com melhor remuneração produzirá mais, trazendo vantagens para toda a cadeia da economia. Por outro lado, a busca por competitividade no mercado mundial não pode sacrificar o valor do trabalho. Desde o início do direito do trabalho, e mais ainda, com o constitucionalismo social, estabeleceu-se que o trabalho não é mercadoria. Trata-se de elemento indissociável da pessoa do trabalhador, e este deve ter sua dignidade respeitada. O trabalho humano não pode estar sujeito às leis do mercado. Ainda que se admita a remuneração diferenciada para cada atividade conforme a atribuição de valor adquirida no mercado, a condição humana do trabalhador impõe determinados limites que não podem ser ultrapassados.

Plá Rodriguez sugere, então, a conquista da competitividade pela canalização de esforços para melhorar a qualidade dos produtos, aperfeiçoar o sistema produtivo, adaptar a mercadoria às preferências e necessidades do mercado, além do incremento da eficácia do sistema de comercialização. Nesse sentido, cabe cobrar dos empresários um impulso para a criatividade, para a busca de informação visando a melhor posição de luta no mercado.

Além disso, o autor faz uma comparação da situação dos trabalhadores da Europa e os da América Latina, demonstrando a diferença de contexto, que torna inapropriada a flexibilização das relações de trabalho na América Latina. Na Europa, o sistema de proteção social foi muito mais abrangente e rígido do que aqui, onde a estabilidade no emprego, por exemplo, somente excepcionalmente foi admitida. Assim, a luta por flexibilização da regulamentação das relações de trabalho se justifica diante da rigidez da proteção social europeia, mas perde o sentido quando tratamos da América Latina. O direito do trabalho latino demonstra grande sensibilidade às exigências do mundo dos fatos, o rigor apresentado é o necessário para consecução de seu objetivo precípua: regular as relações de trabalho tendo em vista a desigualdade entre as partes.¹⁰⁰

Arnaldo Süssekind explica ser falsa a assertiva de que a redução de direitos conduzirá à geração de empregos:

¹⁰⁰ Sobre o assunto ler PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 70- 82.

"Está mais do que provado, inclusive com estudos da Organização Internacional do Trabalho e de organismos das Nações Unidas, que só o desenvolvimento econômico reduz o desemprego. E esse desenvolvimento não depende do Direito do Trabalho e sim de medidas econômico-financeiras e de uma infra-estrutura capaz de estimular e sustentar o crescimento de produção." ¹⁰¹

Ademais, salienta que:

"(...) os salários prevalentes entre nós são tão insignificantes, que essa criticável incidência não onera demasiadamente a produção de bens e serviços, se comparada com a de outros países". ¹⁰²

Oscar Ermida Uriarte, por sua vez, acredita que a flexibilidade das condições de trabalho visa principalmente favorecer os interesses dos empresários. Identifica o desemprego como resultado da incapacidade do sistema econômico. Dessa forma, sua causa está longe do motivo apontado por muitos defensores da flexibilização: a rigidez das normas estatais trabalhistas. O autor nos lembra que:

"(...) toda vez que a legislação criou ou aumentou um direito dos trabalhadores ou que um sindicato o propôs na ação coletiva, argumentou-se que sua incorporação afetaria a competitividade da empresa e/ou o emprego. Basta rever os debates a respeito da adoção das primeiras leis trabalhistas para se surpreender com a atualidade dos argumentos que lhes eram opostos. E que, na verdade, o Direito do Trabalho surgiu da necessidade de atenuar a exploração do trabalho humano, de tirá-lo do mercado (*o trabalho não é mercadoria*), diante de uma situação social explosiva no final do século XIX e começo do século XX. O desmantelamento dessa proteção corre o risco de produzir uma 'nova questão social'. ¹⁰³

O autor considera, então, descabida a desregulamentação das relações de trabalho com a finalidade de promover mais ocupações. O nível de emprego é muito mais sensível a mudanças econômicas do que à flexibilidade das normas trabalhistas. Ademais, nem mesmo tem sentido a defesa da flexibilização para baratear o custo da mão-de-obra e, assim, aumentar a competitividade das empresas. Uriarte nos mostra que:

¹⁰¹ Buscar em SÜSSEKIND, Arnaldo. Proposições para a reforma trabalhista. *LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 68, n. 05, p. 519, maio. 2004.

¹⁰² Ler SÜSSEKIND, Arnaldo. A negociação trabalhista e a lei. *LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 69, n. 2, p. 137, fev. 2005.

¹⁰³ Trecho retirado de ERMIDA URIARTE, Oscar. *A flexibilidade*. São Paulo; LTr, 2002, p. 56.

"(...) os direitos trabalhistas ou o grau de proteção do trabalhador afetam muito pouco o custo total da produção e menos ainda o preço de venda de um produto." ¹⁰⁴

Constata ainda que a corrente flexibilizadora aproveita-se do enfraquecimento do sindicato e da fragilidade dos trabalhadores diante do próprio desemprego para ganhar espaço e impor suas reivindicações. A flexibilidade das relações de trabalho não contribui para a criação de postos de trabalho, muitas vezes, inclusive "a flexibilização gera desemprego". "A substituição de mão-de-obra por tecnologia, a possibilidade técnica de produzir com menos mão-de-obra, mais a conveniência economicista de manter um desemprego funcional são os reais problemas." ¹⁰⁵

Héctor-Hugo Barbagelata manifesta-se no mesmo sentido, acrescentando o seguinte:

"convém lembrar que não só a proteção do trabalho, do trabalhador e das suas organizações é o resultado do avanço da civilização para a dignificação da vida humana, mas que também, e além disso, é salvaguardada pelas normas da mais alta hierarquia que não podem ser desfiguradas sem por em risco todo o sistema jurídico e comprometer seriamente a paz social." ¹⁰⁶

Jorge Luiz Souto Maior ensina que a diminuição dos direitos trabalhistas não implica necessariamente criação de postos de trabalho. Num momento marcado pela alta tecnologia na produção e pela desvalorização do trabalho, a tendência é de que os mesmos trabalhadores que ocupavam os empregos anteriores passem a ocupar os novos postos criados, sem a inclusão efetiva de novos trabalhadores. Medidas no sentido de diminuir direitos trabalhistas apresentadas sem limite ético implicam a intensificação do processo de desvalorização da mão-de-obra e caracteriza o desprezo pela dignidade humana.

Segundo o autor, o custo do trabalho no Brasil não é elevado:

“(...) o custo da mão-de-obra, no Brasil, mesmo integrado de todos os encargos sociais, é baixíssimo se comparado com outros países.”

¹⁰⁴ Trecho de ERMIDA URIARTE, Oscar. *A flexibilidade*. São Paulo; LTr, 2002, p. 56.

¹⁰⁵ Conferir em ERMIDA URIARTE, Oscar. *A flexibilidade*. São Paulo; LTr, 2002, p. 58- 59.

¹⁰⁶ Retirado de BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *O particularismo do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996, p. 149.

Primeiramente, verifica-se que décimo terceiro salário, férias, feriados, FGTS e verbas rescisórias são direitos mínimos dos trabalhadores, não compondo o rol de encargos sociais no sentido econômico, pois não direcionados ao financiamento das políticas públicas. Ademais, alguns encargos sociais são apenas aparentemente custeados pelo empregador, o vale-transporte e a alimentação fornecida através do Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT) “são dedutíveis do lucro tributável para fins do Imposto sobre a Renda dos empregadores pessoas jurídicas”.

O salário-família e o salário-maternidade, por sua vez, são descontados das contribuições devidas ao INSS. “Adicional de horas-extras, adicional de insalubridade, adicional de periculosidade, adicional de transferência e adicional noturno são compensações pelo trabalho prestado em condições adversas à saúde do empregado”, constituindo “forma de inibir que um trabalho em tais condições seja realizado.”

O PIS não tem relação com a folha de pagamento, não sendo custo do trabalho, embora sua destinação seja o Fundo de Amparo do Trabalhador (FAT), para custeio do seguro-desemprego. “As contribuições para o SESI/SESC, o SENAI/SENAC e o SEBRAE ‘financiam atividades sociais de órgãos desenvolvidos e administrados por entidades patronais.’

A contribuição para INSS é essencial para cobertura do seguro social. As contribuições adicionais, por risco de acidente do trabalho, destinam-se ao custeio dos benefícios por acidente do trabalho, que têm valor superior aos benefícios comuns. Neste sentido, é natural que as empresas que oferecem mais riscos de acidente tenham contribuição diferenciada.”¹⁰⁷

Além disso, a crise econômica não foi causada pelo direito social. O direito do trabalho é atacado por encarecer a mão-de-obra, inviabilizando atividades empresariais. Souto Maior nega tal afirmação tanto pelo aspecto moral quanto pelo aspecto econômico. Identifica que essa afirmação tem como fundamento a terrível ideia “de que se ainda houvesse a escravidão o sucesso dos investimentos empresariais estaria garantido”.

¹⁰⁷ Trecho encontrado em SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Temas de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000, p. 176.

Sob o aspecto econômico, o autor revela que tal proposição “é falaciosa, tendo em vista a realidade histórica em que se podem verificar vários casos em que, apesar do regime de escravidão, as atividades empresariais – industriais e na agricultura, principalmente - não obtiveram êxito, levando seu empreendedor à bancarrota.” E continua: “A alegação, portanto, corresponde à lógica perversa do capital, que, não tendo de onde extrair lucro, visualiza-o na redução do custo da mão-de-obra. Lógica sem lógica no contexto geral, já que são esses mesmos trabalhadores os consumidores, e sem consumo não há escoamento da produção, que, efetivamente, poderia reverter-se em lucro para o empreendedor.”¹⁰⁸

Sigamos na análise de outros argumentos apresentados pela corrente que defende a proteção do trabalhador pela via negocial, buscando avaliar a sua força argumentativa diante do atual contexto jurídico, econômico e moral.

2.5.1.5. A flexibilização do contrato de trabalho como proteção aos desprotegidos

Interessante observar a divisão que faz Arion Sayão Romita do sistema de relações de trabalho no país:

"Com o aprofundamento da crise econômica, passou-se a falar do trabalhador que tem um emprego fixo como de um privilegiado. A realidade demonstra que há, de fato, três setores no mercado de trabalho: um setor primário hiperprotegido; um setor secundário precário, porém legalizado; e um setor desprotegido, que atua em uma zona de não-direito."¹⁰⁹

Sérgio Pinto Martins parece concordar com esta divisão. Para o autor, a modernização da legislação trabalhista é necessária e urgente. Cresce a cada dia o rol de direitos assegurados pela lei aos empregados, mas diminui com maior proporção a gama de trabalhadores beneficiados com tal regulamentação.¹¹⁰

¹⁰⁸ Dados e explicações encontradas em SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Temas de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000, p.173- 176.

¹⁰⁹ Trecho de ROMITA, Arion Sayão. *Direito do Trabalho: temas em aberto*. São Paulo: LTr, 1998, p. 59.

¹¹⁰ Opinião encontrada em MARTINS, Sérgio Pinto. *Flexibilização das condições de trabalho*. 3ª. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 134.

Otavio Pinto e Silva se manifesta no mesmo sentido. Relata que a precarização das relações trabalhistas cresce cada vez mais e aumenta também o número de trabalhadores autônomos, seja pela subcontratação ou pela simples informalidade. Por isso, aponta não haver sentido em conceder excessiva proteção ao empregado se a maior parte dos trabalhadores não tem acesso aos direitos determinados na lei.¹¹¹

No mesmo sentido, Enoque Ribeiro dos Santos aponta o surgimento de inúmeras formas de interação entre capital e trabalho totalmente à margem da legislação trabalhista. Ademais, é crescente o número de desempregados e de trabalhadores atuantes no mercado informal.¹¹²

Estes autores constataam a ineficácia da legislação trabalhista, enfatizam o seu descumprimento, com a consequente desproteção do trabalhador. Os autores apontados defendem a adaptação da lei ao modelo de organização produtiva e ao atual contexto econômico, visando assim seu cumprimento espontâneo.

Como se vê, sustentam seu argumento no fato de que atualmente as relações de trabalho à margem da legislação são precarizadas. Entretanto, a regularização de contratos alternativos e a autorização para a negociação coletiva afastar a aplicação de uma norma estatal podem representar justamente a legalização da precarização.

Sayão Romita afirma ainda, como argumento contrário à proteção estatal do trabalhador, que a proteção só interessa de fato ao protetor, que se consagra em local de destaque na sociedade. O protegido apenas recebe "migalhas", perpetuando sua condição submissa e subalterna diante do protetor. A proteção, nesse sentido, só interessa ao protetor que se mantém como centro de irradiação de poder. Enquanto os protegidos têm sua situação de submissão perpetuada.¹¹³

O argumento é fraco diante da própria definição de Estado e de direito. Toda teoria política supõe o Estado como detentor do monopólio da força e o direito

¹¹¹ Posicionamento encontrado em SILVA, Otavio Pinto. *Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p.102.

¹¹² Ver SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *A função social do contrato, a solidariedade e o pilar de modernidade nas relações de trabalho : de acordo com o novo Código Civil brasileiro*. São Paulo : LTr, 2003, p. 79-81.

¹¹³ Ler em ROMITA, Arion Sayão. *O princípio da proteção em xeque: e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 2003, p. 25.

representa a legitimação do uso dessa força. Sendo assim, o Estado é, por definição, centro de irradiação de poder. Ainda que o autor, quando diz “centro de poder”, refira-se ao monopólio de positivação, situação contrária ao ideal democrático, o argumento não tem força. O direito do trabalho reconhece outros centros de positivação além do Estado, isso se demonstra pelo reconhecimento das normas negociadas como integrantes do ordenamento jurídico trabalhista. Na discussão sobre a retração da proteção estatal do trabalhador (e, assim, do princípio protetor), interessa saber se os trabalhadores organizados terão poder de barganha frente ao empregador para reivindicar seus direitos e assim configurar uma igualdade tal que dispense o tratamento diferenciado, pelo Estado, do empregado frente ao empregador.

O autor também identifica que o custo dessa proteção pelo Estado recai sobre a empresa que repassa os gastos nos preços dos produtos que serão vendidos a consumidores que são os próprios empregados. Assim, segundo Romita, estes custeiam sua própria proteção.¹¹⁴

Devemos lembrar, entretanto, que nem sempre os empregados são consumidores daquilo que produzem. E ainda que fossem, a retirada dessa proteção não implicaria necessariamente o aumento de salários desses trabalhadores nem a queda dos preços de mercado.

2.5.1.6. A proteção do trabalhador pela via negocial

Sayão Romita critica ainda o Estado autoritário e conclui:

"Num Estado democrático, a legislação intervencionista assumiria feição promocional, mediante a promulgação de normas de apoio ou suporte ao poder sindical, o único contrapoder apto a contrabalançar a posição de desigualdade social em que o trabalhador se encontra em face do Estado e do empresário."¹¹⁵

¹¹⁴ Conferir em ROMITA, Arion Sayão. *O princípio da proteção em xeque: e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 2003, p. 25.

¹¹⁵ Extraído de ROMITA, Arion Sayão. *O princípio da proteção em xeque: e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 2003, p. 26.

O Estado deve confiar aos atores sociais a melhor forma de solucionar os conflitos entre classes. "É a união da classe trabalhadora, sua organização em entidades sindicais livres, autênticas e representativas que protege o trabalhador." ¹¹⁶ Para tanto, urge a ênfase à negociação coletiva e reforma no sistema de representação dos trabalhadores e empregadores, estabelecendo plenamente a liberdade sindical. Dessa forma, dar-se-á efetividade ao princípio da autonomia privada coletiva.

O autor destaca a urgente necessidade de estabelecer a prevalência do negociado sobre o legislado, ainda que sem uma completa reforma do sistema sindical que efetive a liberdade sindical. Tal medida impulsionaria a referida reforma, e mais, incentivaria o diálogo entre os atores sociais, essencial para a caracterização de uma democracia. ¹¹⁷

Otávio Bueno Magano segue o mesmo argumento, critica o sistema de normas trabalhistas, identificando-o como fruto de um regime autoritário. A unicidade sindical e a manutenção do poder normativo da Justiça do Trabalho representam entraves para a democratização do sistema.

Constata que as características do rígido direito do trabalho brasileiro têm sido contestadas em decorrência de quatro principais fatores:

"a crise econômica dos anos 70, o desenvolvimento da técnica, a atuação das empresas multinacionais e o desaparecimento da Guerra Fria entre os blocos do oeste e do leste". ¹¹⁸

Dessa forma, indica uma tendência universal no sentido da flexibilização das relações trabalhistas, através do estímulo à negociação coletiva. Caracteriza, nesse sentido, a contratação coletiva como "a via ideal para viabilizar as várias modalidades de flexibilização". ¹¹⁹

¹¹⁶ Ler em ROMITA, Arion Sayão. *O princípio da proteção em xeque: e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 2003, p.31.

¹¹⁷ Lições encontradas em ROMITA, Arion Sayão. *O princípio da proteção em xeque: e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 2003, p. 35.

¹¹⁸ Magano 2002, A flexibilização da CLT. *Trabalho e Doutrina: processo jurisprudência*, São Paulo, n. 27, p. 3, dez. 2002.

¹¹⁹ Magano, Octávio Bueno. Reforma da legislação trabalhista. *LTr: suplemento trabalhista*, São Paulo, v. 39, n. 23, p. 110. 2003

Vale a pena observar as palavras de Nelson Mannrich sobre o assunto:

“Segundo essa perspectiva de priorizar as relações coletivas, deve-se rever o princípio de proteção, sem abandono da preferência pelo trabalhador, verificando-se apenas a delegação da função protetora em proveito da ação coletiva. A lei continua sendo a fonte principal de produção da norma jurídica, mas, conforme a circunstância, dá espaço ao grupo, mediante delegação do papel de proteção em favor da autonomia dos sujeitos. Com isso, abre-se espaço às empresas para se ajustarem à nova realidade sem prejuízo dos direitos fundamentais do trabalhador. Para tanto, deve-se abandonar o sistema tradicional por nós adotado, de reservar-se à negociação coletiva função de mero apêndice do aparato legislativo.”

Nesse quadro, visualizamos o detrimento do protecionismo estatal e da intervenção estatal na economia para a sobrepujança do papel do Estado na promoção dos valores fundamentais da sociedade. Essa situação justifica-se diante da crise do Estado decorrente de sua incapacidade de regulação da sociedade. Mannrich explica:

“Ocorre que, por força das transformações políticas e sociais e, em especial, das econômicas, na esteira da onda neoliberal, verifica-se uma transferência, para outras instâncias, da legitimidade para criar regras, deixando o Estado Social de ser o centro da regulação social. (...) Com isso, no lugar de proibições no bojo de uma função tipicamente protetora e repressiva, o direito passa a desempenhar uma função promocional, por meio da qual se eliminam comportamentos tidos como indesejáveis, com a promoção dos desejáveis, segundo Norberto Bobbio,”¹²⁰

Luiz Carlos Amorim Robortella, da mesma forma, afasta o papel do Estado de proteção do trabalhador, explicando que a este incumbe regular e arbitrar as relações entre sindicatos e empresas, estimulando o amplo diálogo social.¹²¹

De fato, o Estado deve promover o amplo diálogo social, mas tal função promocional não inviabiliza sua função na proteção do trabalhador. A prevalência da norma negociada sobre a norma estatal significa conceber os trabalhadores organizados em

¹²⁰ Ensinos encontrados em MANNRICH, Nelson. *A modernização do contrato de trabalho*. São Paulo : LTr, 1998, p. 90- 91.

¹²¹ Palavras retiradas de ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *Prevalência da negociação coletiva sobre a lei* in FREDIANI, Yone (coord.); SILVA, Jane Granzoto Torres da (coord.). *O Direito do trabalho na sociedade contemporânea*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001, p.72.

sindicato como seus próprios protetores. Entretanto, a fragmentação da classe trabalhadora impossibilita que eles tenham poder de barganha diante do empregador, que detém, além do poder diretivo, também o poder econômico. Essa fragmentação decorre de inúmeros fatores. O atual modelo produtivo requer pequenas unidades produtivas, impossibilitando o convívio de um grande número de trabalhadores e, assim, o surgimento de uma solidariedade entre eles que viabilize a mobilização. Ademais, constata-se o crescimento do setor de serviço, que também demanda unidades de trabalho pequenas, mantendo os trabalhadores afastados uns dos outros. Por outro lado, o risco do desemprego, muitas vezes, leva os trabalhadores a aceitar qualquer condição de trabalho.¹²²

Dessa forma, não faz sentido eleger o sindicato como único protetor do trabalhador na atual época de crise econômica, quando é notória a fragilidade do sindicato. Ainda que se promova a ampla liberdade sindical, o fortalecimento dos sindicatos ou a mobilização dos trabalhadores não são consequências imediatas da pluralidade sindical.

É nesse sentido que se manifesta Sérgio Pinto Martins:

"O desemprego crescente e a inflação constante trazem um enfraquecimento do poder de reivindicação e de negociação dos sindicatos. Em épocas adversas, não há muito o que negociar. O empresariado diz 'não posso conceder' e nada se pode fazer. Por isso, é mister a observância do mínimo legal e constitucional. Apenas em situações excepcionais, como as descritas na Norma Magna, é que seria possível estabelecer situações para pior."¹²³

E mais adiante continua:

"Não há estudos científicos que mostrem que a redução de encargos sociais e a prevalência de negociado sobre o legislado irão resolver a informalidade e o desemprego, pois o empregador poderá fazer a automação de seu estabelecimento, aumentando a produtividade, sem contratar trabalhadores. Foi o que ocorreu com os bancos, que tinham muitos funcionários por agência e

¹²² Sobre o assunto ler: DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. Trad. Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 19- 59; ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?: ensaio sobre metamorfoses e a Centralidade do Mundo do Trabalho*. 11ª ed. São Paulo: Cortez, 2006, p. 49-78; ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*. 9ª reimpressão. São Paulo: Boitempo, 2007, p.101-117; GORZ, André. *Adeus ao proletariado*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1982, p. 85-93; ALVES, Giovanni. *Trabalho e sindicalismo no Brasil dos anos 2000*. in ANTUNES, Ricardo (org.) *Riqueza e miséria do trabalho no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2006, p. 462-473.

¹²³ Ver MARTINS, Sérgio Pinto. *Flexibilização das condições de trabalho*. 3ª. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 119.

hoje têm cinco ou seis funcionários em certos postos de atendimento. Tudo é feito por computador, para pagar contas, com a utilização da Internet, para sacar dinheiro, etc." ¹²⁴

Héctor-Hugo Barbagelata da mesma forma aponta a fragilidade do sindicato:

"As concessões dos sindicatos são, na maior parte, frutos da necessidade ou da conveniência. A necessidade em que se podem ver os sindicatos de fazer concessões ou mesmo de tolerar flexibilizações práticas, que implicam descumprimentos da normativa trabalhista, não carece de ser amplamente explicitada, basta ter presente o jogo de pressões que sobre eles se exercem, nas épocas de crise econômica, de mudança tecnológica e de desemprego." ¹²⁵

E mais:

"De fato, por diversos fatores que não é caso de se examinar aqui, os sindicatos têm sofrido, nos últimos anos, em quase toda parte, uma sensível diminuição das taxas de filiação, com inevitável repercussão sobre a disponibilidade de recursos humanos e materiais e, o que é mais importante, perderam o poder de arregimentação e, por conseguinte, de negociação. Além disso, outras circunstâncias que concordem para produzir conseqüências análogas, têm perdido também audiência nas esferas políticas e de governos." ¹²⁶

Arnaldo Süssekind identifica a atual onda de flexibilização das leis do trabalho como subproduto da globalização da economia das leis de mercado, que incrementou a concorrência entre países e entre empresas. ¹²⁷ Na América Latina, caracteriza como desumana a tendência de flexibilização, pois visa diminuir o custo da produção através da redução de direitos dos trabalhadores, ao contrário do que ocorre na Europa, em que a flexibilização visa aumentar a produtividade.

¹²⁴ Trecho encontrado em MARTINS, Sérgio Pinto. *Flexibilização das condições de trabalho*. 3ª. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 130.

¹²⁵ Trecho de BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *O particularismo do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996, p. 123.

¹²⁶ Enxerto extraído de BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *O particularismo do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996, p. 140.

¹²⁷ Lições em SÜSSEKIND, Arnaldo. Proposições para a reforma trabalhista. *LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 68, n. 5, p. 519, maio. 2004.

Nesse sentido, condena veementemente a prevalência da norma negociada sobre a legislação. O Brasil apresenta profunda desigualdade regional em relação ao desenvolvimento econômico. Sendo assim, apenas algumas regiões apresentam sindicatos fortes, capazes de negociar em paridade com empresas nacionais e multinacionais. Süsskind aponta como limite para a negociação coletiva os direitos trabalhistas mínimos estabelecidos na lei, além daqueles decorrentes de convenções internacionais ratificadas pelo Estado brasileiro, "por exemplo - um acordo coletivo de trabalho não poderá, reduzir o período de férias anuais a uma semana, porque a Convenção da OIT n. 132 fixa o mínimo de três semanas, com exclusão dos feriados".¹²⁸

Por outro lado, o autor defende também a ampla liberdade sindical, assim, sugere algumas alterações do nosso sistema trabalhista:

1. alteração do art. 8º da Constituição, para assegurar ampla liberdade sindical, com pluralidade sindical e o fim da contribuição sindical obrigatória. No nosso sistema, multiplicam-se pequenos sindicatos inexpressivos, que se beneficiam das contribuições sindicais, quando outras entidades verdadeiramente representativas não possuem poder de negociação, como as Centrais Sindicais;
2. criação de outra base de cálculo que não o salário para incidência de tributos, pois a atual situação desestimula o registro dos trabalhadores pelos empregadores;
3. limitação das horas de trabalho extraordinárias, o que impulsionaria a criação de postos de trabalho;
4. incentivo à flexibilização que propicie o atendimento às peculiaridades regionais e setoriais e a instalação de novos métodos de trabalho, sem, no entanto, desrespeitar os direitos legais mínimos;
5. imposição de limites ao poder normativo, tendo em vista que o exercício do poder normativo de forma irrestrita prejudica a negociação coletiva, ao inibir a persistência das

¹²⁸ Ver SÜSSEKIND, Arnaldo. A negociação trabalhista e a lei. *LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 69, n. 2, p. 138, fev. 2005.

partes no diálogo. Por outro lado, a manutenção do poder normativo com restrição é imprescindível para a solução dos conflitos coletivos.¹²⁹

2.5.1.7. A necessidade de formas alternativas de contrato de trabalho

Sayão Romita apresenta, ainda, outro argumento. Atualmente no sistema de relações trabalhistas, os conflitos são resolvidos via judicial, em âmbito individual, e após a rescisão contratual. Passariam, então, a serem solucionados via negociação coletiva, compreendendo os interesses de toda a coletividade e ainda durante a execução do contrato de trabalho. Nas palavras do autor:

"Na realidade prática, o crescimento do setor informal e a negociação processada após a extinção do vínculo empregatício ou eliminam pela raiz os supostos direitos (trabalhador removido para o setor informal não tem qualquer direito trabalhista) ou os transformam em direitos negociáveis em nível individual."

A proposta de alteração do sistema de solução de conflitos trabalhistas, "(...) portanto, tem o condão de tornar indisponíveis os direitos individuais, que atualmente nada têm de irrenunciáveis."¹³⁰

Segundo Sayão Romita, o atual contexto de crise econômica tem como fatores causais: o desenvolvimento científico-tecnológico que afetou profundamente a produção industrial; as novas técnicas de gerenciamento e administração fundadas nos conceitos de *just in time*, especialização, flexibilidade, característicos do toyotismo; e o intenso processo de globalização, que "permite o deslocamento rápido, barato e maciço de mercadorias, serviços, capitais e trabalhadores". Como consequência, no mundo do trabalho, temos a multiplicação do "trabalho morto", aquele incorporado aos instrumentos de trabalho, e

¹²⁹ Conferir em SUSSEKIND, Arnaldo. Atualização da legislação trabalhista. *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*. São Paulo, v. 12, n. 12, p. 19- 21. 2004.

¹³⁰ Lições encontradas em ROMITA, Arion Sayão. *O princípio da proteção em xeque: e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 2003, p. 38.

paralelamente a redução do "trabalho vivo", provocando um crescente desemprego.¹³¹ Nesse contexto, o autor explica o papel do direito:

"(...) Não é do legislador nem do jurista a tarefa de gerar empregos, mas do normal e crescente funcionamento da economia. Só a empresa ou o governo podem criar postos de trabalho. A tarefa do legislador, estimulada pelas sugestões dos administradores e juristas, é a de abrir o leque de possibilidades de celebração de outros tipos de contrato de trabalho, fora do esquema clássico em torno do qual gravitava o primitivo Direito Individual do Trabalho."¹³²

Enfatiza a inevitabilidade da tendência de flexibilização das condições, apontando como exemplo uma série de formas alternativas de trabalho já reconhecidas em nosso ordenamento jurídico: o contrato por prazo determinado, o trabalho parcial, o aprendiz, o contrato de estágio, a terceirização e o trabalho temporário.

Otavio Pinto e Silva, por sua vez, critica o próprio critério utilizado para a construção do sistema de proteção do trabalhador: a subordinação. E, nesse sentido, defende a revisão do âmbito do direito individual do trabalho para abranger todas as formas de relações de trabalho, adaptando tal ramo jurídico às transformações tecnológicas e às formas de re-engenharia que inovam o sistema de produção. Mostra que as empresas têm recorrido a formas de trabalho alternativas ao contrato típico, como a terceirização, a subcontratação e a cooperativa. Nesse contexto, o autor aponta a parassubordinação, desenvolvida na Itália, como alternativa ao trabalho subordinado e ao trabalho autônomo. Conceitua a parassubordinação nos seguintes termos:

“São relações de trabalho de natureza contínua, nas quais os trabalhadores desenvolvem atividade que se enquadram nas necessidades organizacionais dos tomadores de seus serviços, tudo conforme estipulado em contrato, visando colaborar para os fins do empreendimento.”

Acrescenta ainda:

“(...) é a situação em que o trabalhador assume a obrigação de atingir uma série de resultados consecutivos, coordenados entre si

¹³¹ Ensinaamentos encontrados em ROMITA, Arion Sayão. *O princípio da proteção em xeque: e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 2003, p. 209.

¹³² Trecho extraído de ROMITA, Arion Sayão. *O princípio da proteção em xeque: e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 2003, . 205.

e relacionados a interesses mais amplos do contratante, interesses que não estão limitados aos que derivam de cada prestação individualmente considerada.”

E mais:

“O trabalhador não promete a sua atividade pessoal para o desenvolvimento de qualquer objetivo pretendido pelo tomador, mas sim coloca os seus serviços à disposição somente daquele específico tipo de atividade, que é necessária para atingir os fins previstos no programa contratualmente elaborado.”¹³³

O direito do trabalho deve colaborar para essa tendência com o oferecimento de novos instrumentos de contratação. Para tanto, deve haver uma reformulação do sistema brasileiro das fontes normativas das relações de trabalho nos seguintes moldes:

“(…) as normas heterônomas, que até agora prevalecem, devem ser substituídas por normas autônomas, com a participação dos próprios interessados. Sendo assim, a diversificação das relações de trabalho não pode prescindir da definição de seus contornos contratuais por meio da negociação coletiva, sendo então diferenciados os estatutos de proteção aos trabalhadores, tendo em vista as características de cada modalidade de prestação de trabalho. Mas, atenção! Deve ser mantida uma tutela mínima para a relação de emprego, pois a modificação estrutural propugnada não pode autorizar a revogação das regras de proteção aos trabalhadores.”¹³⁴

Dessa forma, justificam-se alterações no modelo sindical brasileiro para efetivar o conceito de liberdade sindical construído no âmbito da OIT, propiciando a representatividade dos sindicatos e demais órgãos e o incremento da negociação coletiva em nosso país. Nesses termos, será atendida a demanda empresarial pela flexibilização das relações de trabalho sem prejuízo aos trabalhadores, promovendo ainda a oferta de postos de trabalho, trazendo ao mercado trabalhadores que hoje se encontram na informalidade.

No mesmo sentido de modernização das relações trabalhistas, Nelson Mannrich, sem afastar a finalidade do direito do trabalho de proteção do trabalhador,

¹³³ Trechos da obra SILVA, Otavio Pinto. *Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p. 102-105.

¹³⁴ Ver em SILVA, Otavio Pinto. *Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, .155.

sugere a retipificação do contrato do trabalho com a construção de modelos de contratos precários. Esforça-se em conciliar, assim, a necessidade de geração de emprego através da redução do custo da mão-de-obra e a manutenção dos direitos fundamentais do trabalhador. Para tanto, aponta uma série de medidas com vistas à flexibilização dos direitos dos trabalhadores: “como a implantação de novas modalidades de contratos a prazo, terceirização ou subcontratação, empreitada ou cooperativa, dentre outras.”¹³⁵

Opinião semelhante sustenta Ari Possidonio Beltran. Nas palavras do autor:

"(...) a realidade tem demonstrado que o processo de flexibilização tem de fato ocorrido, e, abstraídos os excessos, na verdade, algumas circunstâncias, como será visto, impõem a adaptação de preceitos reguladores das relações laborais aos novos tempos. Parece que o equilíbrio estará em manter-se o núcleo básico de proteção ao trabalhador, relegando-se aos parceiros sociais a negociação das demais condições, no pleno gozo de sua autonomia privada coletiva".¹³⁶

Nesse sentido, o autor aponta diversos instrumentos para viabilizar a flexibilização das condições de trabalho:

"(...) por intermédio de legislação nova; modernizando a legislação já existente; suprimindo dispositivos ou acrescentando outros; oferecendo alternativas para a solução de certas questões; dando interpretação moderna ante novas situações; incentivando a negociação, ou seja, a flexibilização negociada, praticando a flexibilização diferenciada etc.".¹³⁷

Antônio Álvares da Silva também defende a modernização do direito do trabalho através da flexibilização de suas normas, mas sem promover a completa retirada de direitos dos trabalhadores ou sua desproteção. Os novos modos de produção marcados pelas inovações tecnológicas provocam um crescente desemprego, e ainda o encaminhamento dos trabalhadores para formas alternativas de trabalho ou até mesmo para o mercado informal. Nesse sentido, só resta ao direito do trabalho adaptar-se à nova situação.

¹³⁵ Lições encontradas em MANNRICH, Nelson. *A modernização do contrato de trabalho*. São Paulo : LTr, 1998, p.77.

¹³⁶ Conferir em BELTRAN, Ari Possidonio. *Dilemas do trabalho e do emprego na atualidade*. São Paulo: LTr, 2001, p. 153.

¹³⁷ Ver BELTRAN, Ari Possidonio. *Dilemas do trabalho e do emprego na atualidade*. São Paulo: LTr, 2001, p. 170.

O autor sugere novas regras para as microempresas, que em razão de sua fragilidade não podem ter o mesmo diploma legal que as multinacionais, por exemplo. Sugere ainda a ampliação das hipóteses de dispensa motivada, além da normatização de novas formas de relação de trabalho, e mais: o privilégio das normas autônomas perante a regulamentação estatal. Para tanto, faz-se necessária a reforma do modelo sindical promovendo a real liberdade sindical.¹³⁸

De modo geral, os autores apontam para a necessidade de modernizar as relações de trabalho no âmbito jurídico, visando a adaptação da contratação ao modelo produtivo. Entretanto, observamos que o atual direito do trabalho já se mostra bastante flexível. As permissões constitucionais para alteração do contrato de trabalho (art. 7º, VI, XIII e XIV) proporcionam uma ampla flexibilidade, podem ser negociadas tanto a remuneração quanto a jornada de trabalho. Com a possibilidade de flexibilização desses dois aspectos da relação de emprego, a necessidade de flexibilidade contratual em razão da modernização do processo produtivo está satisfeita.

Ademais, temos inclusive a possibilidade de redução da jornada com redução do salário pelo disposto no art. 58 da CLT, que trata do trabalho em tempo parcial. Além disso, temos a terceirização, o trabalho temporário e outros citados pelos autores acima. Nesse sentido, é notória a força dos argumentos da corrente contrária, que seguem abaixo.

Notamos que, mesmo aqueles que defendem a proteção estatal do trabalhador, não deixam de reconhecer a necessidade de adaptar as regras trabalhistas às novas exigências da organização do trabalho. Oscar Ermida Uriarte trata da possibilidade de flexibilidade da jornada de trabalho e da capacitação profissional, imprescindível para o trabalhador alcançar a plurifuncionalidade exigida pelo novo modo de produção. Por outro lado, descarta qualquer forma de trabalho precário, argumentando que:

"É certo que a fábrica flexível requer plurifuncionalidade, mas a plurifuncionalidade requer capacitação e esta precisa de continuidade (do trabalhador na empresa)".¹³⁹

¹³⁸ Ler em SILVA, Antônio Álvares da. *Flexibilização das relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 109.

¹³⁹ Ver ERMIDA URIARTE, Oscar. *A flexibilidade*. São Paulo; LTr, 2002, p. 61.

A flexibilidade da organização produtiva não depende da flexibilidade jurídica dos direitos trabalhistas, sendo perfeitamente compatível com a manutenção da tradicional estrutura do contrato de emprego. Nesse sentido, o autor nos ensina que:

"as técnicas de organização flexível do trabalho (alta tecnologia, automatização, 'estoque zero', *just in time*, círculos de qualidade, grupos semi-autônomos) não requerem senão certas flexibilidades muito enfocadas (tempo de trabalho e plurifuncionalidade), ao mesmo tempo que demandam alta e permanente capacitação".¹⁴⁰

Plá Rodriguez também concorda que o direito do trabalho já apresenta inúmeras regras flexíveis, por isso, o entusiasmo demonstrado diante dessa corrente não se justifica. De outra forma, a flexibilidade pleiteada se assemelha à desregulamentação das relações de trabalho, configurando um retorno ao início da industrialização, sem o rigor da lei para solucionar os conflitos trabalhistas. A supressão dos rigores da legislação do trabalho implica a destruição do direito do trabalho. Deve ser reconhecida certa limitação para a aspiração de flexibilidade, distinguindo aquilo que se justifica daquilo que não se sustenta, fazendo uma separação do que é principal e o que é secundário, em que somente este pode ser flexibilizado, enquanto as regras principais devem ser dotadas de todo rigor.

Os princípios do direito do trabalho, por sua própria natureza abstrata, apresentam uma capacidade de adaptação a situações novas, estando aptos a proceder à flexibilização legítima do direito diante do novo estágio econômico mundial. Plá Rodriguez completa ressaltando a origem protetiva do direito do trabalho, o qual "surgiu com o preciso objetivo de equilibrar, com uma desigualdade jurídica favorável, a desigualdade econômica e social que havia nos fatos".¹⁴¹

Héctor-Hugo Barbagelata, mesmo defendendo o protecionismo estatal do trabalhador, considera a flexibilidade das relações de trabalho até certo ponto benéfica. E afasta a atribuição de qualquer conotação neoliberal à ocorrência de mudanças menores, "que não atacam as bases do sistema de garantias trabalhistas ou que só

¹⁴⁰ Lições encontradas em ERMIDA URIARTE, Oscar. *A flexibilidade*. São Paulo; LTr, 2002, p. 16.

¹⁴¹ Conferir em PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000, p.80.

visam admitir a substituição das consagradas por normas estatais por outras eventualmente mais diversificadas, de fonte profissional".¹⁴² Por outro lado, esclarece que o tema merece atenção em razão da "mudança de filosofia que implica a postulação da flexibilidade como objetivo", enfatizando a proteção do trabalho como característica definidora do direito do trabalho.¹⁴³

O autor explica que, diante do crescente desemprego, é natural que se questionem as virtudes da estabilidade do emprego, surgindo inclusive uma propensão à sua abolição. Tem-se um apoio cada vez maior às relações atípicas de trabalho, como os empregos *part-time*, os contratos por prazos determinados, aqueles com horários flexíveis e trabalhos precários, tais formas de trabalho são relacionadas a "valores superiores como a liberdade dos indivíduos de dispor de si mesmos".

Em contraponto, Barbagelata esclarece:

"Esses impulsos sociais a favor da flexibilidade têm também seus limites, quando se torna evidente que a insegurança e a precariedade do emprego não geram realmente maiores oportunidades. Do mesmo modo, as correntes de opinião a favor da admissão de relações atípicas de trabalho e de luz verde para o trabalho precário são esmagadas pela evidência de que, ao desaparecerem as garantias tradicionais, a anelada liberdade não passa, na maioria dos casos, de uma simples ilusão".¹⁴⁴

Para Jorge Luiz Souto Maior, o direito do trabalho já é bastante flexível. A dispensa imotivada é livre, apenas com o pagamento da indenização de 40% sobre os valores depositados no FGTS. As hipóteses por justa causa são amplas, propiciando um firme controle disciplinar sobre o empregado. Além disso, temos hipóteses legais de terceirização do trabalho de limpeza e segurança, e a possibilidade de contrato a prazo determinado, além de outros.¹⁴⁵

¹⁴² Ler em BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *O particularismo do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996, p. 145.

¹⁴³ Ver em BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *O particularismo do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996, p. 115.

¹⁴⁴ Ensinamentos encontrados em BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *O particularismo do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996, p. 120- 121.

¹⁴⁵ Conferir em SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Temas de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000, p. 173.

Arnaldo Süssekind constata que a legislação trabalhista já é uma das mais flexíveis no direito comparado, e comprova com os seguintes exemplos:

- "1. utilização de trabalhadores de empresas de trabalho temporários (Lei n. 6.09, de 1974);
2. ampla liberdade patronal para despedir os empregados (Lei n. 5.017, de 1966, que instituiu o regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, agora substituída pela Lei n. 8.036, de 1990);
3. quebra do princípio da irredutibilidade salarial por acordo ou convenção coletiva (art. 7º, VI, da Constituição de 1988);
4. flexibilização das jornadas de trabalho, facultadas a sua redução ou a compensação de horários por acordo ou convenção coletiva (art. 7º Constituição, objeto do art. 6º da Lei n. 9.601, de 1988, que instituiu o "banco de horas");
5. ampliação da jornada de seis horas nos turnos ininterruptos de revezamento por meio de negociação coletiva (art. 7º, XIV, da Constituição);
6. contrato de trabalho provisório com ampla redução de direitos (Lei n. 9.061, de 1988);
7. trabalho a tempo parcial (MP n. 1.709, de 1988);
8. terceirização de serviços em determinadas hipóteses (Enunciados TST n. 331, redação de 18.09.2000);
9. redução das hipóteses de salário-utilidade (Lei n. 10.243, de 2001).
10. suspensão de 2 a 5 meses do contrato de trabalho (MP n. 2.164, de 2001)."

Acrescenta, ainda, a possibilidade de flexibilização de cláusula de contrato individual quando acrescida por liberalidade empresarial ou por meio de negociação coletiva, desde que visem:

- "a) implementar nova tecnologia ou novos métodos de trabalho;
- b) recuperar a saúde econômico-financeira da empresa e preservar, em consequência, os respectivos empregos." ¹⁴⁶

¹⁴⁶ Ler em SÜSSEKIND, Arnaldo. Proposições para a reforma trabalhista. *LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 68, n. 5, p. 519, maio. 2004.

2.5.2. A defesa da proteção estatal do trabalhador

Interessa-nos, ainda, outros argumentos apresentados pela corrente que defende a proteção estatal, os quais não podem ser compreendidos como contra-argumentos à corrente flexibilizadora, mas são autônomos e, pela complexidade e extensão, devem ser citados em separado. Vejamos.

José Dallegrave Neto destaca o papel do direito como fundamental para a concretização dos interesses capitalistas, lembrando as leis flexibilizantes editadas em nosso país. Por isso, aponta dois desafios aos operadores do direito no combate à desvalorização do trabalho:

"O primeiro incide na luta por uma legislação trabalhista mais incluyente a fim de que cada vez mais empregados e subempregados sejam por ela protegidos, eliminando esta idéia de espectro privilegiado a poucas categorias organizadas. A orientação jurisprudencial tem uma função importante nesta proposta, na medida em que se busca a exegese mais abrangente possível dentro da órbita da tutela legal.

O segundo desafio é o de buscar a máxima eficácia possível das normas constitucionais que asseguram não só direitos trabalhistas (art. 7º a 11), mas o direito *ao trabalho* (arts. 6º, 170 e 193). A Constituição Federal deve ser utilizada pelo operador jurídico como guia maior. Por conta disso, a importância atribuída ao valor do trabalho, enquanto bem jurídico estruturante de nossa ordem normativa, jamais pode ser desprezada." (destaque no original) ¹⁴⁷

Jorge Luiz Souto Maior elabora a tese do direito como instrumento de luta em prol da construção de uma sociedade mais justa e igualitária. No período atual, o autor aponta uma importante transformação estrutural: os avanços tecnológicos na área da produção intensificam o desemprego, conduzindo gradualmente à desvalorização do trabalho. Constrói-se, então, uma tensão entre a consciência da valorização do trabalho como meio de conferir dignidade ao trabalho e a pressão econômica para desvalorização da mão-de-obra. Nesse sentido, desenvolvem-se diversos argumentos

¹⁴⁷ Ver DALLEGRAVE NETO, José. *Contrato individual: uma visão estrutural*. São Paulo: LTr, 1998, 2000, p. 42.

demonstrando que o direito é instrumento para promover a justiça social e que a economia não deve influenciar a estrutura do direito.

Souto Maior demonstra que o trabalho valorizado proporciona ao trabalhador condições de alcançar sua liberdade. Assim, o direito do trabalho consiste em instrumento de libertação da classe trabalhadora, através da viabilização da interferência na sociedade democrática pela ação política do trabalhador. Para tanto, é necessário afastar a ideologia segundo a qual não é possível alterar a realidade, pois esta não é construída sem a influência da vontade humana.

A construção da justiça social implica o fim da injustiça resultante da exploração de um homem por outro homem. Justamente essa exploração não só é a origem das riquezas do mundo como também a causa da desigualdade social e econômica. Precisamente nessa ideia se encontra a essência filosófica e histórica do direito do trabalho. Nesse sentido, constitui-se finalidade desse ramo jurídico a melhoria das condições de vida e de trabalho do operário.

Com base nessa finalidade, o jurista deve estruturar as normas e princípios que dão sustentação e coerência ao sistema de regulação das relações de trabalho. Seguindo a teoria escalonada das normas de Kelsen, qualquer conteúdo pode ser atribuído ao direito, pois seu fundamento de validade, a norma fundamental, não apresenta nenhum conteúdo. Assim, ainda que a noção de justiça não integre o direito, essa noção se coaduna com origem histórica e filosófica do direito do trabalho. Dessa forma, a justiça social, concretizada pela ação da justiça distributiva, a qual concede tratamento desigual aos desiguais, constitui princípio maior do direito do trabalho e deve orientar toda a construção normativa desse ramo jurídico. Daí decorre o relevante papel dos princípios do direito do trabalho tanto na elaboração quanto na interpretação das normas, nesse sentido, eles possuem a mesma força normativa de qualquer regra.¹⁴⁸

Merecem atenção as palavras do autor sobre o assunto:

“A força normativa dos princípios, ademais, não nega o positivismo jurídico, pois, como se disse os princípios são construídos dentro do direito e não fora dele, e são utilizados,

¹⁴⁸ Conferir em SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Temas de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000, p. 23-27.

exatamente, para conferir uma possibilidade de o direito ser criticado por dentro de si próprio. Não se pode confundir, portanto, a noção de justiça, como algo que dá sentido ao direito, com a idéia dos princípios, que têm força normativa dentro do sistema. A justiça está fora do direito, embora seja um ideal a ser atingido por ele. Os princípios localizam-se dentro do direito, dando-lhe certa coerência. A noção de justiça pode interferir no direito na medida em que, situada na preocupação do jurista, influencia seu ato de descortinamento dos princípios jurídicos, que não é, no entanto, cabe repetir, ato puramente arbitrário.”¹⁴⁹

A solidez das bases do direito do trabalho, com a constitucionalização de muitos de seus princípios, é resultado do Estado Social, o qual durante anos significou a defesa capitalista diante da alternativa socialista. Com a derrota do socialismo no leste europeu, não tendo rival ao capitalismo, o Estado Social perdeu sua força retórica e o pensamento neoliberal se impôs como ideia hegemônica no mundo, podendo galgar espaço de forma ilimitada. Como resultado na realidade, temos a perda da força de reivindicação de direitos pelos trabalhadores reunidos em sindicatos, e a ofensiva dos empregadores pleiteando a retirada de conquistas trabalhistas. Entretanto, deve-se fortalecer a missão do direito do trabalho, não se limitando a conservar as conquistas sociais alcançadas, mas progredindo para conferir maior valor ao trabalho e dignidade ao trabalhador.¹⁵⁰

Vale a pena observarmos, ainda, a tese de Ana Virginia Moreira Gomes. A autora inicia seu trabalho tratando da normatividade dos princípios no ordenamento jurídico, baseando-se na teoria pós-positivista em contraponto à teoria positivista e a teoria jusnaturalista. Demonstra que a teoria adotada melhor explica o texto constitucional brasileiro, o qual aponta uma série de princípios fundamentais, dotados de força normativa.

Nesse sentido, desenvolve sua tese apoiando-se na teoria de Robert Alexy. Conceitua, então, os princípios como mandados de otimização, cuja aplicação se mostra diversa das regras jurídicas, estas seguem o critério do tudo ou nada. Seguindo esse raciocínio, quando houver um conflito de princípios, é possível a aplicação de um princípio preponderante sobre o outro sem a exclusão deste último do ordenamento. O contrário

¹⁴⁹ Trecho extraído da obra SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Temas de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000, p. 293.

¹⁵⁰ Ver SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Temas de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000, p. 173.

acontece com as regras: estas não coexistem no mesmo ordenamento se contraditórias ou incompatíveis, sendo uma delas excluída.

Em seguida, a autora estuda a fundamentação do princípio protetor, com destaque para sua fundamentação constitucional, a qual está consubstanciada no valor da dignidade humana, que corresponde, além de outras, à garantia da dignidade do homem que trabalha. Essa se concretizará pela intervenção do Estado nas relações de trabalho. Nesse ponto, são abordadas as críticas ao Estado Social, em geral, voltadas para sua ineficiência econômica. A nova realidade econômica formada a partir das crises do petróleo na década de 70 é marcada por forte competitividade empresarial e crescente desemprego, em razão da recessão econômica e do desenvolvimento tecnológico que descarta boa parte da mão-de-obra anteriormente necessária na produção de cunho fordista.

Para muitos, a solução é o barateamento da mão-de-obra, o que é obtido através do predomínio dos acordos e convenções coletivas sobre a regulamentação estatal, com a diminuição de direitos dos trabalhadores. No plano jurídico, isso constitui a predominância do princípio da autonomia privada coletiva sobre o princípio da proteção do trabalhador, sendo convalidada a alteração do contrato de trabalho *in pejus*.

A autora identifica o conflito entre os princípios da autonomia privada e o da proteção nestes termos:

“A tensão ocorre se este protecionismo acaba por restringir em excesso a atuação dos atores sociais ou, em vez disso, perde-se qualquer proteção em troca de um sistema fundamentado exclusivamente na autonomia coletiva”¹⁵¹

Sugere, então, a utilização do princípio da proporcionalidade, criado pela doutrina alemã, na ponderação dos princípios da proteção e do princípio da autonomia privada. Essa utilização compreende a consideração de três critérios: a adequação, a exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito, sendo os dois primeiros relacionados às condições fáticas, enquanto o último, às condições jurídicas.

A adequação pressupõe que a limitação sofrida pelo direito ou liberdade fundamental seja útil ao fim almejado. O objetivo do protecionismo é o equilíbrio de

¹⁵¹ Trecho encontrado na obra GOMES, Ana Virginia Moreira. *A aplicação do princípio protetor no direito do trabalho*. LTr: São Paulo, 2001, p. 160.

forças na relação de trabalho, de modo que o trabalhador não se submeta a condições indignas. Por outro lado, acusam-se as normas protetoras de promoverem o alto custo da mão-de-obra e, assim, fomentarem o desemprego:

“É o chamado processo de *culpabilização* do Direito do Trabalho: o desemprego, a informalidade e a falta de competitividade das empresas seriam causadas, em boa parte, pela rigidez das normas protetoras, que, em última análise, acarretariam uma situação de maior dificuldade para o trabalhador.”¹⁵²

Esse raciocínio não se confirmou nos exemplos encontrados na história. Como é o caso, já citado da Espanha, onde a profunda reforma que conduziu à flexibilização do sistema de relações de trabalho, não houve criação proporcional de postos de trabalho, e aqueles criados são precários.

A exigibilidade ou o princípio da necessidade, por sua vez, questiona se o meio sugerido pelo princípio jurídico é aquele que menores limitações trará ao direito fundamental contraposto. Dessa forma, nas relações de trabalho, indaga-se se há outro meio que alcance o objetivo descrito acima sem limitar da mesma maneira a autonomia privada coletiva. A alternativa apontada é um modelo de relações trabalhistas flexíveis: as normas protetoras não deixariam de existir, mas resultariam da força da união dos empregados em organizações sindicais livres. Diante do modelo sindical brasileiro que contraria a liberdade sindical nos moldes na Convenção n. 87 da Organização Internacional do Trabalho, a alternativa perde sua viabilidade. Ademais, explica a autora:

“Os novos tipos de relações de trabalho, introduzidos pelo modelo de produção mais flexível (modelo toyotista), também não favorecem a posição dos sindicatos na negociação com as empresas, ‘a proporção em que promovem a terceirização, a contratação por tempo determinado, a rotatividade da mão-de-obra, todas, medidas que implicam a fragmentação dos trabalhadores outrora unidos por uma relação de trabalho estável para o mesmo empregador – a mobilidade funcional e geográfica dos trabalhadores implica a desestruturação da noção de categoria representada por um único sindicato’.”¹⁵³

¹⁵² Retirado de GOMES, Ana Virginia Moreira. *A aplicação do princípio protetor no direito do trabalho*. LTr: São Paulo, 2001, p. 165.

¹⁵³ Ver GOMES, Ana Virginia Moreira. *A aplicação do princípio protetor no direito do trabalho*. LTr: São Paulo, 2001, p. 170.

Nesse sentido, os sindicatos encontram-se enfraquecidos e impossibilitados de substituir a função protetora exercida pelas normas estatais.

Por fim, a autora analisa as condições jurídicas do embate de princípios através do critério da proporcionalidade em sentido estrito. Desenham-se os contornos que devem seguir a aplicação do princípio da proteção de modo que os prejuízos ao princípio da autonomia privada coletiva não sejam maiores que os benefícios criados. Sugere-se, então, a aplicação ponderada de ambos os princípios. Assim, a autonomia privada não proporciona condições indignas de trabalho, pois seu âmbito de atuação encontra limites nas “condições mínimas que devem estar presentes no mundo do trabalho em prol da garantia da dignidade do trabalhador.”¹⁵⁴ Além disso, a rigidez das normas trabalhistas não justifica a situação econômica do mercado produtivo, pois “as disfuncionalidades do mercado laboral indicam tanto a flexibilidade já existente de fato, quanto o alto grau de ineficácia das normas protetoras.”¹⁵⁵

2.5.3. O princípio da proteção do trabalhador a partir do método apresentado pela teoria de Ronald Dworkin

A partir da década de 70, houve um questionamento sobre o que requer a proteção do trabalhador. Iniciou-se uma disputa doutrinária que se prolonga até hoje entre duas correntes. Primeiramente ressaltamos que não há divergência quanto à existência de desigualdade no plano fático entre as partes na relação de emprego.¹⁵⁶ A divergência está na forma de equilibrar essa relação. Podemos compreender essa disputa como a divergência sobre

¹⁵⁴ Conferir em GOMES, Ana Virginia Moreira. *A aplicação do princípio protetor no direito do trabalho*. LTr: São Paulo, 2001, p. 176.

¹⁵⁵ Ler em GOMES, Ana Virginia Moreira. *A aplicação do princípio protetor no direito do trabalho*. LTr: São Paulo, 2001, p. 173.

¹⁵⁶ Opinião isolada é a de Marcelo Batuíra, em BATUÍRA, Marcelo da C. Losso Pedroso. *Irrenunciabilidade no direito do trabalho e liberdade: uma abordagem econômica para uma revisão crítica*. Tese para obtenção do título de doutor - Faculdade de Direito da U.S.P. São Paulo. 2003, p. 298- 299. O autor nega a desigualdade entre as partes e a necessidade de qualquer proteção aos trabalhadores. Baseando-se em teorias econômicas, especialmente o equilíbrio de Nash da teoria dos jogos, proclama que o livre mercado possibilita a satisfação das necessidades tanto dos empregados quanto dos empregadores. Para tal conclusão, parte da premissa que a ação dos indivíduos é racional e que é, em sua maioria, motivada por interesse egoístico.

o que a igualdade requer no âmbito das relações de emprego no direito brasileiro. De um lado, temos aqueles que defendem uma profunda modificação do sistema trabalhista com a retração da proteção estatal e estímulo à proteção dos trabalhadores pelo sindicato. De outro lado, há aqueles que acreditam que a melhor forma de equilibrar a relação de emprego é pela ação do Estado.

Essa divergência é perfeitamente explicada pela teoria de Ronald Dworkin. Lembremos do exemplo dado sobre as regras de cortesia em determinada comunidade. No exemplo, as pessoas passam a adotar uma complexa atitude interpretativa, que se compõe de dois movimentos. Em primeiro lugar, é reconhecido que a prática social serve a uma finalidade, que pode ser defendida independentemente da descrição da prática. Em segundo lugar, a prática não é estática, mas deve se submeter à finalidade, assim, será modificada, ampliada ou limitada conforme essa finalidade. Nesse sentido, valor e conteúdo se confundem, a interpretação define não apenas a finalidade da prática, mas também as formas de segui-la, define aquilo que a finalidade, se bem compreendida, requer.

É o mesmo movimento: a corrente que defende a flexibilização dos direitos trabalhistas entende que o protecionismo estatal não mais atente à finalidade do direito de trabalho de equilibrar a relação de emprego. Acreditam que o atual sistema, que apresenta rígidos limites à negociação coletiva, desprotege o trabalhador ao invés de protegê-lo. Dessa forma, a disputa analisada representa a divergência teórica sobre o que a igualdade, se bem compreendida e considerando as características econômicas e sociais, requer.

Não se trata de ideologia, mas de verdadeira interpretação do direito; está em disputa o significado da própria norma. Não se trata de preencher uma lacuna com critérios alheios ao direito, nem implica uma discussão política reservada ao âmbito do Legislativo. Não se trata de criação de normas, de postulação de um novo direito. A divergência é sobre qual a melhor concepção do princípio da proteção do trabalhador, ou ainda, o que é a igualdade no campo das relações de emprego.

Cada um apresenta aquilo que considera a melhor forma de compreender o direito, e busca construir uma boa argumentação para sustentar sua posição. A posição defendida é resultado de uma visão geral do direito, não é uma opinião pontual, mas é consequência da compreensão do direito como um todo, relacionando-se com aspectos

diversos da realidade brasileira. Nesse sentido, a teoria de direito como integridade de Ronald Dworkin explica bem o direito do modo como é concebido em nossa sociedade. Os conceitos jurídicos não são dados *a priori*, mas construídos pelo intérprete, e este considera o Estado como um ente personificado, ao qual atribuiu decisões coerentes, inclusive decisões judiciais, que decorram de um mesmo conjunto de princípios.

Dessa forma, analisamos os argumentos das duas teorias, contrapondo-os, e a argumentação da corrente que defende a proteção estatal se mostrou mais forte. Não faz sentido atribuir aos sindicatos a função de proteger os trabalhadores no momento em que essas entidades estão tão frágeis. E essa fragilidade é causada justamente pelos mesmos fatores que os juristas apontaram como motivo para flexibilização dos direitos trabalhistas. São exatamente o atual modelo de produção e o desemprego as maiores causas da fragilidade do sindicato. A produção se desenvolve em pequenas unidades dificultando o contato entre trabalhadores. Ainda que se argumente sobre o desenvolvimento dos meios de comunicação, com destaque para a internet, a mobilização para a ação sindical não depende apenas de comunicação, mas de convivência; é o compartilhamento da rotina que contribui para a formação do vínculo de solidariedade entre os trabalhadores, propiciando a ação coletiva de reivindicação de melhores condições de trabalho. Além disso, em épocas de crise, o temor do desemprego é o maior fator de paralisação de qualquer ação coletiva dos trabalhadores.¹⁵⁷

A negociação coletiva sem as regras legais mínimas não é capaz de atribuir ao trabalhador o poder de barganha necessário para assegurar sua dignidade. Ao contrário, tais regras mínimas foram resultado de intensa luta dos trabalhadores. A flexibilização das regras trabalhistas tornaria necessária a renovação constante dessa luta. A cada negociação coletiva, partiríamos do ideal de igualdade entre as partes, e os trabalhadores precisariam reiniciar sua luta histórica por condições dignas de trabalho.

¹⁵⁷ Sobre o assunto ler: DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. Trad. Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 19- 59; ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?: ensaio sobre metamorfoses e a Centralidade do Mundo do Trabalho*. 11ª ed. São Paulo: Cortez, 2006, p. 49-78; ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*. 9ª reimpressão. São Paulo: Boitempo, 2007, p.101-117; GORZ, André. *Adeus ao proletariado*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1982, p. 85-93; ALVES, Giovanni. *Trabalho e sindicalismo no Brasil dos anos 2000*. in ANTUNES, Ricardo (org.) *Riqueza e miséria do trabalho no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2006, p. 462-473.

2.6. Formas de aplicação do princípio de proteção do trabalhador

Américo Plá Rodriguez apresenta três formas distintas de aplicação do princípio da proteção, as quais estão consagradas na doutrina trabalhista. A dimensão do *in dubio pro operario* representa critério de interpretação para aplicação, em caso de dúvida, do sentido da norma que seja mais favorável ao trabalhador. A dimensão da norma mais favorável determina a aplicação do dispositivo mais benéfico ao trabalhador, quando mais de uma norma pode ser aplicada, independentemente dos critérios clássicos de hierarquia das normas. Além disso, quando da existência de única norma a ser aplicada, tal dimensão do princípio protetor aponta, dentre vários sentidos possíveis da mesma norma, qual deles deve ser aplicado. A dimensão da condição mais benéfica, de forma diversa, implica que nova norma não servirá para piorar as condições do trabalhador.¹⁵⁸

O autor parte de uma visão positivista do direito, em que o ordenamento jurídico é formado apenas de regras, e aos princípios cabe apenas a orientação da aplicação dessas regras, não sendo eles mesmos normas jurídicas. Plá Rodriguez, ao dispensar a necessidade de consagração do princípio de proteção pelo direito positivo, chega a dizer que os princípios estão acima do direito.¹⁵⁹ Ademais, descarta a possibilidade de o princípio afastar uma regra: “Seu valor não pode ser tal que se imponha contra uma norma de direito positivo. Poderá aplicar-se sem ela, mas não contra ela.”¹⁶⁰

A adoção do novo paradigma de objetividade, que admite o conhecimento desde nossa perspectiva, afasta a necessidade da certeza absoluta para a admissão de certa proposição ou certo conceito como verdade. A certeza das ciências sociais não exige mais os mesmos critérios que aquela das ciências exatas. O princípio, apesar de seu caráter abstrato e geral, apesar da dificuldade de sua definição, é reconhecido como norma jurídica.

¹⁵⁸ Ver em PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 106- 139.

¹⁵⁹ Conferir em PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 103- 104.

¹⁶⁰ Ler PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000, 104.

As características de abstração e generalidade do princípio impedem que seu contorno seja definido *a priori*. Seu alcance não pode ser determinado. A possibilidade de sua aplicação é analisada em cada caso concreto. As circunstâncias do caso indicarão a aplicação ou não do princípio, lembrando que cada decisão é resultado da interpretação do direito como um todo coerente.

Desse modo, as formas de aplicação do princípio da proteção apresentadas por Plá Rodriguez não são as únicas possíveis, como demonstra a própria enumeração do autor das funções adicionais citadas em seção anterior deste capítulo. Não podemos prever *a priori* todas as situações em que pode ser aplicado este princípio, ainda que possamos enumerar os casos paradigmáticos.

Mauricio Godinho Delgado, ao tratar das dimensões do princípio da proteção apontadas por Plá Rodriguez, esclarece existirem outras formas de aplicação deste princípio. Vale a pena observar as palavras do autor:

“Na verdade, a noção de tutela obreira e de retificação da reconhecida desigualdade socioeconômica e de poder entre os sujeitos da relação de emprego (idéia inerente ao princípio protetor) não se desdobra apenas nas três dimensões; abrange, essencialmente quase todos (senão todos) os princípios especiais do Direito Individual do Trabalho. Como excluir essa noção do princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas? Ou do princípio da inalterabilidade contratual lesiva? Ou da proposição relativa à continuidade da relação de emprego? Ou da noção genérica de despersonalização da figura do empregador? (e suas inúmeras conseqüências protetivas ao obreiro)? Ou do princípio da irretroação das nulidades? E assim sucessivamente. Todos esses outros princípios especiais também criam, no âmbito de sua abrangência, uma proteção especial aos interesses contratuais obreiros, buscando retificar, juridicamente, uma diferença prática de poder e de potencial econômico-social apreendida entre os sujeitos da relação empregatícia.”¹⁶¹

O princípio da proteção do trabalhador poderá ser aplicado em qualquer situação desde que tal aplicação represente uma interpretação coerente do sistema jurídico brasileiro. Em cada situação fática, é necessário analisar se a finalidade do princípio da proteção está sendo atendida. Deve-se também analisar os demais princípios do

¹⁶¹ Trecho encontrado em DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, p. 41-42.

ordenamento jurídico e considerar a decisão a ser tomada como sequência de uma série de decisões políticas tomadas pelo Estado brasileiro, buscando a integridade entre as decisões passadas, as regras e os princípios.

Além disso, especificamente o princípio da proteção tem sua abrangência justificada por seu papel fundamental no direito do trabalho. Como princípio mais importante desse ramo jurídico influencia decisivamente os demais princípios também característicos desse ramo.

Partindo da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin chegamos à confirmação do princípio da proteção, e percebemos que seu uso é mais amplo do que muitos doutrinadores ensinam. A jurisprudência apresenta inúmeros exemplos de aplicação do princípio da proteção de modo diferente das formas apresentadas por Plá Rodriguez, veremos alguns casos no próximo capítulo. Dessa forma, discordamos da análise do princípio da proteção feita por Marcelo Batuíra da C. Losso Pedroso nesse aspecto. O autor afirma que o princípio da proteção não é princípio, mas regra submetida ao teste de validade. Ele parte da teoria dos princípios de Dworkin, apontando que a distinção entre regras e princípios como o melhor argumento desta teoria:

“Pois bem, o princípio protetor, em qualquer de suas vertentes, é válido ou não, numa análise de tudo ou nada. A norma mais favorável ao trabalhador não tem validade sobre a convenção coletiva que reduz salários, mesmo havendo disposição expressa na lei que consagra a irredutibilidade salarial, ainda que haja um contrato individual de trabalho que preveja um salário maior, por força da aplicação da norma constitucional (art. 7º inciso VI). Também diante da nova redação do artigo 618, da Consolidação das Leis do Trabalho, a regra da norma mais favorável seria revogada, pois não mais serviria para definir a hierarquia das fontes normativas laborais. Trata-se, portanto, de regra e não de princípio.”

Na verdade, a distinção de regras e princípios no direito para a teoria de Ronald Dworkin não é essencial. Sua importância consiste apenas em instrumento para a crítica à regra de reconhecimento desenvolvida por Hart. Nesse sentido, se alguma regra de reconhecimento fosse possível no ordenamento, ela somente serviria para a identificação de regras e não de princípios, por isso, Dworkin chama a teoria dos positivistas de modelo de

regras.¹⁶² Ademais, Dworkin não define o direito como conjunto de regras e princípios, mas como conjunto de princípios¹⁶³, e acrescenta que o método interpretativo apresentado para os casos difíceis serve perfeitamente para os casos fáceis.¹⁶⁴

De outro lado, o princípio protetor admite outras formas de aplicação além dessas citadas, e inclusive inspira o legislador na elaboração de novas leis. Nesse sentido, fica clara a característica de abstração desse princípio, sendo incoerente negar sua condição como tal.

Passemos à análise das dimensões do princípio de proteção do trabalhador elaboradas por Plá Rodriguez. Tais formas de aplicação, apesar de consagradas pela doutrina trabalhista, apresentam controvérsias a respeito de sua definição e seus contornos, merecendo, portanto, seu detalhamento.

¹⁶² Nesse trecho retirado da obra DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 35- 36, isso fica claro: “Quero lançar um ataque contra o positivismo e usarei a versão de H. L. Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário. Minhas estratégia será organizada em torno do fato de que, quando os juristas racionam ou debatem de direitos e obrigações, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões. Argumentarei que o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras.”

¹⁶³ Em DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 109, o autor esclarece: “O direito é um conceito interpretativo como a cortesia em meu exemplo imaginário. Em geral, os juízes reconhecem o dever de continuar o desempenho da profissão à qual aderiram, em vez de descartá-la. Então desenvolvem, em resposta a suas próprias convicções e tendências, teorias operacionais sobre a melhor interpretação de suas responsabilidades nesse desempenho.” E adianta, detalha, p. 291: “O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, a tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios.”

¹⁶⁴ Nas palavras de Dworkin, em DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 423: “Hércules não precisa de um método para os casos difíceis e outro para os fáceis. Seu método aplica-se igualmente bem a casos fáceis; uma vez porém que as respostas às perguntas que coloca são então evidentes, ou pelo menos parecem sê-lo, não sabemos absolutamente se há alguma teoria em operação.”

2.6.1. Dimensão do *in dubio pro operario*

Tal critério consiste na escolha da interpretação mais favorável ao trabalhador, quando a norma dê margem a vários modos de interpretação. Inicialmente, devemos ilustrar que o direito do trabalho afasta a regra do direito comum segundo a qual os casos duvidosos se resolvem com favor ao devedor. Isto ocorre no direito privado, pois, em geral, nas relações civis e comerciais o devedor é o mais fraco da relação. No entanto, temos o oposto nas relações laborais. É reconhecido o pressuposto básico dessas relações, qual seja, a debilidade do trabalhador, que se apresenta como credor diante do empregador. Dessa forma, a autonomia do direito do trabalho comporta a adoção do princípio da proteção, tendo em vista seu caráter especial e sua finalidade em oferecer amparo à parte mais débil do contrato de trabalho.

A utilização da dimensão do *in dubio pro operario* deve dar-se quando há verdadeira dúvida quanto à interpretação de uma norma. Da mesma forma que o princípio similar encontrado no direito penal, qual seja, o *in dubio pro reo*, tal postulado pressupõe uma dúvida autêntica. Neste tocante, não se trata de corrigir a norma ou integrá-la, não se recorre a esta dimensão do princípio da proteção quando não existe regra. Nem é utilizada para afastar o significado da norma, em busca de uma significação que de modo algum pode ser retirada do texto ou do contexto da norma. O texto da norma exerce uma coerção sobre as possibilidades de interpretação, a norma não admite qualquer sentido, mas apenas aquele dedutível de seu contexto.

Cabem ainda algumas ponderações a respeito dessa forma de aplicação do princípio da proteção. Em primeiro lugar, notamos que esta dimensão serve tanto para aumentar uma vantagem do trabalhador quanto para diminuir um prejuízo. Em segundo lugar, a regra deve ser aplicada em progressão decrescente, quanto maior o salário do trabalhador, menor deverá ser a incidência desse princípio. Dessa forma, a dimensão do *in dubio pro operario* é aplicada por graus, de modo inversamente proporcional à remuneração do empregado. Os altos-empregados, por exemplo, não necessitam do mesmo grau de proteção que aqueles que ganham salário mínimo.

Em terceiro lugar, a aplicação dessa dimensão do princípio da proteção se dá quanto à lei, quanto às cláusulas do contrato individual, e também quanto aos dispositivos das normas coletivas. Apesar de as convenções e acordos coletivos serem formados a partir de uma situação de igualdade entre empregados e empregadores, não se deve afastar a utilização da dimensão do *in dubio pro operario* nesses casos. Afinal, a dimensão é usada quando há dúvida na aplicação da norma, momento em que a desigualdade permanece e deve ser compensada, independentemente da forma pela qual a norma foi instituída.

Por fim, cabe registrar a aplicação do princípio do *in dubio pro operario* no processo do trabalho. Dessa forma, afasta-se a aplicação do princípio do *favor debitoris* do direito comum. Luiz Pinho Pedreira da Silva explica:

“Assim, no direito do trabalho, material ou processual, sendo parte fraca o credor e não o devedor, inverte-se a regra que prevalece no direito civil material e processual, do *favor debitoris*, regendo, ao contrário, a do favor pelo credor.”¹⁶⁵

2.6.1.1. Inversão do ônus da prova

Discute-se muito sobre a possibilidade de aplicar a dimensão *in dubio pro operario* no campo probatório do processo do trabalho. Plá Rodriguez admite a aplicação de tal princípio na valoração das provas no processo do trabalho. Mas esclarece:

“Não para suprir omissões, mas para apreciar adequadamente o conjunto dos elementos probatórios, tendo em conta as diversas circunstâncias do caso.”¹⁶⁶

Para o autor, as desigualdades que justificam o princípio da proteção também estão presentes no campo probatório. Em geral, o trabalhador tem mais dificuldade do que o empregador de obter informações e documentos referentes à relação de emprego. Assim, o ônus da prova deve ser, na maioria das vezes, atribuído ao empregador por sua natural disponibilidade de meios de prova.

¹⁶⁵ Ler em SILVA, Luiz Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 44.

¹⁶⁶ Conferir em PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 115.

Francisco Antonio de Oliveira discorda de Plá Rodriguez neste tópico, afastando a aplicação do *in dubio pro operario* na valoração da prova. Para este autor:

“(...) em se cuidando de matéria probatória, não haverá o julgador que aferir valoração favorável ao empregado. Se a prova produzida não permite convicção, cabe ao julgador decidir pelo ônus da prova”.¹⁶⁷

Esse também é o entendimento de Manoel Antonio Teixeira Filho. O autor defende que em caso de insuficiência de provas o resultado do provimento jurisdicional deve ser contrário a quem recaia o ônus da prova. Além disso, julga muito frágil o princípio do *in dubio pro operario*, e explica nos seguintes termos:

“Há que se destacar, primeiramente, que o *estado de hesitação da inteligência*, que caracteriza a dúvida é de foro essencialmente *subjetivo*, nascendo no imo do intérprete (no caso o julgador). Vale dizer, a dúvida não está na *prova produzida* (que muitas vezes contém uma definição e prol de um dos litigantes) e sim na pessoa a quem compete apreciar essa mesma prova. Tem-se, então, que essa possibilidade de hesitação do julgador, ou mesmo de haver idiosincrasia interpretativa da prova, revela a fragilidade do princípio, fazendo com que deva ser rechaçado pelo processo do trabalho.”¹⁶⁸

Mauricio Godinho Delgado também se mostra contrário a essa aplicação do princípio da proteção, identifica que essa aplicação viola outro princípio jurídico que fundamenta o Estado Democrático de direito: o princípio do juiz natural. Segundo o autor, a teoria do ônus da prova está sedimentada no direito processual do trabalho. Outrossim, já há um sistema de presunções favoráveis ao empregado. Assim, em caso de dúvida o juiz deve decidir de forma contrária aos interesses da parte que tinha ônus de provar e não necessariamente em favor do empregado. A compensação da desigualdade entre as partes não deve alcançar a figura do juiz sob pena de comprometer a própria justiça.¹⁶⁹

¹⁶⁷ Ver em OLIVEIRA, Francisco de. *A prova no processo de trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 72.

¹⁶⁸ Lições encontradas em TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A prova no processo do trabalho*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 1989, p. 101.

¹⁶⁹ Ensinamentos retirados de DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, p. 84-85.

Na verdade, o autor não busca afastar a possibilidade de inversão do ônus da prova no processo do trabalho, mas é contrário ao enunciado da dimensão do *in dubio pro operario*, como depreende-se do trecho a seguir:

“Note-se, de todo modo, que o Direito do Trabalho e seu ramo processual (Direito Processual Trabalhista) já fixam inúmeras presunções favoráveis ao obreiro; já têm uma teoria do ônus da prova significativamente favorável; já permitem ao juiz inverter o ônus probatório quando perceber que, pelas circunstâncias do caso, este seja o caminho mais seguro para o encontro da verdade (art. 765, CLT, combinado com 130, CPC, *ab initio*, e art. 359, CPC). Tais condutas processuais, a propósito, não são mais peculiares ao ramo justralhista, uma vez que incorporadas também por outros segmentos jurídicos próximos (como se percebe pelos dispositivos do Código Brasileiro do Consumidor, Lei 8.078/1990, por exemplo, art. 6º, VIII – inversão do ônus probatório; art. 28 - desconsideração da personalidade jurídica; art. 47 – interpretação favorável, etc.)”¹⁷⁰

O autor afasta o princípio, mas, ao mesmo tempo, aponta dispositivos legais em que possibilita a inversão do ônus da prova. Dessa forma, se o direito positivo atribuiu ao trabalhador inúmeras presunções e possibilita a inversão do ônus da prova, está em perfeita harmonia com o ordenamento jurídico o princípio segundo o qual na dúvida quanto à prova produzida, o juiz deve decidir favoravelmente ao empregado.

Rafael Foresti Pego também é contrário à aplicação desse princípio no campo probatório. Não nega que o princípio da proteção incida também no direito processual do trabalho, entretanto, a proteção existente no processo decorre unicamente da lei, não cabe ao juiz ou ao judiciário proteger o trabalhador. Nas palavras do autor:

“No tocante às regras do *ônus probandi*, as mesmas estão rigorosa e objetivamente dispostas no sistema processual, não havendo que se falar em atenuação destas regras ou até mesmo inversão do ônus da prova.”¹⁷¹

Acrescenta que as presunções favoráveis ao trabalhador não implicam inversão do ônus da prova, mas significam apenas que o reclamante poderá se

¹⁷⁰ Ler em DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, p. 88.

¹⁷¹ Conferir em PEGO, Rafael Foresti. *A Inversão do ônus da prova no direito processual do trabalho*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 47.

desvencilhar de seu ônus ao provar fatos secundários do qual se deduz o fato principal; provado aquele, também este estará provado.¹⁷²

José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva também afasta a aplicação do *in dubio pro operario* ao campo da valoração da prova. Esclarece que tal princípio somente poderá deve ser utilizado quando haja séria dúvida quanto de quem é o ônus da prova no caso concreto.¹⁷³ Entretanto, admite a inversão do ônus da prova no processo do trabalho nesses termos:

“(...) pode, no entanto, o juiz inverter o ônus da prova, com base na hipossuficiência do autor ou no princípio da aptidão para a prova, desde que o faça quando da fixação dos pontos controvertidos, para não macular os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa e, em última instância, o devido processo legal.”¹⁷⁴

Marcelo Ricardo Grünwald, de modo oposto, defende a aplicação da regra *in dubio pro operario* no campo probatório do processo do trabalho. Esclarece que esse princípio deve ser analisado em conjunto com o princípio da aptidão para a prova. Assim, o ônus da prova deve ser atribuído a quem tem mais condições de obter meios de prova. Oportuno observar os dizeres do autor a esse respeito:

“O juiz do trabalho sabe exatamente que a empresa deve possuir sob sua guarda uma série de documentos produzidos durante a relação do trabalho, tais como os demonstrativos de pagamento, os comprovantes de entrega de equipamentos de proteção individual, os contratos e aditamentos firmados, etc.

Dada a circunstância mencionada, é permissivo processual que a parte proteste pela juntada de documentos que tão-somente o adverso possua, sob pena de que se presuma verdadeira a alegação lançada nos autos pela parte requerente. Tal entendimento tem escopo na aplicação subsidiária no processo do trabalho da disposição do art. 359 do Código de processo Civil.”¹⁷⁵

¹⁷² Encontrado em PEGO, Rafael Foresti. A Inversão do ônus da prova no direito processual do trabalho. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 82.

¹⁷³ Ver em SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. O ônus da prova e sua inversão no processo do trabalho. *LTr: suplemento trabalhista*, São Paulo, v. 68, n. 6, p. 691, jun. 2004

¹⁷⁴ Conferir em SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. O ônus da prova e sua inversão no processo do trabalho. *LTr: suplemento trabalhista*, São Paulo, v. 68, n. 6, p. 693, jun. 2004

¹⁷⁵ Observar em GRÜNWARD, Marcelo Ricardo. *As provas de audiência no dissídio individual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 46.

Luiz Pinho Pedreira da Silva manifesta opinião no mesmo sentido, e conta sua experiência como juiz do trabalho:

“Diversas vezes julgamos casos em que nos defrontamos com ‘prova empatada’, isto é, em que não houve negligência do empregado, pois desincumbiu-se do seu ônus, levando a juízo testemunhas do trabalhador, em processos nos quais não havia possibilidade de outra espécie de prova. Pelas maiores dificuldade com que arca o empregado para a produção de provas, numa situação como esta, a dúvida gerada no espírito do julgador há de ser dirimida *pro operario* e foi sempre neste sentido o nosso pronunciamento.”¹⁷⁶

Elaine Machado Vasconcelos também defende a inversão do ônus da prova especialmente para os casos de práticas discriminatórias na relação de emprego. Em suas palavras:

“O direcionamento do ônus da prova para ao acusado da prática de atitude discriminatória se afigura mais assente com o necessário equilíbrio entre o capital e o trabalho e, conseqüentemente, com o princípio da proteção, mormente diante das dificuldades encontradas pelo discriminado em realizar a prova de suas alegações, quando normalmente indisponíveis os meios probatórios para tanto”.¹⁷⁷

Outro não é o posicionamento de Emília Simeão Albino Sako.

Vejamos:

“O juiz poderá determinar a inversão do ônus da prova quando se convencer de que o estado de miserabilidade de uma das partes poderá comprometer a produção dos fatos de mais difícil demonstração, obstando o acesso à tutela jurisdicional.”¹⁷⁸

Adiante, a autora adverte a desnecessidade de pronunciamento judicial expresso sobre o ônus da prova, “pois na sentença quando o juiz analisar as provas, irá dizer quem tinha o ônus de produzir e não a produziu, independentemente de ter emitido

¹⁷⁶ Ler em SILVA, Luiz Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 58.

¹⁷⁷ Retirado de VASCONCELOS, Elaine Machado. A discriminação nas relações de trabalho: a possibilidade de inversão do ônus da prova como meio eficaz de atingimento dos princípios constitucionais. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 71, n. 2, p. 103, maio/ago. 2005.

¹⁷⁸ Lições encontradas em SAKO, Emília Simeão Albino. *A prova no processo do trabalho: os meios de prova e ônus da prova nas relações de emprego e trabalho*. São Paulo: LTr, 2008, p. 29.

declaração anterior sobre a quem competia esse ônus”. Entretanto, se o juiz optar pelo pronunciamento sobre a inversão do ônus da prova, deverá fazê-lo logo após a apresentação da defesa e antes da fase instrutória, “a fim de garantir às partes as mesmas oportunidades de defesa de seus direitos.”¹⁷⁹

Flávia Moreira Pessoa, por sua vez, defende a possibilidade de inversão do ônus da prova através das máximas de experiência. Inicialmente esclarece que:

“(máximas de experiência) São definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos fatos concretos que se julgam no processo, procedentes da experiência, mas independentes dos casos particulares de cuja observação foram induzidos e que, além destes casos, pretendem ter validade para outros novos.”¹⁸⁰

Em seguida, discorre sobre as funções clássicas das máximas de experiência e, então, defende sua utilização para a inversão do ônus da prova:

“A aplicação das máximas de experiência como critério para a análise da prova pode conduzir à inversão do ônus da prova num determinado caso concreto sob exame. Assim, se o fato apresentado é, de acordo com a observação do que ordinariamente acontece, verossímil e plausível, enquanto a tese da parte contrária é de todo inverossímil, deverá ocorrer a inversão do ônus da prova, a qual ficará a cargo da parte que alegar a tese desprovida de verossimilhança.”¹⁸¹

De fato, a aplicação das máximas de experiências é compatível com o processo do trabalho, entretanto não se trata de inversão do ônus da prova. O direito do trabalho apresenta diversas presunções favoráveis ao empregado, que provoca a atribuição do ônus da prova ao empregador, as máximas de experiência produzem o mesmo efeito. Nesse sentido, o ônus é atribuído àquele que têm maiores condições de obter meios de prova. A empresa, em decorrência de obrigações tributárias, previdenciárias e também trabalhistas, é

¹⁷⁹ Ensinamentos extraídos de SAKO, Emília Simeão Albino. *A prova no processo do trabalho: os meios de prova e ônus da prova nas relações de emprego e trabalho*. São Paulo: LTr, 2008, p. 30- 31.

¹⁸⁰ Ler em PESSOA, Flávia Moreira. A utilização das máximas de experiência no campo probatório no direito processual do trabalho. *Revista trabalhista: direito e processo*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 13, p. 238, jan./mar. 2005.

¹⁸¹ Conferir em PESSOA, Flávia Moreira. A utilização das máximas de experiência no campo probatório no direito processual do trabalho. *Revista trabalhista: direito e processo*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 13, p. 241, jan./mar. 2005.

obrigada a manter inúmeros documentos. Sendo assim, é coerente que tenha o ônus de prova sobre diversos fatos.

Dessa forma, a aplicação do princípio *in dubio pro operario* é restrita, pois quando estamos diante de uma presunção favorável ao trabalhador ou diante do reconhecimento de que o empregador tem maior aptidão para a prova não se trata de inversão do ônus da prova, mas atribuição regular do ônus de provar. E não é diferente para as máximas de experiência. A inversão do ônus da prova recai sobre as situações em que de início caberia ao empregado provar o fato constitutivo de seu direito, sem haver qualquer presunção que lhe seja favorável.

As circunstâncias que justificam o princípio da proteção continuam presentes no processo. A desigualdade entre as partes é atenuada no processo diante da presença do juiz. Entretanto, no momento da produção de provas, essa desigualdade fica mais marcante, tanto assim que a prova testemunhal é a mais utilizada na Justiça do Trabalho. A correção dessa desigualdade deve se dar pela aplicação do princípio *in dubio pro operário*, com a inversão do ônus da prova no momento do julgamento. Tanto o empregador quanto o empregado devem produzir as provas que conseguirem, a inversão do ônus da prova representa regra de julgamento e, portanto, seus efeitos serão sentidos na sentença.

2.6.2. Dimensão da norma mais favorável

Tal dimensão do princípio protetor apresenta um sentido próprio e outro impróprio. O sentido impróprio se manifesta quando da incidência de única norma à relação, porém, esta apresenta significados diversos. No direito do trabalho, deve-se escolher o significado que trazer maiores vantagens ao trabalhador. Neste sentido a dimensão da norma mais favorável se confunde com a dimensão do *in dubio pro operario*.

Por outro lado, o sentido próprio desse postulado se dá quando da possibilidade de aplicação de mais de uma norma sobre o caso concreto. Em princípio, seria seguida a ordem hierárquica do sistema jurídico, assim, por exemplo, dentre várias normas aplicáveis, deve-se privilegiar aquela de grau superior. No entanto, no direito do trabalho, será

aplicada a norma mais favorável ao trabalhador, sem obediência à ordem hierárquica que há entre as normas. Por esse critério devem ser interpretadas as normas provenientes de todas as diferentes fontes do direito do trabalho. Nesse conjunto, estão compreendidos costume, acordos e convenções coletivas, além de leis e outras.

Isso não significa que a hierarquia tradicional de normas não tenha importância no direito do trabalho. As formas de determinar a legalidade e a constitucionalidade das normas não são diferentes dos demais ramos do direito. A diferença está no momento da escolha da norma a ser aplicada ao caso concreto.

Neste ramo do direito, cada norma estabelece um padrão mínimo para as condições dos trabalhadores, não há determinação de teto para tais condições. Portanto, nada impede que normas posteriores ou inferiores tragam padrões mais elevados e melhorem os níveis de proteção.

Tal não implica a revogação da norma menos favorável, mas esta ficará inoperante. Ademais, essa inoperância costuma ser parcial, não geral, pois continua incidindo para aqueles trabalhadores que estão fora do campo de aplicação da norma considerada mais favorável. Deve-se, ainda, observar que a análise da dimensão da norma mais favorável constitui uma averiguação objetiva em função dos motivos que inspiraram a norma, e não uma apreciação subjetiva, pois não importa o interesse do trabalhador tomado individualmente. Interessa a situação da coletividade trabalhadora.

Encontramos, ainda, limites à aplicação dessa regra. Há normas de ordem pública que devem ser obedecidas necessariamente. Estas normas não estabelecem padrões mínimos de proteção, mas exigem seu cumprimento mesmo diante de normas mais favoráveis. A prevalência de lei proibitiva do estado justifica-se nos casos em que o bem comum exige sacrifícios momentâneos de vantagens aparentes, para o benefício posterior de determinados setores da economia, beneficiando, em última instância também os trabalhadores. De qualquer forma, esta norma traz garantias a toda a sociedade, melhorando a organização social; sua finalidade específica não é a proteção dos trabalhadores.

A análise da dimensão da norma mais favorável exige ainda a discussão sobre a unidade de medida para a comparação entre as normas. A dificuldade se dá em razão de, muitas vezes, os instrumentos normativos (lei, convenção coletiva, acordo

coletivo, contrato individual) possuem tanto dispositivos vantajosos quanto dispositivos prejudiciais aos trabalhadores. Assim, questiona-se se a comparação deve ser feita entre os instrumentos em seu conjunto ou entre os dispositivos de cada instrumento.

Encontramos, então, duas principais teorias, a teoria do conglobamento e a teoria da acumulação. A primeira considera as normas em seu conjunto, prevalece o caráter unitário de cada sistema, excluindo-se a possibilidade de aplicar simultaneamente disposições de um regime e de outro. Sua vantagem consiste em manter a harmonia e o equilíbrio entre as disposições dos instrumentos normativos.

A segunda teoria defende a aplicação das disposições mais favoráveis de cada sistema, somando-se vantagens de diferentes normas, independentemente da origem destas. Dessa forma, proporciona mais benefícios ao trabalhador.

São encontradas outras duas teorias que são variações das duas primeiras, já descritas: a incidibilidade das cláusulas, e a incidibilidade dos institutos. A primeira determina a comparação entre as cláusulas das normas coletivas, as cláusulas do contrato individual e a lei. A segunda implica a comparação entre os institutos ou temas do direito do trabalho. Tal comparação é mais racional e lógica já que os institutos pressupõem uma unidade conceitual e orgânica, possibilitando a comparação entre condições homogêneas. Esta é a teoria defendida por Plá Rodriguez, que se justifica com as seguintes palavras:

“Parece ser esta a posição mais razoável: o conjunto que se leva em conta para estabelecer a comparação é o integrado pelas normas referentes à mesma matéria, que não se pode dissociar sem perda de sua harmonia interior. Mas não se pode levar a preocupação de harmonia além desse âmbito.”¹⁸²

2.6.3. Dimensão da condição mais benéfica

Esta dimensão se refere à existência de uma situação concreta reconhecida que se mostra mais favorável ao empregado do que aquela oferecida pela nova

¹⁸² Ver em PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 131.

norma aplicável ao caso. É aplicável em situações particulares de fato, quando voluntariamente outorgada vantagem pela empresa, ou em situações de direito, quando benefícios são outorgados pela lei.

Neste sentido, a consequência dessa regra é que a nova regulamentação deverá respeitar as situações concretas já reconhecidas em favor do empregado. As condições mais benéficas devem ser resguardadas e não alteradas pela nova regulamentação. Trata-se, portanto, de princípio que soluciona conflitos intertemporais de direito. Exige que a vantagem já tenha sido adquirida; a regra não é aplicável a hipóteses de mera expectativa de direito, quando ainda não se completou os requisitos necessários para a aquisição do benefício.

Discute-se sobre sua aplicação às vantagens concedidas por normas coletivas. As vantagens se manteriam, ainda que alterada ou denunciada a convenção ou o acordo coletivo? A resposta depende da opinião que se tenha a respeito da teoria da incorporação das normas da convenção coletiva ao contrato individual. Com a aceitação dessa teoria, as vantagens do instrumento anterior são invocadas diante do novo instrumento pelos trabalhadores individualmente (não sendo possível para os trabalhadores contratados após a entrada em vigor da nova convenção coletiva). Por outro lado, com a negação dessa teoria, não há qualquer direito adquirido a ser oposto em face da nova convenção.

Parece razoável a adoção de um critério intermediário. As normas coletivas são estabelecidas para vigorar por curto período de tempo. Dessa forma, a incorporação imediata das vantagens ao contato de trabalho não se justifica. Entretanto, a renovação das cláusulas das convenções e acordos coletivos no decorrer dos anos pode caracterizar a incorporação dos benefícios aos contratos individuais dos trabalhadores, pois as cláusulas teriam perdido seu caráter de transitoriedade. A determinação de quanto tempo é necessário para essa caracterização só pode ser realizada no caso concreto. A presente análise constitui mero parâmetro que será detalhado somente com a investigação de cada caso prático.

De modo geral, só serão consideradas condições mais benéficas aquelas concedidas de forma definitiva, sendo excluídas da aplicação da regra da condição mais benéfica as vantagens outorgadas provisoriamente (enquanto permanecer determinada situação, por exemplo). O critério é definido pela razoabilidade: determinado benefício que

perdurar apenas enquanto o evento que lhe deu origem, não será exigível. No entanto, as condições benéficas que perdurarem independentemente de sua origem constituem direito subjetivo, que poderá ser exigido do empregador. Dessa forma, a verificação de um direito subjetivo do trabalhador independe da intenção do empregador em torná-lo definitivo ou transitório, o que importa é a situação fática que se instalou.

CAPÍTULO 3 – ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA

As discussões encontradas na doutrina se refletem na jurisprudência. Da mesma forma que na doutrina, quando o tribunal argumenta aparentemente de forma contrária ao princípio da proteção, não afasta a desigualdade jurídica entre as partes na relação de emprego, mas reconhece que naquela situação a norma coletiva deve prevalecer, visando o maior benefício do empregado. O prestígio dos instrumentos coletivos e sua proteção constitucional representam uma grande conquista dos trabalhadores. De outro lado, em muitos casos, a norma coletiva é prejudicial ao trabalhador, contrariando norma de ordem pública, a qual não pode ter sua aplicação afastada pela vontade das partes.

Para a análise jurisprudencial, selecionamos decisões que tratam do princípio da proteção, proferidas pela Subseção I da Seção Especializada em Dissídio Individual do Tribunal Superior do Trabalho, no período de janeiro de 2008 a agosto de 2009. É citado o trecho das ementas o qual interessa ao trabalho, e, no anexo jurisprudencial, está disposto o inteiro teor dos acórdãos, seguindo a sequência das análises feitas no presente capítulo.

Encontramos diversas decisões sobre cada um dos temas de direito material: jornada de trabalho, complementação de aposentadoria, intervalos intrajornadas, etc. No entanto, foi analisada apenas uma decisão de cada tema, pois nos interessam os argumentos utilizados e não a repetição das decisões.

Tal análise tem o escopo de delinear as hipóteses em que o Tribunal Superior permite a flexibilização e as hipóteses em que não a permite. Nesse sentido, a intenção última é identificar a argumentação utilizada em cada hipótese, na busca de apontar os parâmetros da flexibilização segundo esse órgão, e, com isso, detalhar o conceito de igualdade nas relações de trabalho da perspectiva do Tribunal.

3.1. Utilização da teoria de Ronald Dworkin

Tal como na análise doutrinária, a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin explica bem as discussões no Tribunal sobre o princípio da proteção e a flexibilização dos direitos trabalhistas, e serve de estrutura metodológica para a compreensão dos argumentos jurisprudenciais.

A utilidade da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin para análise da flexibilização dos direitos trabalhistas é comprovada pelos acórdãos citados abaixo, os quais centralizam sua argumentação justamente na utilização dessa teoria para alcançar a solução certa para o caso.

EMENTA:

“(…) CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CARGO DE CONFIANÇA BANCÁRIO – CARACTERIZAÇÃO Não se caracteriza divergência com a Súmula nº 102, I, do TST, nem com os arestos colacionados (fls. 821/824), que partem da premissa fática de que o acórdão recorrido não contém elementos suficientes para a modificação do julgado, no tocante ao enquadramento no art. 224, § 2º, enquanto a C. Turma entendeu possível inferir do acórdão regional que houve apenas acréscimo no volume de trabalho, não se verificando o exercício de atividades de especial fidúcia. Assim, não se verifica a identidade de premissas fáticas, quanto aos elementos contidos no acórdão regional, como exigido pela Súmula nº. 296, I, do TST.(…)”¹⁸³

O caso trata de divergência jurisprudencial sobre a validade de cargo comissionado bancário com estipulação de jornada de trabalho de 8 (oito) horas. De um lado temos os seguintes argumentos: a adesão a plano de cargos comissionados deu-se por iniciativa do próprio empregado, e, apesar do aumento da carga horária, houve ascensão funcional. O reclamante, portanto, aceitou a alteração da jornada, admitindo o desenvolvimento de atividades mais complexas que aquelas anteriormente executadas, visando obter promoção funcional e maiores rendimentos, já que houve alteração da função e um

¹⁸³

Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-ED-ED-RR nº. 573/2005-016-03-00.5. SBDI-1. Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. *Diário de Justiça*, 17 out. 2008. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2009. A íntegra do acórdão é encontrada no anexo jurisprudencial, p. 185.

significativo aumento salarial, de 80%. Segundo essa posição, portanto, atribuir ao empregado a sétima e oitava hora como extras seria ferir a boa-fé existente no acordo de vontades.

Por outro lado, a Colenda Subseção I da Seção Especializada em Dissídio Individual decidiu ser inválida tal opção do empregado, pois se constatou que houve apenas o acréscimo de volume de trabalho e, não, o desempenho de atividades exigissem maior fidúcia.

Nota-se que a decisão utiliza como premissa a teoria de Ronald Dworkin do direito como integridade. Nesse sentido, não identifica conflito de princípios que devam ser ponderados para ser dada preferência a um deles. A argumentação, seguindo o método de compreensão do direito proposto por Dworkin, consiste na conjugação de princípios do direito do trabalho na busca pela resposta correta ao caso concreto. Assim, a interpretação do princípio da boa-fé deve ser conjugada com o princípio da proteção ao empregado de modo a considerar o ordenamento jurídico como conjunto de princípios coerentes. Desse entendimento resulta que não há boa-fé quando a proteção do trabalhador é violada.

Vale a pena observar a literalidade dos argumentos utilizados no acórdão:

“No caso dos autos, a alegação de boa-fé das partes não tem o condão de conferir validade à opção efetuada pelo Reclamante. **A premissa do direito como integridade impõe, com todas as suas conseqüências, a aplicação dos princípios protetivo, da irrenunciabilidade e da primazia da realidade, os quais conformam e justificam, de modo coerente, o Direito do Trabalho em nosso ordenamento jurídico.**

O princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas decorre do próprio caráter cogente e de ordem pública do Direito do Trabalho. Significa, nessa esteira, que o trabalhador – inclusive pela desigualdade econômica em que se encontra perante o empregador – não pode abrir mão dos direitos legalmente previstos. Esse princípio tem por fim protegê-lo não apenas perante o empregador, mas também com relação a si mesmo. Ou seja, o trabalhador não pode se despojar, ainda que por livre vontade, dos direitos que a lei lhe assegura.

Por sua vez, o princípio da primazia da realidade orienta no sentido de que deve ser privilegiada a prática efetiva, a par do que eventualmente tenha sido estipulado em termos formais entre

as partes. Aliás, *é justamente esse princípio – ao lado do princípio protetor – que matiza a aplicação do princípio da boa-fé às relações trabalhistas.*

Não se trata, nesse último caso, de um conflito entre princípios. Ao revés, necessário é, como propõe Ronald Dworkin, buscar a decisão correta para o caso concreto, a partir da conformação que os princípios abraçados pelo ordenamento jurídico devem adquirir.

Assim, se os princípios protetivo e da primazia da realidade matizam a aplicação do princípio da boa-fé às relações trabalhistas, não há falar em boa-fé quando exatamente esses mesmos princípios são contrariados. Em outras palavras, não há, na espécie, como reconhecer boa-fé em prática que ofende os princípios protetivo e da primazia da realidade.

A validade da opção discutida *in casu* encontra óbice imediato no art. 444 da CLT, um dos corolários do princípio da irrenunciabilidade. De fato, o preceito veda a estipulação de relações contratuais de trabalho que contrariem as disposições de proteção ao labor – ainda que aparentem ser favoráveis ao empregado. Nesse sentido, é importante recordar que a jornada do bancário está prevista no Título III da CLT, que trata exatamente ‘Das Normas Especiais de Tutela do Trabalho’.

(...)

Entender diversamente implicaria afastar, de forma casuística, os princípios da irrenunciabilidade e da primazia da realidade, em detrimento, ainda, da coerência do próprio direito do trabalho.

Vale acrescentar que *não é relevante à solução da controvérsia o valor eventualmente percebido pelo Reclamante*, na espécie, em contrapartida à opção pelo cargo em comissão com jornada de oito horas. Tal argumento acarretaria nítido prejuízo à carga deontológica do direito e à normatividade dos artigos 9º e 444 da CLT.(...)” (destaques no original e grifos nossos)

No mesmo sentido, temos outro acórdão cuja ementa segue abaixo:

EMENTA:

“EMBARGOS - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS – CARGO DE CONFIANÇA BANCÁRIO – OPÇÃO DO EMPREGADO POR JORNADA DE OITO HORAS – CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DA IRRENUNCIABILIDADE E DA PRIMAZIA DA REALIDADE – ARTIGOS 9º E 444 DA CLT 1. A discussão dos

autos cinge-se à validade da opção do Reclamante pelo cargo em comissão com jornada de oito horas, em confronto com o que dispõe o art. 224 da CLT.

2. As peculiaridades da consolidação e institucionalização do direito do trabalho, no contexto do Estado Social, refletiram na formação de seus princípios basilares, como os da proteção do trabalhador, da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas e da primazia da realidade.

3. O princípio da irrenunciabilidade decorre do próprio caráter cogente e de ordem pública do direito do trabalho. Significa, nessa esteira, que o trabalhador – inclusive pela desigualdade econômica em que se encontra perante o empregador – não pode abrir mão dos direitos legalmente previstos. Esse princípio tem por fim protegê-lo não apenas perante o empregador, mas também com relação a si mesmo. Ou seja, o trabalhador não pode se despojar, ainda que por livre vontade, dos direitos que a lei lhe assegura.

4. Por sua vez, o princípio da primazia da realidade orienta no sentido de que deve ser privilegiada a prática efetiva, a par do que eventualmente tenha sido estipulado em termos formais entre as partes. Aliás, *é justamente esse princípio – ao lado do princípio protetor – que matiza a aplicação do princípio da boa-fé às relações trabalhistas.*

5. Não se trata, nesse último caso, de conflito entre princípios. Ao revés, necessário é, como propõe Ronald Dworkin, buscar a decisão correta para o caso concreto, a partir da conformação que os princípios abraçados pelo ordenamento jurídico devem adquirir.

6. Nesse sentido, dois parâmetros são importantes. O primeiro é afirmar a carga deontológica dos direitos, como condição necessária e indispensável para ‘levá-los a sério’. O segundo é encarar o direito a partir da premissa da integridade.

7. A premissa do direito como integridade é relevante sobretudo quando se enfrenta uma questão jurídica – como a presente – em uma perspectiva principiológica, o que, a seu turno, mostra-se ainda mais importante no atual paradigma do Estado Democrático de Direito.

8. No caso dos autos, a alegação de boa-fé das partes não tem o condão de conferir validade à opção efetuada pelo Reclamante. A premissa do direito como integridade impõe, com todas as suas conseqüências, a aplicação dos princípios protetivo, da irrenunciabilidade e da primazia da realidade, os quais conformam e justificam, de modo coerente, o direito do trabalho em nosso ordenamento jurídico.

9. Assim, *se os princípios protetivo e da primazia da realidade matizam a aplicação do princípio da boa-fé às relações trabalhistas, não há falar em boa-fé quando exatamente esses*

mesmos princípios são contrariados. Em outras palavras, não há, na espécie, como reconhecer boa-fé em prática que ofende os princípios protetivo e da primazia da realidade.

10. A validade da opção discutida *in casu* encontra óbice imediato no art. 444 da CLT, um dos corolários do princípio da irrenunciabilidade. De fato, o preceito veda a estipulação de relações contratuais de trabalho que contrariem as disposições de proteção ao labor – ainda que aparentem ser favoráveis ao empregado. Nesse sentido, é importante recordar que a jornada do bancário está prevista no título III da CLT, que trata exatamente ‘Das Normas Especiais de Tutela do Trabalho’.

11. A prática narrada nos autos contraria também o art. 9º da CLT, que corresponde a um desdobramento do princípio da primazia da realidade. A conduta adotada pelas partes, na hipótese vertente, volta-se diretamente contra a aplicação dos preceitos contidos na Consolidação das Leis do Trabalho.

12. Aliás, foi exatamente o referido princípio que ensejou, no âmbito desta Corte, a edição da Súmula nº. 102, I: ‘a configuração, ou não, do exercício da função de confiança a que se refere o art. 224, § 2º, da CLT, *dependente da prova das reais atribuições do empregado*, é insuscetível de exame mediante recurso de revista ou de embargos’ (grifei).

13. Não é suficiente, assim, a declaração das partes de exercício da função de confiança; indispensável é, portanto, a correspondência da declaração de vontade à prática efetiva.

14. Entender diversamente implicaria afastar, de forma casuística, os princípios da irrenunciabilidade e da primazia da realidade, em detrimento, ainda, da coerência do próprio direito do trabalho.

15. Vale acrescentar que *não é relevante à solução da controvérsia o valor eventualmente percebido pelo Reclamante*, na espécie, em contrapartida à opção pelo cargo em comissão com jornada de oito horas. Tal argumento acarretaria nítido prejuízo à carga deontológica do direito e à normatividade dos artigos 9º e 444 da CLT.

16. Assim, na hipótese vertente, a opção feita pelo Reclamante é nula de pleno direito, por contrariar os artigos 9º e 444 da CLT e os princípios da irrenunciabilidade e da primazia da realidade.

17. Devido é, portanto, o pagamento, como extras, das sétima e oitava horas diárias, em face do reconhecimento do direito à jornada prevista no art. 224, *caput*, da CLT.(...)”¹⁸⁴

Mesmo para as decisões em que textualmente a teoria de Ronald Dworkin não é citada, o direito como integridade serve como estrutura para sua melhor compreensão. Nesse sentido, segue a análise jurisprudencial abaixo. Considerando que o escopo da pesquisa é desenhar os argumentos jurisprudenciais sobre o princípio da proteção e a flexibilização dos direitos trabalhistas, as decisões foram organizadas em grupos conforme os argumentos utilizados na fundamentação, e em seguida, por data de publicação, iniciando pelas mais recentes.

3.2. Aplicação de norma coletiva

3.2.1. Autorização constitucional para flexibilização dos direitos trabalhistas

EMENTA:

“TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. JORNADA DE OITO HORAS PREVISTA EM NORMA COLETIVA. SÚMULA Nº. 423 DO TST. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 896 DA CLT CONFIGURADA.

Esta Corte uniformizadora já se posicionou no entendimento da possibilidade de elastecimento da jornada superior a seis horas para trabalho em turnos ininterruptos de revezamento, por intermédio de regular negociação coletiva, consoante se extrai da Súmula nº. 423 do TST: ‘Estabelecida jornada superior a seis horas e limitada a oito horas por meio de regular negociação coletiva, os empregados submetidos a turnos ininterruptos de revezamento não tem direito ao pagamento da 7ª e 8ª horas como extras’. Configurada a ofensa ao artigo 896 da CLT. Embargos conhecidos e providos.”¹⁸⁵

Neste acórdão, a Subseção I da Seção Especializada em Dissídio Individual da Corte afastou a tese da turma de que a ampliação da jornada de trabalho de turnos ininterruptos de seis horas para oito horas, por negociação coletiva, representa alteração prejudicial do contrato individual do trabalho, conforme artigo 468, parágrafo único da CLT e

¹⁸⁵ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-ED-RR nº. 37.527/2002-900-09-00.4. SBDI-1. Relator Ministro Vantuil Abdala. *Diário de Justiça*, 08 mai. 2009. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2009. A íntegra do acórdão é encontrada no anexo jurisprudencial, p. 218.

7º, VI, da CF. Dessa forma, foi reformada a decisão turmária reconhecendo validade às cláusulas coletivas que estabelecem o referido elastecimento de jornada. Tal elastecimento é autorizado pela Constituição em seu artigo 7º, XIV. Ademais, a negociação coletiva foi regular, ocorrendo concessões de vantagens recíprocas pelas partes.

EMENTA:

“(…) 2 - HORAS EXTRAS – ESCALA DE 12 X 36 – PREVISÃO EM NORMA COLETIVA - VALIDADE AMPLA – ADICIONAL INDEVIDO - Em decisão recente, a SBDI-1 da Corte, por intermédio do E-RR-443/1998-013-10-00.5, concluiu pela validade ampla do regime de compensação de jornada 12X36, porque previsto em Acordo Coletivo de Trabalho, ou seja, porque decidido soberanamente pelas partes, não se havendo falar, por isso, em pagamento de horas extras ou do adicional de horas extras além da 10ª diária. Recurso de Embargos conhecido parcialmente e provido. (...)”¹⁸⁶

Verifiquemos trecho da decisão transcrito abaixo:

“A regra geral, em se tratando de duração de trabalho, é que a jornada de trabalho do empregado não pode ultrapassar oito horas diárias e 44 semanais (CF, art. 7º, inciso XIII, parte inicial). Há, contudo, exceção contida no referido preceito constitucional, que consiste na faculdade de compensação ou redução dessa jornada, desde que mediante acordo ou convenção coletiva. É o respeito ao princípio constitucional da valorização da negociação entre as partes, contido no inciso XXVI, do referido preceito constitucional.

Extrai-se, inicialmente, dessas premissas, que é válido o regime de compensação de jornada 12x36, que possibilita ao empregado, após uma jornada maior de trabalho, o descanso determinado, de trinta e seis horas, desde que previsto em acordo ou convenção coletiva.

A Subseção I da Seção Especializada em Dissídio Individual da Corte, em decisões anteriores, adotava o mesmo entendimento da Turma, pelo qual, em face do artigo 59, § 2º, da CLT, que estabelece como jornada máxima diária, a de 10 (dez) horas de trabalho, ou seja, veda a jornada diária superior a 10 horas, não poderia, ainda que por intermédio de acordo coletivo, ser prevista a compensação da jornada superior ao limite

¹⁸⁶ Brasil. Tribunal Superior Do Trabalho. Processo E-ED-AIRR nº.. 996/1998-00217-00.6. SBDI-1. Relator Ministro Carlos Alberto Reis De Paula. *Diário de Justiça*, 13 mar. 2009. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2009. A íntegra do acórdão é encontrada no anexo jurisprudencial, p. 224.

estabelecido no referido preceito legal, pelo que, no caso do regime de jornada de 12 horas de trabalho, por 36 de descanso (12X36), seria devido o pagamento do adicional de horas extras relativo às horas excedentes à décima diária.

No caso, concluía-se pela validade do regime de jornada 12X36 horas, já que se considerava como pagas as horas extras, concluindo-se pelo pagamento do adicional, em face da inobservância do disposto no artigo 59, § 2º, da CLT.”

A decisão considera válida a flexibilização da jornada de trabalho, estabelecendo o regime 12x36. Nesse sentido, reforma a decisão do Tribunal Regional que concedeu adicional de 50% para as horas de trabalho além 10ª com base no art. 59, § 2º, da CLT, que permite apenas duas horas extras por dia, e art. 7º, XXII, Constituição Federal. A Corte revisora argumentou que a restrição da jornada é medida de medicina e segurança do trabalho, que visa à prevenção da fadiga física e mental do trabalhador.

A Subseção I da Seção Especializada em Dissídio Individual do Tribunal Superior fundamentou-se no art 7º, XII, da CF, que prevê exceção à jornada de trabalho de 8 horas diárias e 44 semanais, a qual consiste na faculdade de compensação ou redução dessa jornada mediante convenção ou acordo coletivo. Dessa forma, valorizou a negociação das partes, considerando válida a jornada de 12 horas, pois é seguida de um período maior de descanso, de 36 horas. Podemos interpretar que, nesse caso, a possibilidade de flexibilização está expressa na Constituição, porquanto válida e eficaz a norma coletiva.

EMENTA:

“(...) HORAS *IN ITINERE* – ACORDO COLETIVO

É válida negociação coletiva a respeito da limitação do cômputo das horas *in itinere* na jornada de trabalho, nos termos do artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição da República. Precedentes.”¹⁸⁷

A decisão apontada atribui validade à negociação coletiva que limita o cômputo das horas *in itinere*, prestigiando assim as convenções e acordos coletivos com base no art 7º, XXVI, da CF. Dentre as ementas citadas nessa decisão, podemos extrair a argumentação de que a Constituição traz a possibilidade de alteração das condições

¹⁸⁷ Brasil. Tribunal Superior Do Trabalho. Processo E-ED-ED-RR N°. 340/1996-671-09-00.9. Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. *Diário de Justiça*, 30 abr. 2009. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2009. A íntegra do acórdão é encontrada no anexo jurisprudencial, p. 235.

contratuais, por meio da via coletiva, que atinjam o *quantum* remuneratório percebido pelo trabalhador, como no caso presente.

EMENTA:

“RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI Nº. 11.496/2007. PLANO REAL. RECOMPOSIÇÃO DE PERDAS SALARIAIS. NORMA COLETIVA. DIREITO CONDICIONADO À DISPONIBILIDADE FINANCEIRA. FLEXIBILIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. A flexibilização dos direitos trabalhistas não é ilimitada, de sorte que as normas convencionais não podem sobrepor-se às oriundas de fontes genuinamente formais, salvo se para beneficiar o obreiro ou quando expressamente autorizadas a interferir no direito mínimo positivado. Assim ocorre com a irredutibilidade salarial e a jornada de trabalho, contempladas no art. 7.º, VI, XIII e XIV, da Constituição Federal. No caso concreto o que se discute, em última análise, é a recomposição de perdas salariais, decorrente da existência de resíduos oriundos da conversão da unidade monetária (Plano Real). Partindo da premissa de que a Constituição Federal albergou a flexibilização do direito à irredutibilidade salarial, mediante negociação coletiva, não há como se deixar de conferir validade à norma coletiva que, não obstante tenha reconhecido o pagamento dos resíduos salariais, condicionou a implementação de tal direito à disponibilidade financeira. Embargos não conhecidos.”¹⁸⁸

O parágrafo abaixo retirado do acórdão resume bem o caso e os argumentos utilizados pela Corte:

“No caso concreto o que se discute, em última análise, é a recomposição de perdas salariais, decorrente da existência de resíduos oriundos da conversão da unidade monetária (Plano Real). Partindo da premissa de que a Constituição Federal albergou a flexibilização do direito à irredutibilidade salarial, mediante negociação coletiva não há como se deixar de conferir validade à norma coletiva, que, não obstante tenha reconhecido o pagamento dos resíduos salariais, condicionou a implementação de tal direito à disponibilidade financeira.”

¹⁸⁸ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-ED-RR nº. 704739/2000.3. SBDI-1. Relatora Ministra Maria de Assis Calsing. *Diário de Justiça*, 24 out. 2008. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2009. A íntegra do acórdão é encontrada no anexo jurisprudencial, p. 245.

As quatro decisões acima permitem a flexibilização dos direitos trabalhistas por negociação coletiva, fundamentando-se na permissão constitucional para aumentar a jornada de trabalho de turnos ininterruptos de revezamento, art. 7º, XIV, CF, e para reduzir o salário, art. 7º, VI, CF.

Verificamos que a Corte destacou o fato de que a negociação coletiva foi regular e houve concessão de vantagens recíprocas entre as partes. Dessa forma, concluímos que a autorização constitucional para flexibilização dos direitos trabalhistas não é ilimitada, mas está condicionada à concessão de vantagens compensatórias ao empregado e, por óbvio, à inexistência de vício de manifestação da vontade dos trabalhadores. Significa que não houve piora nas condições de trabalho, mas apenas alteração dessas condições.

Nessa esteira, permanece incólume o reconhecimento da desigualdade fática entre empregados e empregadores, e, portanto, a necessidade de proteção estatal do empregado. Mesmo coletivamente os empregados não podem simplesmente renunciar a seus direitos. Por via coletiva, nas hipóteses previstas na Constituição, é permitida apenas a troca de direitos consagrados na lei por outras vantagens. Nosso ordenamento jurídico impede, assim, o retrocesso das garantias sociais.

3.2.2. Direitos disponíveis

EMENTA:

“RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTOS DEPOIS DA EDIÇÃO DA LEI Nº. 11.496/07 – BRASIL TELECOM – CABISTA - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - PERCENTUAL INFERIOR AO LEGAL - PREVISÃO EM ACORDO COLETIVO - VALIDADE. Consoante preconiza a Súmula nº. 364, item II, do TST, a fixação do adicional de periculosidade em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco deve ser respeitada, desde que pactuada em acordos ou convenções coletivas de trabalho.(...)”
189

¹⁸⁹ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-RR nº. 14328/2002-004-09-00.0. SBDI-1. Relator Ministro Vieira de Mello Filho. *Diário de Justiça*, 28 ago. 2009. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 16 set. 2009. A íntegra do acórdão é encontrada no anexo jurisprudencial, p. 254.

A Colenda Subseção I da Seção Especializada em Dissídio Individual reconheceu a validade de norma coletiva que determinava adicional de periculosidade inferior ao legal. Argumenta que as normas encerradas nas convenções ou acordos coletivos de trabalho são fruto de negociações resultantes de concessões mútuas, sempre na busca de melhores condições de trabalho, cujo representante legitimado do empregado é o seu sindicato de classe. Acrescenta que a hipótese não trata de direito indisponível. Assim, nos termos da Súmula nº. 364, item II, do TST, a redução do percentual de periculosidade é válida, desde que realizada por meio de negociação coletiva para reduzir o percentual, e que o contato do empregado como o agente perigoso seja intermitente, ainda que habitual.

EMENTA:

“PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS – NATUREZA E PAGAMENTO PARCELADO – PREVISÃO EM ACORDO COLETIVO. A decisão recorrida não reconheceu como válida a norma coletiva (acordo coletivo) que, expressamente, retratando a vontade de sindicato profissional e empresa, dispôs que o pagamento da participação nos lucros, relativa ao ano de 1999, seria feito de forma parcelada e mensalmente. O fundamento é de que o art. 3º, § 2º, da Lei nº. 10.101/2000 dispõe que o pagamento de antecipação ou distribuição a título de participação nos lucros ou resultados não pode ocorrer em período inferior a um semestre ou mais de duas vezes no ano cível. O que se discute, portanto, é a eficácia e o alcance da norma coletiva. O livremente pactuado não suprime a parcela, uma vez que apenas estabelece a periodicidade de seu pagamento, em caráter excepcional, procedimento que, ao contrário do decidido, desautoriza, data venia, o entendimento de que a parcela passaria a ter natureza salarial. A norma coletiva foi elevada ao patamar constitucional e seu conteúdo retrata, fielmente, o interesse das partes, em especial dos empregados, que são representados pelo sindicato profissional. Ressalte-se que não se apontou, em momento algum, nenhum vício de consentimento, motivo pelo qual o acordo coletivo deve ser prestigiado, sob pena de desestímulo à aplicação dos instrumentos coletivos, como forma de prevenção e solução de conflitos. Recurso de embargos conhecido e provido.”¹⁹⁰

¹⁹⁰ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-ED-RR nº. 1236/2004-102-15-00.4. SBDI-1. Relator Ministro Milton de Moura França. *Diário de Justiça*, 24 abr. 2009. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2009. A íntegra do acórdão é encontrada no anexo jurisprudencial, p. 261.

No caso em comento, a Subseção I da Seção Especializada em Dissídio Individual considerou válida a norma coletiva que determinou o pagamento antecipado e parcelado dos valores referentes à participação nos lucros e resultados, ainda que a lei proíba esta forma de pagamento. Nesse sentido, negou a natureza salarial da parcela declarada pela 8ª Turma em razão da forma de pagamento. Primeiramente, a forma de pagamento não define a natureza jurídica da parcela. Ademais, a negociação coletiva merece prestígio com base nos princípios constitucionais de liberdade coletiva, da negociação coletiva. A autonomia privada coletiva tem limites nas normas de ordem pública, de segurança, higiene e saúde do empregado, o que não é o caso. Além disso, trata-se de situação temporária, justificada por período de crise econômica, marcada por concessões mútuas. A antecipação visou compensar a redução salarial que teve como contrapartida 5 anos de estabilidade no emprego.

EMENTA:

“(...) 2) HORAS EXTRAS. ACORDO DE COMPENSAÇÃO. ACORDO COLETIVO. CRITÉRIO DE COMPENSAÇÃO NO MÊS. A Lei nº. 9.601/98, que deu nova redação ao art. 59, § 2.º, da CLT, estabeleceu o padrão anual de compensação, implantando, com isso, o banco de horas, desde que por meio de negociação coletiva. Afigura-se legítimo, portanto, o regime de compensação de horas, levado a efeito por meio de acordo coletivo, no qual tenha sido adotado módulo mensal como critério de sua efetivação. A decisão que nega validade a acordo coletivo, cujas cláusulas foram pactuadas em harmonia com o ordenamento jurídico, viola, portanto, o artigo 7.º, XXVI, da Constituição Federal, acenado nas razões do Recurso de Revista. Configurada a hipótese de violação do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Embargos conhecidos e providos.(...)”¹⁹¹

A Colenda Subseção I da Seção Especializada em Dissídio Individual reconheceu a validade da norma coletiva que estabeleceu compensação de horas com critério mensal, reformando a decisão do C. turma. O órgão *a quo* atribuiu caráter imperativo, de norma de ordem pública, às regulamentações referentes à duração do trabalho e, portanto, seriam inderrogáveis pela vontade das partes.

¹⁹¹ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-RR nº. 751673/2001.9. SBDI-1. Relatora Ministra Maria de Assis Calsing. *Diário de Justiça*, 19 dez. 2008. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 17 jun. 2009. A íntegra do acórdão é encontrada no anexo jurisprudencial, p. 273.

Verifica a Subseção I da Seção Especializada em Dissídio Individual que o art. 59, § 2.º, da CLT, com nova redação dada pela lei nº. 9.601/98, estabelece o padrão anual de compensação, permitindo, com isso, o banco de horas, desde que por meio de negociação coletiva. Explica que tal dispositivo serviu de base, por exemplo, ao reconhecimento da validade do acordo de compensação de jornada denominada “Semana Espanhola”, que alterna a prestação de 48 horas em uma semana e 40 horas em outra, conforme o texto da Orientação Jurisprudencial nº. 323 da SBDI-1. Conclui, nessa esteira, ser legítimo o regime de compensação de horas, estabelecido mediante acordo coletivo, em que foi adotado o módulo mensal.

EMENTA:

“RECURSO DE EMBARGOS. RECURSO DE REVISTA CONHECIDO. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. PREVISÃO EM ACORDO COLETIVO DE PAGAMENTO, INDEPENDENTE DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO DE JORNADA. FLEXIBILIZAÇÃO. A C. Turma reconheceu como válida a previsão em acordo coletivo de pagamento de valor fixo, a título de horas extraordinárias, com o fim de transacionar eventual trabalho em sobrejornada de empregados inseridos na regra do art. 62, I, da CLT, afastando o direito às horas extraordinárias reconhecido pela eg. Corte *a quo*, em face de o empregado, motorista, ter rota prefixada que possibilita o controle de jornada. Tal entendimento, em consonância com o artigo 7º, inciso XXVI, valoriza a negociação nas relações de trabalho, reconhecendo as convenções e acordos coletivos de trabalho, estando em consonância com a norma constitucional. Logo, ileso o art. 7º, XXVI, da CF. Embargos não conhecidos.”¹⁹²

O caso tratado refere-se às horas extraordinárias trabalhadas por empregado externo que tinha rota pré-determinada, que permitia, portanto, o controle de jornada. A Corte reconheceu a validade de cláusulas de norma coletiva que estabelecia o pagamento de valor adicional fixo, sem qualquer fiscalização das horas efetivamente trabalhadas, em troca de eventual pagamento de horas extras. Fundamenta-se na valorização da negociação coletiva e na proteção constitucional dos instrumentos coletivos. Ademais,

¹⁹² Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-ED-RR nº. 575.355/1999.0. SBDI-1. Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. *Diário de Justiça*, 07 mar. 2008. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 17 jun. 2009. A íntegra do acórdão é encontrada no anexo jurisprudencial, p. 284.

argumenta que, no caso do trabalhador externo, não se trata de direito irrenunciável, já que o próprio art. 62, I, da CLT aponta sua supressão para esse trabalhador.

3.2.3. Vantagens não previstas em lei

EMENTA:

“CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO. ‘Havendo previsão em cláusula de norma coletiva de trabalho de pagamento mensal de auxílio cesta-alimentação somente a empregados em atividade, dando-lhe caráter indenizatório, é indevida a extensão desse benefício aos aposentados e pensionistas. Exegese do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal’ (Orientação Jurisprudencial Transitória nº. 61 da SBDI-1).

Recurso de Embargos de que se conhece e a que se nega provimento.”¹⁹³

A Colenda Subseção I da Seção Especializada em Dissídio Individual negou o pedido do reclamante de extensão aos inativos do pagamento mensal de auxílio cesta-alimentação atribuído, por meio de negociação coletiva, apenas aos empregados da ativa. A Corte esclarece que a observância dos mesmos critérios para pagamento do pessoal em atividade decorre de norma interna da reclamada, não estando esse direito previsto em norma legal. Portanto, não corresponde a norma imperativa e cogente, podendo, assim, ser derogado pela vontade das partes, ao contrário das normas relativas a segurança e higiene do trabalho, por exemplo.

Conclui, então, a Corte:

“Dessa forma, não consta do rol dos direitos trabalhistas irrenunciáveis e indisponíveis o direito dos aposentados ao auxílio-alimentação nos mesmos moldes em que foi concedido aos empregados em atividade.”

Ademais, acrescenta o seguinte esclarecimento:

¹⁹³ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-RR nº. 9.208/2005-037-12-00.8. SBDI-1. Relator Ministro João Batista Brito Pereira. *Diário de Justiça*, 22 mai. 2009. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 24 jun. 2009. A íntegra do acórdão é encontrada no anexo jurisprudencial, p. 289.

“A flexibilização no Direito do Trabalho, fundada na autonomia coletiva privada, permite a obtenção de benefícios para os empregados, com concessões mútuas. Portanto, se as partes decidiram estabelecer o pagamento do auxílio cesta-alimentação apenas para os empregados da ativa, não é possível estender esse benefício aos aposentados e aos pensionistas, sob pena de incorrer em violação ao art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República.”

EMENTA:

“EMBARGOS. CEF. AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO. NORMA COLETIVA. NÃO EXTENSÃO AOS APOSENTADOS E PENSIONISTAS. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL TRANSITÓRIA Nº. 61 DA SBDI-1 DO TST. NOVA REDAÇÃO DO ART. 894 DA CLT, CONFERIDA PELA LEI Nº. 11.496/2007. Nos termos da atual redação do art. 894 da CLT, conferida pela Lei nº. 11.496/2007, o recurso de embargos só se viabiliza por conflito pretoriano entre Turmas desta Corte, ou entre Turmas e a SBDI. Assim, tendo sido interposto este apelo já na vigência da referida Lei nº. 11.496/2007, imprópria a invocação de ofensa a dispositivo de lei ou à Constituição a justificar o conhecimento dos embargos. Ademais, o paradigma apresentado está superado pela jurisprudência sedimentada do TST, consoante disposto na Orientação Jurisprudencial Transitória nº. 61 da SBDI-1: ‘Havendo previsão em cláusula de norma coletiva de trabalho de pagamento mensal de auxílio cesta-alimentação somente a empregados em atividade, dando-lhe caráter indenizatório, é indevida a extensão desse benefício aos aposentados e pensionistas. Exegese do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal’. Embargos não conhecidos.”¹⁹⁴

Na decisão em voga, reconheceu-se a validade da norma coletiva que concedeu, somente aos empregados da ativa, pagamento de cesta-básica com natureza indenizatória. Fundamentou-se na autonomia coletiva privada, que permite a obtenção de benefícios para os empregados com concessões mútuas. Assim, citando a Orientação jurisprudencial nº. 61 da SBDI-1 do TST. A Corte afastou o argumento de violação do princípio da isonomia entre trabalhadores da ativa e aposentados.

¹⁹⁴ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-ED-RR nº. 5.165/2005-004-22-00-6. SBDI-1. Relator Ministro Vantuil Abdala. *Diário de Justiça*, 06 fev. 2009. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2009. A íntegra do acórdão é encontrada no anexo jurisprudencial, p. 295.

EMENTA:

“ABONO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. PREVISÃO EM ACORDO COLETIVO. CONCESSÃO APENAS AOS EMPREGADOS EM ATIVIDADE. EXTENSÃO AOS INATIVOS. IMPOSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 346 DA SBDI -1. A flexibilização no Direito do Trabalho, fundada na autonomia coletiva privada, permite a obtenção de benefícios para os empregados com concessões mútuas. Portanto, se as partes decidiram, mediante acordo coletivo, estabelecer o pagamento do abono salarial de forma indenizatória apenas para os empregados da ativa, não é possível estender esse benefício aos aposentados e aos pensionistas nem dar natureza diversa da fixada, sob pena de se incorrer em violação ao art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República. Inteligência da Orientação Jurisprudencial 346 da SBDI-1. Recurso de Embargos de que não se conhece.”¹⁹⁵

Na decisão em voga, reconheceu-se a validade da norma coletiva que criou abono salarial com natureza indenizatória apenas para os empregados da ativa nos termos da OJ nº. 346 da SBDI-1 do TST:

“A decisão que estende aos inativos a concessão de abono de natureza jurídica indenizatória, previsto em norma coletiva apenas para os empregados em atividade, a ser pago de uma única vez, e confere natureza salarial à parcela, afronta o art. 7º, XXVI, da CF/88.”

A Corte uniformizadora fundamentou-se na autonomia coletiva privada, que permite a obtenção de benefícios para os empregados com concessões mútuas.

3.2.4. Ultratividade das normas coletivas

EMENTA:

“EMBARGOS. ENERSUL. ACORDO COLETIVO. INDENIZAÇÃO POR TEMPO DE SERVIÇO. CLÁUSULA NORMATIVA PREVENDO A INCORPORAÇÃO DA

¹⁹⁵ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-ED-RR nº. 2132/2002-014-08-00.5. SBDI-1. Relator Ministro João Batista Brito Pereira. *Diário de Justiça*, 30 abr. 2009. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2009. A íntegra do acórdão é encontrada no anexo jurisprudencial, p. 299.

VANTAGEM. REPERCUSSÃO NOS CONTRATOS DE TRABALHO VIGENTES À ÉPOCA. SÚMULA Nº. 277 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. INAPLICABILIDADE. 1. Tem decidido esta Corte uniformizadora que, conquanto a Súmula nº. 277 faça referência específica às sentenças normativas, sua incidência deve alcançar também as condições de trabalho instituídas mediante acordo ou convenção coletivos de trabalho. 2. No caso concreto, a cláusula normativa por meio da qual se instituiu a indenização por tempo de serviço determinava a incorporação da vantagem aos contratos de trabalho que se encontravam em curso na vigência do acordo coletivo. 3. Impõe-se, em circunstâncias que tais, a observância do pactuado coletivamente, em razão do disposto no artigo 7º, XXVI, da Constituição da República, não havendo falar na incidência do artigo 613, IV, da Consolidação das Leis do Trabalho, bem assim do entendimento consagrado no indigitado verbete sumular. Precedentes da SBDI-I do TST. 4. Recurso de embargos conhecido e não provido.”¹⁹⁶

A discussão versa sobre o pagamento de indenização por tempo de serviço estabelecido em acordo coletivo, após a vigência do mesmo. Ressaltando que o próprio instrumento normativo determina a incorporação da vantagem aos contratos de trabalho em curso à época. A Corte Regional julgou improcedente o pedido do reclamante, sob os seguintes argumentos:

“Existem razões específicas para que se não permita a vigência de cláusulas por períodos muito longos, quais sejam: a constante modificação da sociedade e, principalmente, no âmbito do mercado de trabalho, onde alterações estruturais, globalizantes ou até mesmo financeiras (recessão ou explosão de consumo, hiperinflação, etc...), impossibilitam que acordos ou convenções coletivas tenham uma vigência perene, sob pena, inclusive, de inviabilizar os próprios contratos de trabalho, trazendo prejuízos ao trabalhador que o instrumento coletivo visou beneficiar.”

Entretanto, a Turma do Tribunal Superior reformou a decisão, condenando a reclamada a pagar a indenização por tempo de serviço. Tal julgamento foi mantido pela Colenda Subseção I da Seção Especializada em Dissídio Individual, que

¹⁹⁶ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-ED-RR nº. 772999/2001.7. SBDI-1. Relator Ministro Lélío Bentes Corrêa. *Diário de Justiça*, 23 mar. 2008. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2009. A íntegra do acórdão é encontrada no anexo jurisprudencial, p. 305.

reconhece a ultratividade da norma, conforme expresso no próprio instrumento normativo. Portanto, não é aplicável ao caso presente a Súmula 277 do TST, nem o artigo 613, IV, CLT.

A Corte uniformizadora explica que:

“(...) o inciso XXVI do art. 7º da Constituição da República consagra, como princípio basilar das relações de trabalho, o ‘reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho’. Assim, constatado que o acordo coletivo instituidor da indenização por tempo de serviço expressamente prevê a sua incorporação definitiva aos contratos de trabalho em vigor durante o período de validade da norma, ofende o preceito constitucional transcrito a decisão que, intervindo no livre exercício da vontade das partes acordantes, modifica os efeitos do pactuado ao não conceder a indenização pretendida.” (destaques no original)

EMENTA:

“(...) NORMA COLETIVA – VIGÊNCIA – GARANTIA DE EMPREGO – NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELOS RECLAMANTES – SÚMULA Nº. 277 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – Correto o posicionamento adotado pela Turma, no sentido de não conhecer do recurso de revista interposto à decisão proferida pelo Tribunal Regional em consonância com o entendimento consagrado na Súmula nº. 227 desta Corte uniformizadora, segundo a qual “as condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos”. Embargos de que não se conhece.”¹⁹⁷

Os embargantes pretendem a sua reintegração no emprego, sob a alegação de que o direito a estabilidade assegurado aos empregados da Fepasa em cláusula coletiva de trabalho, mantida por doze anos, integra-se definitivamente ao patrimônio do obreiro, por força da garantia constitucional do direito adquirido. Segundo a Colenda Corte, tal pretensão, no entanto, contraria a jurisprudência pacífica uniformizadora, cristalizada na Súmula nº. 277 do TST, no sentido de que as vantagens avençadas sustentam-se durante a

¹⁹⁷ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-RR nº. 2547-2002-902-02-00.5. SBDI-1. Relator Ministro Lélío Bentes Corrêa. *Diário de Justiça*, 12 dez. 2008. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 17 jun. 2009. A íntegra do acórdão é encontrada no anexo jurisprudencial, p. 314.

vigência do instrumento coletivo, não se incorporando, em definitivo, ao contrato de trabalho do empregado.

O contrato coletivo de trabalho assinado em 1995, negociado com a participação do sindicato da categoria, teve a inequívoca intenção de exterminar com a garantia de emprego lançada no pacto de mesma natureza concretizado em 1983, substituindo-a por indenização. Assim, não se verifica a ultratividade da citada norma, nem qualquer violação ao princípio constitucional do direito adquirido ou ao dispositivo do artigo 468, da CLT.

Se adotado o entendimento contrário, a cláusula do novo instrumento normativo só poderia atingir aqueles trabalhadores contratados a partir de sua entrada em vigor, o que inutilizaria os princípios da flexibilidade, que tem por finalidade a adaptação das normas às necessidades da produção e combate ao desemprego.

Segundo o Tribunal Superior, as vantagens não se integram definitivamente ao patrimônio do empregado, quando concedidas por norma provisória (a termo) e de alteração promovida pela fonte de direito que a instituiu. Embora se reconheça a possibilidade de as partes avençarem vantagens com caráter permanente, no caso em tela a garantia de emprego, ainda que pactuada reiteradamente por doze anos, o fora pelo período estrito de vigência da norma coletiva, sendo, então, substituído por indenização.

3.2.5. Comparação entre convenção e acordo coletivo

EMENTA:

“RECURSO DE EMBARGOS. DECISÃO EMBARGADA PUBLICADA NA VIGÊNCIA DA LEI Nº. 11.496/2007. ACÓRDÃO TURMÁRIO COMPLEMENTAR PUBLICADO EM 19/12/2008.

BANESPA. ACORDO COLETIVO E CONVENÇÃO COLETIVA. PREVALÊNCIA. TEORIA DO CONGLOBAMENTO.

1. Os Reclamantes pleitearam as diferenças decorrentes do reajuste salarial previsto na Convenção Coletiva firmada entre a FENABAN e os sindicatos dos bancários, com lastro no

Regulamento de Pessoal do Banco, que garante aos jubilados o mesmo reajustamento salarial concedido aos empregados da ativa.

2. Esta Corte tem adotado o entendimento de que, na hipótese, o Acordo Coletivo que estabeleceu a manutenção do emprego é norma mais favorável à categoria profissional e deve prevalecer integralmente, em detrimento da Convenção Coletiva, em homenagem à teoria do conglobamento, segundo a qual as convenções e acordos coletivos são considerados e interpretados em seu conjunto de normas, e não de forma pontual, de modo que a adoção de um exclui a aplicação do outro, afastando-se a possibilidade de simbiose entre dois ou mais instrumentos normativos.

3. Havendo acordo homologado em dissídio coletivo, não se vislumbra a aplicação de reajuste previsto em convenção coletiva aos empregados aposentados do BANESPA, restando afastado o fundamento de que se trata de norma mais benéfica.

4. Assim, a pretensão ao reajuste da complementação de aposentadoria com índice previsto na Convenção Coletiva de Trabalho e não contemplado no Acordo Coletivo aplicável aos empregados do reclamado contraria o aventado princípio do conglobamento. No caso concreto, os reclamantes não optaram pela Convenção Coletiva de Trabalho; apenas pretendem pinçar do seu texto cláusula específica.

5. Se a convenção coletiva não é aplicável aos empregados em atividade, por força do acordo coletivo homologado judicialmente, também não será aplicável aos aposentados, que têm os reajustes salariais atrelados àqueles em atividade, por expressa disposição regulamentar.

6. Precedentes da SBDI-1: E-ED-RR-1236/2002-074-15-40.2, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT de 17/04/2009; E-ED-RR-1019/2002-092-15-00.0, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DEJT de 13/03/2009; E-RR-1525/2005-004-21-00.6, Rel. Min. Vantuil Abdala, DEJT de 13/03/2009; E-RR-709/2002-002-21-40.8, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ de 26/10/2007.

7. Recurso de embargos parcialmente conhecido e desprovido.”¹⁹⁸

Nessa decisão, a Subseção I da Seção Especializada em Dissídio Individual discute sobre a aplicação da norma mais favorável para o caso em comento,

¹⁹⁸ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-ED-RR n°. 1013/2002-032-15-00.9. SBDI-1. Relator Ministro Caputo Bastos. *Diário de Justiça*, 25 mai. 2009. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 24 jun. 2009. A íntegra do acórdão é encontrada no anexo jurisprudencial, p. 328.

comparando o acordo coletivo com a convenção coletiva. Conclui que não é possível escolher uma única norma do instrumento para incidir sobre os contratos de trabalho. Necessária a observância da teoria do conglobamento, que consiste na consideração da norma coletiva em seu conjunto, em respeito ao princípio da unicidade da norma coletiva. De outra forma, haveria quebra do equilíbrio negocial, pois o instrumento é elaborado a partir de concessões mútuas, com compensações entre as vantagens e as desvantagens de cada parte. Ademais, não é possível se olvidar a aplicação de normas diferentes para os empregados ativos e os inativos, ainda mais quando o regulamento de empresa vincula o reajuste salarial da complementação de aposentadoria ao reajuste salarial dos empregados da ativa.

3.2.6. Limites à flexibilização

3.2.6.1. Normas de ordem pública

EMENTA:

“RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO ANTES DA LEI Nº. 11.496/2007, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 894 DA CLT. I – EMBARGOS DO RECLAMADO – 1 - HORAS EXTRAS – INTERVALO INTRAJORNADA – NÃO-CONCESSÃO – JORNADA DE 12 x 36 HORAS – AJUSTE EM NORMA COLETIVA - A jurisprudência da Corte tem como inválida cláusula de instrumento coletivo que macula norma de ordem pública, razão pela qual o ajuste da jornada de 12 x 36 horas por negociação coletiva não retira do empregado o direito ao gozo do intervalo intrajornada, assegurado no artigo 71, § 4º, da CLT. Não conheço. (...)”¹⁹⁹

A decisão cujo trecho da ementa foi transcrito acima foi analisada no item anterior quanto à jornada de trabalho. No trecho que merece ser aqui estudado, a Subseção I da Seção Especializada em Dissídio Individual negou a possibilidade

¹⁹⁹ Brasil. Tribunal Superior Do Trabalho. Processo E-ED-AIRR nº.. 996/1998-00217-00.6. SBDI-1. Relator Ministro Carlos Alberto Reis De Paula. *Diário de Justiça*, 13 mar. 2009. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2009. A íntegra do acórdão é encontrada no anexo jurisprudencial, p. 224.

de flexibilizar o intervalo intrajornada, considerando o artigo 71, § 3º, da CLT, norma de ordem pública que visa proteger a saúde do trabalhador. Portanto, o citado dispositivo não pode ter sua aplicação preterida por norma autônoma, ainda que de caráter coletiva.

EMENTA:

“PRESCRIÇÃO. PREVISÃO EM ACORDO COLETIVO DE PRAZO INFERIOR AO DA CONSTITUIÇÃO. INVIABILIDADE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 896 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO NÃO CONFIGURADA. 1. Correto o entendimento adotado pela Colenda Turma no sentido de não conhecer do recurso de revista, confirmando, assim, a decisão proferida pelo Tribunal Regional, mediante a qual se reputou inválida cláusula de acordo coletivo por meio da qual estipulado prazo prescricional inferior ao fixado nos artigos 7º, XXVI, a, da Constituição da República e 611, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho. 2. É certo que a Carta Magna de 1988 alçou à dignidade constitucional o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho como fontes formais do Direito do Trabalho (artigo 7º, XXVI). Daí não resulta, todavia, a consagração de poder flexibilizador ilimitado, impondo-se a observância das normas de conteúdo mínimo e caráter cogente, assecuratórias dos direitos fundamentais dos trabalhadores. 3. Não se admite, portanto, que acordos e convenções coletivos de trabalho venham a estabelecer prazos mais exíguos para a postulação, em juízo, de tutela judicial para direitos violados, do que aqueles previstos na própria Constituição da República, sob pena de afronta a norma de ordem pública. 4. Não há cogitar, portanto, na hipótese, em violação literal do disposto no artigo 7º, XXVI, da Constituição da República. 5. Incólume o artigo 896 da CLT. Recurso de embargos não conhecido.”²⁰⁰

A Colenda Subseção I da Seção Especializada em Dissídio Individual considerou inválida cláusula de norma coletiva que reduziu o prazo prescricional dos direitos dos empregados, sob o fundamento de que as normas coletivas não podem se sobrepor à lei, em se tratando de garantias fundamentais, ou normas de ordem pública. O prazo prescricional sequer pode ser alterado ou renunciado antes de sua consumação em relações jurídicas paritárias, dado seu caráter de norma cogente. Entendimento contrário não

²⁰⁰ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-RR nº. 696630/2000.5. SBDI-1. Relator Ministro Lélío Bentes Corrêa. *Diário de Justiça*, 12 dez. 2008. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2009. A íntegra do acórdão é encontrada no anexo jurisprudencial, p. 342.

caberia em uma relação desigual como a empregatícia, na qual a função do direito é restaurar o equilíbrio das partes atribuindo vantagens ao credor. Nesse sentido, a Corte conclui que:

“Não se admite, assim, que acordos e convenções coletivos de trabalho venham a estabelecer prazos mais exíguos para a postulação, em juízo, de tutela judicial para direitos violados, do que aqueles previstos na própria Constituição da República, sob pena de afronta a norma de ordem pública”.

EMENTA:

“EMBARGOS. HORA NOTURNA DE SESSENTA MINUTOS. CLÁUSULA COLETIVA. A norma insculpida no artigo 73, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho reveste-se de ordem pública, de notório caráter tutelar, visando ao resguardo da saúde do trabalhador, ante as condições adversas resultantes do trabalho noturno. Mesmo em se tratando de trabalho com jornada diferenciada, persistem as condições adversas, o que torna inafastável a observância da jornada reduzida. Não há, assim, como caracterizar, no caso concreto, a alegada ofensa ao artigo 7º, XXVI, da Constituição da República, por se tratar, na hipótese, de aplicação de norma especial, de caráter público e, portanto, cogente. Por fim, a Orientação Jurisprudencial nº. 127 da SBDI-I do TST já assentou que, mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988, a redução da hora noturna subsiste. Embargos conhecidos e providos.”²⁰¹

No caso presente, a Subseção I da Seção Especializada em Dissídio Individual declarou a invalidade da norma coletiva que afastou a contagem reduzida da hora noturna na jornada do empregado. A argumentação baseou-se no limite da flexibilização das condições de trabalho, as quais sejam, as normas de ordem pública que visam à preservação da saúde do trabalhador.

²⁰¹ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-RR nº. 9339/2001-008-09-00.2. SBDI-1. Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa. *Diário de Justiça*, 17 nov. 2008. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2009. A íntegra do acórdão é encontrada no anexo jurisprudencial, p. 349.

3.2.6.2. Direito mínimos

Nas decisões que se seguem, as normas coletivas sob julgamento foram consideradas inválidas diante da regra legal. A Corte uniformizadora aplicou o princípio da proteção em sua dimensão de norma mais favorável. Os direitos referidos (não discriminação, hora noturna reduzida, limitação da jornada de trabalho e pagamento do sobretrabalho acrescido de adicional) fazem parte do conjunto de direitos absolutamente indisponíveis, os quais representam patamar civilizatório mínimo, cuja redução acarretaria afronta à dignidade da pessoa humana e à valorização mínima do trabalho. Mauricio Godinho Delgado identifica três grupos de limites à flexibilização, sendo que no grupo das “normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora” incluem-se as normas referentes a medidas de saúde e segurança no trabalho. Nesse sentido, vale a pena conferir as lições do autor:

“No caso brasileiro, esse patamar civilizatório mínimo está dado, essencialmente, por três grupos convergentes de normas trabalhistas heterônomas: *as normas constitucionais em geral* (respeitadas, é claro, as ressalvas parciais expressamente feitas pela própria Constituição: art. 7º, VI, XII e XIV, por exemplo); *as normas de tratados e convenções internacionais vigorantes no plano interno brasileiro* (referidas pelo art. 5º, § 2º, CF/88, já expressamente um patamar civilizatório no próprio mundo ocidental em que se integra o Brasil); *as normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora* (preceitos relativos à saúde e segurança no trabalho, normas concernentes a bases salariais mínimas, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios, etc.)”²⁰²

3.2.6.2.1. Direito a não discriminação

EMENTA:

“EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº. 11.496/2007.

²⁰² DELGADO, Mauricio Godinho, *Curso de Direito do Trabalho*, 8ª ed., São Paulo: LTr, 2009, p. 1285.

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. PETROBRAS. PLANO DE CARREIRA. INEXISTÊNCIA DE CRITÉRIOS DE ANTIGUIDADE E MERECIMENTO. A ausência de critérios de antiguidade e merecimento constitui irregularidade insanável, uma vez que a lei condiciona a validade do quadro de carreira, como obstáculo à equiparação salarial, à observância destes critérios (art. 461, § 2º, da CLT).

Ainda que se considere que a chancela sindical validaria o quadro de pessoal organizado em carreira, à pretensão da reclamada opõe-se o fato de que a anuência do sindicato não dispensa a estrita observância da lei, como assinalam r. julgados da SBDI-1/TST, sob pena de total esvaziamento da regra consolidada (art. 461). Recurso de embargos conhecido e improvido.²⁰³

No caso analisado, não se permitiu a flexibilização dos direitos trabalhistas em descumprimento ao artigo celetista. O quadro de carreira apto a afastar a equiparação salarial deve seguir os critérios legais. A regra visa o prestígio à isonomia, evitando práticas discriminatórias. Nesse sentido, a decisão da Corte preserva o direito do trabalhador a não discriminação.

3.2.6.2.2. Direito à limitação da jornada de trabalho e ao pagamento de horas extras

EMENTA:

“RECURSO DE EMBARGOS. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. TROCA DE UNIFORME. LIMITE DE TOLERÂNCIA ESTABELECIDO. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. Deve ser remunerado como extraordinário o tempo gasto pelo empregado quando ultrapassar, no total, dez minutos da jornada de trabalho diária (art. 58, § 1º, da CLT e Súmula 366 do TST). Não se pode convalidar negociação que subtraia direitos assegurados por lei, ainda que celebrada coletivamente, sobretudo quando esta se contrapõe a norma mais benéfica, sob pena de se ampliar, por via transversa, a jornada de trabalho do empregado, não considerando como hora extraordinária o tempo em que ele fica à disposição do empregador. (precedentes: TST-E-ED-RR-

²⁰³ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-ED-RR nº. 67/2001-121-15-00.0. SBDI-1. Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. *Diário de Justiça*, 08 mai. 2009. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2009. A íntegra do acórdão é encontrada no anexo jurisprudencial, p. 357.

138/2004-027-12-00.4, DJ - 01/08/2008, TST-E-ED-RR-467/2001-342-01-40, DJ de 27/06/2008, TST-E-RR-1.859/2005-331-04-00, DJ de 04/04/2008). Embargos conhecidos e desprovidos.”²⁰⁴

A Colenda Subseção I da Seção Especializada em Dissídio Individual estabeleceu que devem ser remunerados os minutos da jornada de trabalho que ultrapassam o limite de dez minutos, ainda que haja norma coletiva determinando o contrário. É cediço que o tempo gasto pelo empregado com a troca de uniforme, dentro das dependências da empresa, deve ser considerado como tempo à disposição do empregador, quando ultrapassar o período de dez minutos da jornada. Nesse sentido é a jurisprudência consolidada do colendo Tribunal Superior expressa na Súmula 366:

“Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário do registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários. Se ultrapassado esse limite, será considerada como extra a totalidade do tempo que exceder a jornada normal.”

Explica que a Constituição Federal, ao mesmo tempo em que permite a flexibilização de direitos trabalhistas através de convenções e acordos coletivos, inclusive com a alteração da jornada de trabalho, assegura condições mínimas de trabalho. Da mesma forma que na decisão acima analisada, a norma coletiva em comento serviu para ampliar, por via transversa, a jornada de trabalho, não considerando como hora extraordinária o tempo em que ele fica à disposição do empregador. Nesse sentido, não se pode dar prevalência à negociação coletiva que subtraia direitos mínimos assegurados por lei.

EMENTA:

“RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº. 11.416/2007. HORAS EXTRAS. MINUTOS RESIDUAIS. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. LIMITES. LEI Nº. 10.243/2001. Correto o entendimento adotado pela Colenda Turma no sentido de considerar inválida cláusula de acordo coletivo estipulando tempo superior ao limite máximo estabelecido no artigo 58, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho para a desconsideração dos minutos destinados à

²⁰⁴ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-ED-RR nº. 840/2006-104-03-00.3. SBDI-1. Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. *Diário de Justiça*, 17 abr. 2009. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 17 jun. 2009. A íntegra do acórdão é encontrada no anexo jurisprudencial, p. 367.

marcação do ponto. Com efeito, com a edição da Lei nº. 10.243, de 19/6/2001, que alterou o referido artigo 58 da CLT, erigiu-se regra no sentido de serem desconsideradas no cômputo das horas extras as variações de horário no registro de ponto, observado o limite máximo de dez minutos diários na jornada normal. Nesse contexto, em face da superveniência de dispositivo legal regulando a matéria, o campo deixou de ser próprio para a negociação coletiva, não se admitindo que acordos e convenções coletivos de trabalho venham elastecer o limite máximo fixado na lei, em desrespeito às condições mínimas essenciais à preservação da dignidade, saúde e segurança do trabalhador. Recurso de embargos conhecido e não provido.”²⁰⁵

Nessa decisão, de modo semelhante à anterior, a Colenda Subseção I da Seção Especializada em Dissídio Individual declara ser inválida a cláusula de instrumento coletivo que amplia a tolerância no registro de ponto para tempo superior a dez minutos por jornada, sendo que este limite é fixado na CLT, em seu art. 58, § 1º, acrescido pela Lei nº. 10.243/2001. Argumenta que esta regra legal constitui patamar civilizatório mínimo, pois representa direito mínimo constitucional e legalmente assegurado, a fim de possibilitar a realização do trabalho com a preservação das condições essenciais à dignidade, saúde e segurança do trabalhador. São direitos indisponíveis que não podem ser renunciados, ainda que por negociação coletiva.

EMENTA:

“HORAS EXTRAS. CONTAGEM MINUTO A MINUTO. PACTUAÇÃO COLETIVA. LEI Nº. 10.243/2001 – ART. 58, § 1º, DA CLT. A cláusula coletiva que não reconhece direito que veio a ser assegurado por lei – art. 58, § 1º, da CLT, com a redação dada pela Lei nº. 10.243/2001 – é letra morta; ultrapassada. Instrumento superior de criação de direitos, a lei é soberana e até que seja declarada inconstitucional prevalece. Recurso de Embargos de que não se conhece.”²⁰⁶

A discussão trata da validade de cláusula de instrumento normativo que permite desconsiderar até 09 (nove) minutos antes do horário previsto para o

²⁰⁵ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-RR nº. 2610/2004-003-12-00.3. SBDI-1. Relator Ministro Lélío Bentes Corrêa. *Diário de Justiça*, 17 abr. 2009. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 17 jun. 2009. A íntegra do acórdão é encontrada no anexo jurisprudencial, p. 374.

²⁰⁶ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-ED-RR nº. 55/2005-281-04-00.1. SBDI-1. Relator Ministro João Batista Brito Pereira. *Diário de Justiça*, 12 dez. 2008. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 17 jun. 2009. A íntegra do acórdão é encontrada no anexo jurisprudencial, p. 383.

início da jornada de trabalho e até 09 (nove) minutos do horário previsto para o seu término. A Colenda Subseção I da Seção Especializada em Dissídio Individual considerou a cláusula ineficaz a partir da publicação da Lei nº. 10.243/01, que inseriu o parágrafo primeiro no artigo 59, da CLT, dispondo que:

“Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário no registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários.”

A Subseção I da Seção Especializada em Dissídio Individual corroborou os argumentos da Turma:

“Embora o princípio do conglobamento, adotado na interpretação dos acordos e convenções coletivos, permita a redução de determinados direitos mediante a concessão de outras vantagens similares, de modo que no seu conjunto o ajuste se mostre razoavelmente equilibrado, não é admissível a utilização de instrumentos normativos para a preterição pura e simples de direito legalmente previsto.

Com efeito, o inciso XIII do art. 7º da Constituição, ao prever a possibilidade de redução da jornada laboral, por meio de acordo ou convenção coletiva, não autoriza a ilação de que os protagonistas das relações coletivas de trabalho possam ajustar a supressão integral de direito assegurado em lei.

(...)

No particular, acresça-se ainda a constatação de que, mesmo ignorando a precedência da lei em sentido estrito no cotejo com o instrumento normativo, tendo em conta o princípio da hierarquia formal das leis, consagrado no artigo 59 da Constituição, o conflito entre a disposição legal e a disposição convencional há de ser dirimida em prol daquela, por ser mais favorável ao empregado, segundo regra de hermenêutica própria do Direito do Trabalho.”

Observamos que a Subseção do Tribunal Superior utilizou o princípio da norma mais favorável, aplicando a regra legal ao caso concreto, em detrimento da regra convencional. Nesse sentido, cita a teoria do conglobamento, mas verifica que esta não é suficiente para permitir a flexibilização, pois se trata de norma de ordem pública. A cláusula normativa em questão, como nos casos anteriores, permite indiretamente o elastecimento da jornada de trabalho. A limitação da jornada de trabalho constitui medida de saúde e segurança

no trabalho, portanto, norma cogente. Dessa forma, a flexibilização só é permitida na forma estritamente autorizada na Constituição (art. 7º, XIII e XIV).

EMENTA:

“EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO EMBARGADO PUBLICADO EM DATA ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI Nº. 11.496/2007. HORAS *IN ITINERE*. NORMA COLETIVA QUE PREVÊ A SUPRESSÃO DO DIREITO. INVALIDADE. PRINCÍPIO DA VALORIZAÇÃO SOCIAL DO TRABALHO. O pacto coletivo, também garantido pela Lei Maior, não empresta validade, por si só, à supressão ou diminuição de direitos trabalhistas indisponíveis. A flexibilização das condições de trabalho, em princípio possível em matéria de jornada de trabalho, não pode se sobrepôr ao princípio da valorização social do trabalho (artigo 1º, IV, da CF). Nesse contexto, inviável o reconhecimento de norma coletiva que retira direitos mínimos do empregado. Acrescente-se, por fim, que o artigo 58 da CLT foi alterado pela Lei Complementar nº. 123/2006, sendo acrescentado o parágrafo 3º, que passou a admitir a flexibilização de horas *in itinere* para empresas de pequeno porte e microempresas, e em situações fixadas na própria Lei, mas não autorizou a supressão do direito definido no parágrafo anterior. Recurso de embargos conhecido e provido.”²⁰⁷

A Colenda Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individual declarou inválida a cláusula da norma coletiva que suprimiu as horas *in itinere*. Explica que, embora reiteradamente a Corte tenha prestigiado os instrumentos normativos, com a valorização do princípio da autonomia coletiva (arts. 7º, incisos VI, XIII, XIV e XXVI, e 8º, inciso VI, da CF/1988), esta autonomia da vontade das partes não pode privar o empregado de garantias mínimas previstas na lei.

Dessa forma, os pactos coletivos não são suficientes para convalidar a supressão ou diminuição de direitos trabalhistas indisponíveis. A possibilidade de flexibilizar as condições de trabalho, notadamente quanto à jornada de trabalho, encontra limite no princípio da valorização social do trabalho (artigo 1º, IV, da CF).

²⁰⁷ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-RR nº. 1004/2005-017-12-00.4. SBDI-1. Relator Ministro Horácio Senna Pires. *Diário de Justiça*, 03 out. 2008. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 17 jun. 2009. A íntegra do acórdão é encontrada no anexo jurisprudencial, p. 389.

Ademais, a Lei Complementar nº. 123/2006, que permitiu a negociação coletiva quanto às horas *in itinere* para as micro e pequenas empresas, admite a flexibilização das horas *in itinere*, mas não sua supressão.

EMENTA:

“TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. ACORDO COLETIVO QUE PREVÊ A INEXISTÊNCIA DOS TURNOS. HORAS EXTRAS. O prestígio e o *status* constitucional da negociação coletiva inscritos no art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República não devem servir de fundamento para a flexibilização absoluta dos contratos de trabalho. Assim, é inválido o acordo coletivo que prevê a inexistência de turnos ininterruptos de revezamento quando a realidade da prestação do serviço revela-se contrária ao fixado nos instrumentos coletivos, com efetiva comprovação de labor em sistema de turnos ininterruptos de revezamento. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se dá provimento.”²⁰⁸

A Colenda Subseção I da Seção Especializada em Dissídio Individual não reconheceu a validade de dispositivo de instrumento normativo que afastava a caracterização de turnos ininterruptos de revezamento, mesmo quando comprovado o trabalho no sistema de turnos ininterruptos de revezamento. Explica que:

“A Constituição da República, quando, em seu art. 7º, inc. XIV, estabeleceu a jornada normal de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, procurou não apenas compensar o maior desgaste dos empregados, mas também promover a melhoria de sua condição social e econômica, excepcionando-se apenas a hipótese em que há acordo coletivo prevendo a jornada de oito horas para o trabalho em sistema de turnos ininterruptos de revezamento (Súmula 423 desta Corte)”.

Conclui a Corte que a proteção constitucional da negociação coletiva não serve de fundamento para a flexibilização absoluta dos contratos de trabalho, principalmente quando a realidade da prestação do trabalho revela-se contrária ao fixado na norma coletiva.

²⁰⁸ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-RR nº. 383197/1997.8. SBDI-1. Relator Ministro João Batista Brito Pereira. *Diário de Justiça*, 12 set. 2008. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 24 jun. 2009. A íntegra do acórdão é encontrada no anexo jurisprudencial, p. 397.

3.2.6.3. Exigência de concessões mútuas na negociação coletiva

EMENTA:

“EMBARGOS - ACORDO COLETIVO - VEDAÇÃO - ACUMULAÇÃO - HORAS EXTRAS ALÉM DA 8ª (OITAVA) DIÁRIA - GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO

É inaplicável a vedação, inserida em norma coletiva, de acumulação da gratificação de função com o pagamento de horas extras. A imposição ao Reclamante de renúncia à percepção das horas extras e reflexos contraria princípios constitucionais básicos dos trabalhadores, como a duração da jornada de trabalho não superior a 8 (oito) horas e a remuneração das excedentes, consoante os incisos XIII e XVI do artigo 7º.

Em outras palavras, tratando-se de bancários, a gratificação de função ajustada em norma coletiva remunera somente as 7ª e 8ª horas diárias, não atingindo o trabalho excedente da jornada constitucional. Precedentes da SBDI-1. (...)”²⁰⁹

Nesse acórdão, a Colenda Subseção I da Seção Especializada em Dissídio Individual afastou a aplicação de dispositivo de norma coletiva dos bancários. A norma determinava a supressão do pagamento do sobretrabalho em troca de gratificação de função. Explica a Corte Superior que a percepção de gratificação de função, nos termos do artigo 224, § 2º da CLT, visa apenas alterar a jornada padrão do bancário de seis horas para a jornada constitucional de oito horas. O instrumento normativo em questão representa renúncia à percepção das horas extras e reflexos, violando o empregador direitos básicos dos trabalhadores, frutos da evolução constitucional dos direitos sociais, como a duração da jornada de trabalho não superior a 8 horas e a remuneração das excedentes, consoante os incisos XIII e XVI do artigo 7º da Constituição, respectivamente.

Nesse sentido, elidir o direito à percepção do sobretrabalho implica o enriquecimento sem causa do empregador, quebrando a comutatividade que norteia o contrato de trabalho.

²⁰⁹ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-RR nº. 12.146/2001-008-09-00.9. SBDI-1. Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. *Diário de Justiça*, 12 jun. 2009. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 12 ago. 2009. A íntegra do acórdão é encontrada no anexo jurisprudencial, p. 404.

EMENTA:

“RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTOS ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI n.º. 11.496/2007. FECHAMENTO DA EMPRESA. FORÇA MAIOR. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. QUITAÇÃO. NULIDADE DO PACTO. Hipótese em que reconhecida a nulidade da transação extrajudicial (Termo de Acordo Coletivo de Trabalho), cujo objeto contemplou a quitação de horas extras, adicional noturno e diferenças de comissões, em contrapartida ao pagamento de indenização integral aos empregados demitidos, considerada como tal todas as parcelas rescisórias a que teriam direito no caso de rescisão sem justa causa, paga, entretanto, pela metade do valor, em decorrência da força maior que teria ensejado o fechamento da empresa. A flexibilização dos direitos trabalhistas não é ilimitada, de sorte que as normas convencionais não podem sobrepor-se às oriundas de fontes genuinamente formais, salvo se para beneficiar o Obreiro ou quando expressamente autorizadas a interferir no direito mínimo positivado. Assim ocorre com a irredutibilidade salarial e a jornada de trabalho, contempladas no art. 7.º, VI, XIII e XIV, da Constituição Federal. No caso concreto, ainda que considerada a ocorrência de força maior, o que se verifica é a renúncia a direitos contemplados em lei, tanto no que se refere à integralidade de parte das verbas rescisórias (já que somente a redução do FGTS tem amparo na lei), quanto às parcelas que foram objeto de quitação. Com mais razão, nesse sentido, as decisões proferidas pelas instâncias percorridas, mediante as quais se reconheceu nula a transação extrajudicial, porque descaracterizada a ocorrência de força maior - aspecto não impugnado, no presente Recurso. Some-se, por fim, que este Tribunal Superior repudia a quitação geral de verbas trabalhistas, sendo legítima a postulação das parcelas objeto da censurada negociação. Incólume o artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Não conheço do Recurso.”²¹⁰

O seguinte parágrafo do acórdão resume o caso tratado:

“A controvérsia envolve dois aspectos relevantes: o fechamento da empresa, a pretexto de força maior, e a celebração de acordo com vistas a resolver os créditos pendentes. Em tal acordo fixou-se que a Empresa arcaria com o pagamento da indenização integral dos empregados demitidos, considerando como tal todas

²¹⁰ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-ED-RR n.º. 654593/2000.6. SBDI-1. Relatora Ministra Maria de Assis Calsing. *Diário de Justiça*, 23 mai. 2008. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2009. A íntegra do acórdão é encontrada no anexo jurisprudencial, p. 411.

as parcelas rescisórias a que teriam direito em decorrência da ruptura em circunstâncias normais (sem justa causa), de modo individualizado, paga pela metade, em face da força maior. Em contrapartida, haveria quitação das horas extras, adicional noturno e as diferenças de comissões.”

O acórdão esclarece que o artigo 502, II, CLT, já determina o pagamento das verbas rescisórias pela metade em caso de força maior, mas nada diz sobre as demais verbas, as quais, portanto, devem ser pagas em sua completude. Nesse sentido, não houve qualquer vantagem ao empregado, ao contrário houve renúncia de direito, somada a quitação geral de verbas trabalhistas.

A flexibilização limita-se à melhoria das condições de trabalho e às hipóteses autorizadas pela Constituição (irredutibilidade salarial e a jornada de trabalho, art. 7.º, VI, XIII e XIV). Negou-se, dessa forma, validade ao referido acordo resultante de negociação coletiva.

3.3. Vantagens concedidas por norma regulamentar

EMENTA:

“COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. FORMA DE CÁLCULO. ABONO. PROPORCIONALIDADE. REGULAMENTO DE PESSOAL DE 1965. PREVALÊNCIA. 1. ‘A complementação dos proventos da aposentadoria é regida pelas normas em vigor na data da admissão do empregado, observando-se as alterações posteriores desde que mais favoráveis ao beneficiário do direito’ (Súmula 288 do TST). 2. A forma de cálculo da complementação de aposentadoria (proporcionalidade do abono) prevista no Regulamento de Pessoal de 1965 é mais favorável aos empregados que aquela prevista no Regulamento de 1975, conforme se infere do acórdão regional. Precedentes da Corte. Recurso de Embargos de que não se conhece.”²¹¹

²¹¹ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-RR nº. 491/2001-065-15-00.1. Relator Ministro João Batista Brito Pereira. *Diário de Justiça*, 07 ago. 2009. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 12 ago. 2009. A íntegra do acórdão é encontrada no anexo jurisprudencial, p. 420.

O parágrafo abaixo, extraído do acórdão da Colenda Subseção I da Seção Especializada em Dissídio Individual, resume bem o caso e os argumentos da Corte para a decisão, que se basearam no princípio da norma mais favorável:

“Com efeito, conforme se extrai do acórdão regional, o Regulamento de Pessoal de 1965 estabelecia o pagamento da complementação de aposentadoria em forma de abono, que seria integral para os empregados que contassem com 30 ou mais anos de serviço efetivo e proporcional para os demais casos. Estabeleceu, ainda, a norma regulamentar de 1965 que o abono integral correspondia à diferença entre o vencimento do cargo efetivo e o valor pago a título de aposentadoria pelo INSS. Nesse contexto, o critério de cálculo da complementação de aposentadoria previsto pelo Regulamento de 1975, estabelecendo uma proporcionalidade na base de cálculo do abono e não no próprio abono – como previa a norma interna de 1965, constituiu alteração desfavorável aos empregados e que, portanto, só atinge os empregados posteriormente admitidos.”

EMENTA:

“(…) GARANTIA DE EMPREGO. NORMA REGULAMENTAR. REVOGAÇÃO POR SENTENÇA NORMATIVA. DISSÍDIO COLETIVO 24/84. TELEPAR. POSSIBILIDADE. SÚMULA 51/TST. INAPLICABILIDADE. É inaplicável a Súmula 51 do TST quando a revogação da norma regulamentar decorre de sentença normativa resultante de acordo celebrado em dissídio coletivo regularmente homologado em juízo. Recurso de Embargos de que se conhece em parte e a que se dá provimento.”²¹²

A hipótese trata da possibilidade de revogação, por sentença normativa, de vantagens concedidas por meio de regulamento de empresa, e já incorporados ao contrato de trabalho. A Colenda Subseção I da Seção Especializada em Dissídio Individual decidiu que sentença coletiva revoga regulamento de empresa, nesses termos:

“Saliente-se, desde logo, que à hipótese não se aplica a diretriz da Súmula 51 do TST, visto que apoiada em premissa diversa, qual seja, a revogação de norma interna por outra norma interna. De igual modo, tendo essa revogação da norma interna se dado via negociação coletiva, não contraria o art. 468 da CLT tampouco o

²¹² Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-ED-RR nº. 790488/2001.3. SBDI-1. Relator Ministro João Batista Brito Pereira. *Diário de Justiça*, 12 jun 2009. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 12 ago. 2009. A íntegra do acórdão é encontrada no anexo jurisprudencial, p. 428.

art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição da República. A validade da norma coletiva é reconhecida pela Constituição da República de 1988, em seu art. 7º, inc. XXVI. Assim, é possível a revogação de regulamento empresarial, ainda que mais benéfico aos empregados, por meio de sentença normativa.”

EMENTA:

“(…) GRATIFICAÇÃO POR APOSENTADORIA ANTECIPADA. ALTERAÇÃO DA NORMA REGULAMENTAR POR ACORDO COLETIVO. POSSIBILIDADE. A validade da norma coletiva é reconhecida pela Constituição da República de 1988, em seu art. 7º, inc. XXVI. Desse modo, é possível a supressão de um benefício previsto em regulamento empresarial, mas ainda não incorporado ao contrato de trabalho do empregado, mediante acordo coletivo. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se dá provimento.”²¹³

Discute-se no caso a validade de dispositivo de acordo coletivo que retirou gratificação por aposentadoria antecipada prevista em norma regulamentar da empresa por complementação de aposentadoria. A Colenda Subseção I da Seção Especializada em Dissídio Individual verifica que o reclamante não havia ainda preenchido os requisitos do regulamento de empresa para beneficiar-se da referida gratificação, não constituindo, portanto, direito adquirido.

Ademais, não há aplicação da Súmula nº. 51 do TST, pois não se trata de revogação de norma regulamentar por outro regulamento de empresa. Outrossim, a Corte afasta violação ao artigo 468 da CLT, pois o caso versa sobre negociação coletiva. Verifica ainda que se trata de norma mais benéfica ao empregado, e conclui, com base na proteção constitucional do acordo coletivo, que é possível a revogação empresarial da referida norma por este instrumento.

²¹³ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-RR nº. 798030/2001.0. SBDI-1. Relator Ministro João Batista Brito Pereira. *Diário de Justiça*, 21 nov. 2008. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2009. A íntegra do acórdão é encontrada no anexo jurisprudencial, p. 437.

3.4. Formas alternativas de aplicação do princípio da proteção do trabalhador

Nos casos abaixo, como se verá, a aplicação do princípio da proteção neste caso, como nos demais, concreto não se encaixa em nenhuma das dimensões descritas por Plá Rodriguez (*in dubio pro operario*, norma mais favorável, condição mais benéfica). Não tratam de subsunção da situação concreta à regra legal, pois envolvem raciocínio mais complexo que a transmutação de regra geral em regra específica, como prevê a teoria pura do direito de Hans Kelsen.

De outra forma, também estamos longe do conflito de princípios, que exigiria ponderação entre eles. Portanto, a estrutura de argumentação utilizada é justificada de maneira adequada e coerente pela teoria do direito como integridade de Dworkin. Esta teoria visa à aplicação do direito como um conjunto de princípios extraídos de decisões coerentes e destinados à produção de uma sequência de novas decisões coerentes e contextualizadas na realidade social, e esta é considerada a partir da moralidade política da comunidade.

3.4.1. Interpretação de regra celetista

EMENTA:

“RECURSO DE EMBARGOS. DECISÃO EMBARGADA PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº. 11.496/2007. PEDIDO DE DEMISSÃO. AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA SINDICAL. EFEITOS. O § 1º do artigo 477 da CLT, ao prever que o pedido de demissão “só será válido” com a assistência sindical, encerra norma cogente, um dever e não uma faculdade, tendo em vista que a lei dispensa especial proteção ao empregado, pois o Direito do Trabalho tem no princípio da proteção o seu alicerce. *In casu*, verifica-se da decisão recorrida que a recusa do Sindicato em homologar o pedido decorreu do entendimento de que a autora era portadora de doença profissional. Vê-se, portanto, que, mais ainda, o pedido de demissão não se mostra válido, já que a empregada, pelo menos em tese, era detentora de estabilidade provisória. E, nesse sentido, o artigo 500 da CLT, igualmente, determina a

observância da forma, consistente na assistência sindical. Assim, inválido o pedido de demissão, que deve ser convertido em dispensa sem justa causa, com retorno dos autos à origem para apreciação da alegação de moléstia profissional e suas conseqüências. Recurso de embargos conhecido e provido.”²¹⁴

No caso em tela, o princípio protetor constitui base para conferir natureza de norma cogente à regra celetista que determina a homologação, pelo sindicato, da demissão do empregado que tenha mais de um ano de serviço.

A Subseção I da Seção Especializada em Dissídio Individual esclarece que o requisito de validade do pedido de demissão de que trata o art. 477, § 1º, não é mera formalidade, mas constitui dever que tem por escopo a proteção do empregado. A legislação confere especial proteção ao empregado, pois o Direito do Trabalho tem como seu alicerce o princípio protetor.

3.4.2. Interpretação das regras de ônus da prova

EMENTA:

“RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO EMBARGADO PUBLICADO ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI Nº. 11.496/2007. INTERVALO INTRAJORNADA. ÔNUS DA PROVA. “É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário” (Súmula 338, I, TST). À luz das regras de distribuição do ônus da prova, incumbe ao empregador o ônus de apresentar os registros de horário com a pré-assinalação dos intervalos, por tratar-se de prova pré-constituída, legalmente imposta, para sinalizar a concessão, ou não, da integralidade do intervalo intrajornada mínimo para repouso e alimentação. O princípio da aptidão para a prova, corolário do princípio da boa-fé objetiva, que impõe às partes

²¹⁴ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-RR nº. 659973/2000.00. Relatora Ministra Maria Cristina Peduzzi. Redator Designado Ministro Horácio Senna Pires. *Diário de Justiça*, 06 fev. 2009. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2009. A íntegra do acórdão é encontrada no anexo jurisprudencial, p. 449.

litigantes o dever de lealdade, nesta Justiça Especializada, emerge como decorrência do princípio da proteção, considerada a hipossuficiência do empregado também para a produção de aludida prova. A Turma, na mesma linha do acórdão regional, desconsidera a obrigação legal do empregador de, nos termos do art. 74 da CLT, trazer os registros de jornada dos reclamantes com a pré-assinalação dos intervalos, limitando-se à atribuir diretamente aos reclamantes o ônus da totalidade da prova relativa à alegada irregularidade na concessão dos intervalos. Incontrovertida a ausência de juntada dos controles de horário, ausente contestação específica por parte da prestadora de serviços, e limitando-se o Município a alegar a existência de horário para almoço e repouso, em face da aptidão para a prova, à parte ré tocava o encargo relativo à demonstração da regularidade da concessão dos intervalos, mediante a apresentação dos registros de jornada com a respectiva pré-assinalação dos repousos, sob pena afronta às regras de distribuição do ônus da prova. Violação do art. 896 da CLT caracterizada. Recurso de embargos conhecido e provido.”²¹⁵

Além dos argumentos expostos na própria ementa, a Subseção I da Seção Especializada em Dissídio Individual aponta a desnecessidade de intimação judicial para a apresentação dos cartões de ponto, pois, tratando-se de feito em que discutida a concessão, ou não, de intervalos intrajornada, cabe à reclamada apresentar em juízo os respectivos registros, sob pena de acarretar a presunção de veracidade dos aspectos relativos à jornada descritos na petição inicial, inclusive quanto ao intervalo intrajornada.

Sob tais argumentos, e aplicando o art. 71, § 4º, da CLT, a Corte uniformizadora acresce à condenação o pagamento de uma hora extra diária, com o respectivo adicional, nos termos da OJ nº. 307 da SBDI-1/TST, e reflexos, já que a remuneração do intervalo intrajornada tem natureza salarial, nos termos da OJ nº. 354 da SBDI-1/TST.

²¹⁵ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-RR nº. 752567/2001.0. Relatora Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. *Diário de Justiça*, 05 jun. 2009. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 24 jun. 2009. A íntegra do acórdão é encontrada no anexo jurisprudencial, p. 457.

3.4.3. Aplicação subsidiária de regras do direito processual comum

EMENTA:

“(…) HONORÁRIOS PERICIAIS – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – ÔNUS DO RECLAMADO

A Justiça do Trabalho não autoriza a proporcionalidade do pagamento dos honorários periciais em caso de sucumbência recíproca no objeto da perícia, considerando o princípio da proteção ao trabalhador. Precedentes.

Embargos não conhecidos.”²¹⁶

No caso, a Subseção I da Seção Especializada em Dissídio Individual afastou a responsabilidade do reclamante por parte dos honorários de sucumbência, confirmando a decisão do Órgão *a quo*. Segundo a reclamada, o reclamante seria sucumbente quanto a um dos pedidos formulados na petição inicial. A Colenda Turma entendeu que a situação é de perícia destinada à identificação de fatores de insalubridade ou periculosidade no local de trabalho, que conclui, ao final, pela existência de um desses fatores.

A Colenda Subseção I da Seção Especializada em Dissídio Individual esclarece que o art. 21 do CPC é inaplicável ao Processo do Trabalho, que não prevê a condenação proporcional em despesas processuais (honorários periciais, custas processuais etc.), diante o princípio de proteção ao empregado.

Como se vê, a aplicação do princípio da proteção neste caso, como nos demais, concreto não se encaixa em nenhuma das dimensões descritas por Plá Rodriguez (*in dubio pro operario*, norma mais favorável, condição mais benéfica). Notamos a aplicação do princípio conforme os artigos 8º, parágrafo único e 769 da CLT, que afastam a aplicação dos dispositivos de direito comum e processual comum incompatíveis com os princípios e normas do direito do trabalho e processual do trabalho. Nesse sentido, não se pode afirmar que houve mera subsunção da situação concreta a esses artigos, pois o raciocínio exigido nessa solução é mais complexo que a transformação de regra geral em regra específica, como prevê a teoria pura do direito de Hans Kelsen.

²¹⁶ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-RR nº. 598/1997-016-15-00.2. Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen. *Diário de Justiça*, 05 jun. 2009. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2009. A íntegra do acórdão é encontrada no anexo jurisprudencial, p. 472.

EMENTA:

“RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI Nº. 11.496/2007. ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. PRESCRIÇÃO TOTAL. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. INCOMPATIBILIDADE DO ART. 219, § 5.º, DO CPC COM O PROCESSO TRABALHISTA. VIOLAÇÃO DO ART. 896 NÃO CONFIGURADA. No caso dos autos, a prescrição total não foi devidamente argüida nas instâncias ordinárias, o que vedaria igualmente o seu conhecimento, por força da Súmula nº. 153 desta Corte. Incólume o art. 896 da CLT. Recurso de Embargos não conhecido.”²¹⁷

Nesta decisão, a Colenda Subseção I da Seção Especializada em Dissídio Individual expressa entendimento no sentido de ser inaplicável o artigo 219, § 5º, do CPC, no processo do trabalho em razão do princípio da proteção, que visa privilegiar a parte mais fraca da relação empregatícia, qual seja, o empregado. O reconhecimento de ofício da prescrição representaria conceder privilégio à parte mais forte da relação, o empregador, em detrimento do empregado. Além disso, tal reconhecimento de ofício retiraria a prerrogativa do empregador de renunciar à prescrição, reduzindo-se, por consequência, o valor a ser pago ao reclamante em eventual procedência de seu pedido, configurando, também nesse aspecto, violação ao princípio da proteção, norteador do Direito do Trabalho. A Corte salienta, ainda:

“caso se admitisse a aplicação da regra inserta no art. 219, § 5.º, do CPC no processo trabalhista, estar-se-ia admitindo que o magistrado dispusesse de direitos indisponíveis (verbas de natureza alimentar) do empregado”.

Em decisão²¹⁸, cuja ementa não transcrevemos pois cita apenas fatos que não interessam nessa análise, a Colenda Turma não conheceu dos embargos opostos pela União Federal, visando afastar sua responsabilidade subsidiária ao cumprimento das obrigações impostas à primeira reclamada. Esclarece que, em incidente de uniformização de jurisprudência neste Tribunal Superior, o Pleno confirmou o inciso IV da Súmula nº. 331 do

²¹⁷ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-ED-RR nº.. 563.197/1999.4. Relatora Ministra Maria de Assis Calsing. *Diário de Justiça*, 07 ago. 2009. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 12 ago. 2009. A íntegra do acórdão é encontrada no anexo jurisprudencial, p. 477.

²¹⁸ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-RR nº.. 673432/2000.8. Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. *Diário de Justiça*, 26 set. 2008. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2009. A íntegra do acórdão é encontrada no anexo jurisprudencial, p. 487.

TST. O artigo 71, § 1º, da Lei nº. 8.666/93 aplica-se somente na hipótese em que o contratado age dentro de regras e procedimentos normais, pautando-se pelos estritos limites e padrões da normatividade vigente. Portanto, evidenciado o descumprimento de obrigações por parte da empresa contratada em relação aos direitos assegurados ao empregado, deve ser imposta à tomadora de serviços a responsabilidade subsidiária. Assim, a responsabilidade da União decorre de seu comportamento omissivo e irregular, que consistiu em não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado (*culpa in vigilando*). Cita ainda como fundamento, além do princípio da proteção do trabalhador, o princípio da moralidade na administração pública e a responsabilidade objetiva do Estado, como se vê:

“Esse entendimento se justifica não somente em face da legislação trabalhista, que visa à proteção do empregado, como também pelos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade e, sobretudo, da moralidade pública, que não admitem que a administração, por ação ou omissão, ocasione prejuízo a terceiros.

Lembre-se, ainda, que o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva das pessoas de direito público e das de direito privado prestadoras de serviços públicos sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo sua obrigação de indenizar sempre que cause dano a terceiros, pouco importando que tal dano se origine diretamente da administração ou indiretamente, vale dizer, por ato de outrem, que com ela contratou e executou a obra ou o serviço decorrente de ato administrativo.”

3.4.4. Aplicação subsidiária do direito comum

EMENTA:

“RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº. 11.496/2007, QUE DEU NOVA REDAÇÃO DO ART. 894 DA CLT.

RECURSO DE REVISTA. NÃO-CONHECIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFERIMENTO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS INDISPENSÁVEIS. SÚMULA Nº. 219/TST. CONTRARIEDADE.

Dos fundamentos do Acórdão do Regional extrai-se claramente que os honorários advocatícios foram deferidos, não em razão do preenchimento dos requisitos a que se refere a Súmula nº.

219/TST, mas única e simplesmente em virtude do princípio da proteção ao trabalhador (hipossuficiente), no caso a Reclamante que, segundo o Regional, “não deve arcar com o pagamento do profissional que contrata com o fito de postular verbas salariais inadimplidas.” (fl.448). Há, efetivamente, contrariedade à Súmula n.º. 219 da Corte. Embargos conhecidos e providos.”²¹⁹

Neste caso, o Regional deferiu honorários advocatícios ao reclamante, com base nos art. 389 e 404, do Código Civil, dos quais extrai que a toda obrigação não cumprida, que gere indenização ao proponente, deve-se incluir juros, atualização monetária e ainda os honorários advocatícios. Sua aplicação deve-se ao art. 8º, parágrafo único, da CLT. O Tribunal revisor esclarece:

“Não se trata, pois, de honorários advindos de sucumbência, mas sim de compensação integral pelos prejuízos sofridos, inclusive que vai ao encontro de outro princípio informador desse Ramo Especializado, o da proteção ao trabalhador (hipossuficiente), que não deve arcar com o pagamento do profissional que contrata com o fito de postular verbas salariais inadimplidas”.

A Colenda Subseção I da Seção Especializada em Dissídio Individual, ao contrário, entendeu que o princípio protetor não é suficiente para sustentar tal verba, sendo que a decisão está, efetivamente, em contrariedade à Súmula n.º. 219 da Corte:

“I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

II - É incabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista, salvo se preenchidos os requisitos da Lei n.º. 5.584/1970:”

EMENTA:

“EMBARGOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CISÃO PARCIAL. PROFORTE. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL

²¹⁹ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-RR n.º. 1446/2005-081-15-00.7. Relator Ministro Carlos Alberto Reis de Paula. *Diário de Justiça*, 23 mai. 2008. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2009. A íntegra do acórdão é encontrada no anexo jurisprudencial, p. 497.

TRANSITÓRIA Nº. 30 DA SBDI-1 DO TST. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 896 DA CLT NÃO CONFIGURADA.

‘É solidária a responsabilidade entre a empresa cindida subsistente e aquelas que absorverem parte do seu patrimônio, quando constatada fraude na cisão parcial.’ Inteligência da OJ Transitória nº. 30 da SBDI-1 do TST. Incólume o artigo 896 da CLT. Embargos não conhecidos.”²²⁰

Na análise, a Colenda Subseção I da Seção Especializada em Dissídio Individual não conheceu dos embargos, pois o acórdão da Turma coaduna com iterativa, notória e atual jurisprudência da Corte Superior, consubstanciada na Orientação Jurisprudencial Transitória nº. 30 da SBDI-1 do TST.

A reclamada argumenta que não ficou comprovada a fraude na cisão, mas a Corte uniformizadora manifestou entendimento contrário. Nesse sentido, vale a pena observar o seguinte trecho da decisão da Corte revisora:

“No caso, o que ocorreu é que a cisão verificada veio em detrimento dos credores, tendo em vista o evidente esvaziamento do patrimônio da empresa cindida, 57,85% do patrimônio líquido (fl.144), com transferência de patrimônio, contratos, licitações em curso e pessoal respectivo (item, 3, fl.142). Em outros termos, mantido o patrimônio com algum substrato econômico e financeiro para as outras empresas criadas, e permanecendo com a cindida apenas o que em economia se denomina parte podre, ou seja, dívidas. Ressalte-se que na cisão cada um dos acionistas participou da empresa cindida e das cindendas fls.146-51(...).”

Assim, indiscutível que a cisão da empresa deu-se em prejuízo dos credores trabalhistas. Com o esvaziamento do patrimônio da empresa cindida, não há como considerá-la empresa existente e com operação normal, o que implica responsabilização solidária das empresas que absorveram o patrimônio da cindida.

Ademais, nos termos do art. 229, § 1º, e art.233 da Lei nº. 6.404/76, há expressa previsão de solidariedade das sociedades que absorverem o patrimônio da companhia extinta. O dispositivo aplica-se ao caso, já que a empresa cindida ficou com seu patrimônio quase zero, caracterizando, portanto, seu desaparecimento na ordem civil e

²²⁰ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-RR nº. 796.832/2001.9. Relator Ministro Vantuil Abdala. *Diário de Justiça*, 18 mar. 2008. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2009. A íntegra do acórdão é encontrada no anexo jurisprudencial, p. 501.

comercial. Tal entendimento está pautado no princípio basilar do direito do trabalho, qual seja, o princípio da proteção.

3.4.5. Efeitos do ato nulo

EMENTA:

“RECURSO DE EMBARGOS. CONTRATO NULO. LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO A SALDO DE SALÁRIOS. PRETENSÃO DE COMPENSAÇÃO DA PARCELA COM VALORES PAGOS DURANTE A RELAÇÃO CONTRATUAL. RECURSO DE REVISTA NÃO CONHECIDO. VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT NÃO RECONHECIDA. A relação trabalhista em que o Município paga ao empregado, contratado sem concurso público, o valor mensal devido a título de décimo terceiro salário, não possibilita compensação do valor com parcela judicialmente reconhecida em juízo, visto que já integrou seu patrimônio e é diversa a natureza da parcela relativa a saldo de salários do mês de dezembro que não fora pago. Impossível se falar em eventual compensação de parcelas de natureza distinta, em face da boa-fé com que o empregado recebeu o pagamento, por força da contraprestação pactuada. Embargos não conhecidos.”²²¹

No caso em tela, a Colenda Subseção I da Seção Especializada em Dissídio Individual negou a compensação do valor pago a título de décimo terceiro salário com o valor devido referente ao salário do mês de dezembro. Em primeiro lugar, ressalta que a compensação só ocorre entre obrigações idênticas, no seu gênero e qualidade, e ainda, somente em relação a valores indevidos, o que não é o caso, pois os valores foram pagos em razão de contraprestação pactuada.

Em segundo lugar, apesar da declaração de nulidade de contrato de trabalho, não se pode compensar valores devidos judicialmente com parcelas pagas pelo Município e recebidas de boa-fé pelo reclamante, nos termos do acórdão:

²²¹ Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Processo E-RR nº. 198/2001-342-05-00.0. Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. *Diário de Justiça*, 08 ago. 2008. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 17 jun. 2009. A íntegra do acórdão é encontrada no anexo jurisprudencial, p. 507.

“sob pena de se proceder a decisão **in pejus**, já que não só o saldo de salário, mas todo e qualquer valor pago ao autor, que não seja salário **stricto sensu**, poderia ser objeto de compensação, em desrespeito ao princípio de proteção ao trabalhador, gerando desequilíbrio e injustiça contra quem efetivamente trabalhou”. (grifos no original)

3.5. Critérios de aplicação do princípio da proteção na jurisprudência

A análise das decisões da Subseção I da Seção Especializada em Dissídio Individual do Tribunal Superior do Trabalho permite-nos enumerar inúmeros direitos que podem ser flexibilizados. Por outro lado, em inúmeras situações, a proteção estatal do trabalhador é determinante na resolução do caso concreto.

Primeiramente enumeremos as hipóteses de flexibilização dos direitos trabalhistas por via coletiva encontradas nessa pesquisa.

- 1) A Constituição autoriza três hipóteses de flexibilização dos direitos trabalhistas por via coletiva, a saber, a irredutibilidade salarial, a jornada de trabalho, a jornada de trabalho para turnos ininterruptos de revezamento.
- 2) A flexibilização é possível nos casos de direitos disponíveis, como por exemplo, horas extras de trabalhador externo, forma de pagamento da participação nos lucros e resultados, quantificação do adicional de periculosidade (desde que proporcional ao tempo de exposição ao perigo), compensação de horas de trabalho (com critério limitado a um ano). Importante destacar que tais direitos são disponíveis apenas em instrumento coletivo, exigindo-se, para tanto, regular negociação coletiva, com concessão de vantagens recíprocas.
- 3) Para aquelas vantagens concedidas por instrumento coletivo e não previstas em lei, as partes têm liberdade para estabelecer as condições e critérios para obtenção da vantagem pelos empregados. É o caso do pagamento mensal de auxílio cesta-alimentação atribuído apenas aos empregados da ativa, com caráter indenizatório; do pagamento de abono salarial com natureza indenizatória apenas para os empregados da ativa.
- 4) Prevalece a manifestação de vontade das partes no instrumento coletivo quanto à ultratividade de cláusula que concede vantagens não previstas em lei, desde que

expressamente seja prevista sua incorporação definitiva aos contratos de trabalho em vigor durante o período de validade da norma. Assim, quando não houver a citada previsão, as vantagens apenas terão eficácia no período de validade da norma coletiva, ainda que tenha havido renovação da vantagem por doze anos consecutivos. Como se vê, o princípio da condição mais benéfica não é aplicado para normas coletivas.

Há casos em que a flexibilização é vedada:

- 1) Não é possível flexibilizar direitos trabalhistas quando estes consistirem em normas de ordem pública, como as normas que visam proteger a saúde do trabalhador a exemplo do intervalo intrajornada e da hora noturna reduzida, e como também o prazo prescricional.
- 2) No mesmo sentido, não é possível a flexibilização dos direitos mínimos dos trabalhadores (não discriminação, hora noturna reduzida, limitação da jornada de trabalho, e pagamento do sobretrabalho acrescido de adicional), pois fazem parte do conjunto de direitos absolutamente indisponíveis, os quais representam patamar civilizatório mínimo.
- 3) O trabalhador, ainda que por instrumento coletivo, não pode renunciar a direitos em troca de outras vantagens já previstas em lei. A validade da negociação coletiva depende de concessões mútuas, configurando-se verdadeira transação. Assim, o adicional de função do bancário apenas remunera a sétima e a oitava hora da jornada, não exonerando o empregador do pagamento de horas extras. Da mesma forma, o fechamento do estabelecimento não configura força maior, portanto, a determinação de pagamento das verbas rescisórias pela metade representa renúncia a direito trabalhista.

A utilização do princípio da proteção na jurisprudência mostra-se marcante. Com a pesquisa, podemos enumerar os parâmetros utilizados para tal aplicação:

- 1) Na obtenção da norma mais favorável, quando comparada a convenção coletiva com o acordo coletivo, utiliza-se a teoria do conglobamento. Outra solução implicaria a quebra do equilíbrio negocial, pois o instrumento é elaborado a partir de concessões mútuas, com compensações entre as vantagens e as desvantagens de cada parte.
- 2) O princípio da condição mais benéfica refere-se às vantagens concedidas por norma regulamentar. Assim, a alteração desfavorável aos empregados só atinge os empregados posteriormente admitidos.

3) Por outro lado, é possível a revogação, por sentença normativa, de vantagens concedidas por meio de regulamento de empresa, e já incorporados ao contrato de trabalho, pois a validade da norma coletiva é reconhecida pela Constituição, em seu art. 7º, XXVI.

4) Pelo mesmo fundamento, é possível a revogação de vantagens regulamentares por instrumento coletivo.

Além das dimensões de norma mais favorável, *in dubio pro operario*, e condição mais benéfica, encontramos na jurisprudência outras formas de aplicação do princípio da proteção. Vejamos:

1) O princípio protetor constitui base para conferir natureza de norma cogente a regras da CLT, como aquela que determina a homologação, pelo sindicato, da demissão do empregado que tenha mais de um ano de serviço.

2) Pelo princípio da proteção, verifica-se que, sendo obrigação do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho, é seu ônus a apresentação dos cartões de ponto como prova da jornada, independentemente de notificação judicial.

3) O princípio de proteção ao empregado torna inaplicável o art. 21 do CPC ao Processo do Trabalho, que não prevê a condenação proporcional em despesas processuais (honorários periciais, custas processuais etc.).

4) No mesmo sentido, é inaplicável o artigo 219, § 5º, do CPC, no processo do trabalho, que visa privilegiar a parte mais fraca da relação empregatícia. O reconhecimento de ofício da prescrição representaria conceder privilégio à parte mais forte da relação, o empregador, em detrimento do empregado.

5) Por outro lado, o princípio da proteção não é suficiente, segundo a Corte uniformizadora, para justificar a aplicação no direito do trabalho dos artigos 389 e 404, do Código Civil, os quais se referem a honorários de compensação integral pelos prejuízos sofridos em razão da contratação de profissional, pelo reclamante, com o fito de postular verbas salariais inadimplidas.

6) O princípio da proteção serve ainda de base para a configuração de fraude em cisão de empresa, quando há esvaziamento do patrimônio da empresa cindida, caracterizando seu desaparecimento na ordem civil e comercial.

7) O princípio da proteção impede, mesmo diante da declaração de nulidade do contrato de trabalho, compensar valores devidos judicialmente com parcelas pagas pelo Município e recebidas de boa-fé pelo reclamante, ainda que tais parcelas não sejam salário *stricto sensu*.

Concluimos, então, que é possível a flexibilização dos direitos trabalhistas nos casos previstos na Constituição, nos casos de direitos disponíveis por negociação coletiva. É também permitida a flexibilização daqueles direitos não previstos em lei, em relação aos quais as partes têm ampla liberdade de negociação, decidindo tanto sobre a ultratividade da norma quanto sobre a natureza (indenizatória ou salarial) das parcelas negociadas.

Por outro lado, não é possível a flexibilização dos direitos que representem norma de ordem pública, e dos direitos mínimos dos trabalhadores. Também é vedada a flexibilização quando a negociação coletiva não apresenta concessões recíprocas, caracterizando mera renúncia de direitos pelos empregados.

A pesquisa jurisprudencial propiciou-nos elencar alguns critérios de aplicação do princípio da proteção. Para aferição da norma mais favorável entre convenção e acordo coletivo, utiliza-se a teoria do conglobamento. O princípio da condição mais benéfica refere-se apenas às normas regulamentares, assim, tanto a sentença normativa quanto a norma coletiva podem revogar dispositivo de regulamento de empresa.

O princípio da proteção apresenta inúmeras formas de aplicação além das tradicionais. Conduz o intérprete na identificação da norma cogente, a qual não pode ser flexibilizada por instrumento coletivo; cria presunção favorável ao empregado quanto a jornada de trabalho quando o empregador não apresenta os cartões de ponto (Súmula 338, I, do TST); serve de filtro na aplicação subsidiária de regras do direito comum e do direito processual comum; e ainda orienta a interpretação dos efeitos do contrato de trabalho nulo. Dessa forma, a análise jurisprudencial prova que as dimensões clássicas do princípio da proteção (*in dubio pro operario*, norma mais favorável, condição mais benéfica) não são suficientes para descrever todas as suas formas de aplicação.

CONCLUSÃO

O princípio da proteção consiste no tratamento privilegiado do trabalhador, atribuindo-lhe vantagens e, em contrapartida, impondo obrigações ao empregador. Isso não significa que o direito do trabalho atribui direitos apenas ao empregado; pelo contrário, este ramo do direito parte da admissão da subordinação jurídica do empregado em relação ao empregador, ou seja, parte do reconhecimento do poder diretivo deste. A relação de emprego é uma relação de poder, em que o empregador detém o poder de dar ordens, comandar e dirigir toda a execução do trabalho executado pelo trabalhador. A superioridade jurídica do trabalhador visa compensar sua natural inferioridade na relação.

A partir da década de 70 houve um intenso questionamento desse princípio. Iniciou-se uma verdadeira disputa doutrinária. De um lado, encontram-se aqueles que defendem uma profunda modificação do sistema trabalhista com a retração da proteção estatal e estímulo à proteção dos trabalhadores pelo sindicato. De outro lado, há aqueles que acreditam que a melhor forma de equilibrar a relação de emprego é pela ação do Estado.

Essa divergência é perfeitamente explicada pela teoria de Ronald Dworkin. A corrente que defende a flexibilização dos direitos trabalhistas entende que o protecionismo estatal não mais atente à finalidade do direito de trabalho de equilibrar a relação de emprego. Acreditam que o atual sistema, que apresenta rígidos limites à negociação coletiva, desprotege o trabalhador ao invés de protegê-lo. Enquanto a outra corrente entende que a finalidade do direito do trabalho é melhor alcançada justamente pela proteção do empregado pelo Estado. A divergência é sobre qual é a melhor concepção de proteção do trabalhador, ou ainda, o que é a igualdade no campo das relações de emprego.

Cada um apresenta aquilo que considera a melhor forma de compreender o direito e busca construir uma boa argumentação para sustentar sua posição. A posição defendida é resultado de uma visão geral do direito, não uma opinião pontual, mas sim, consequência da compreensão do direito como um todo, relacionando-se com aspectos diversos da realidade brasileira.

Foram analisados os argumentos das duas correntes, contrapondo-os. A argumentação da corrente que defende a proteção estatal mostrou-se mais forte. Não faz sentido atribuir aos sindicatos a função de proteger os trabalhadores no momento em que essas entidades estão tão frágeis. E essa fragilidade é causada justamente pelos mesmos fatores que os juristas apontaram como motivo para flexibilização dos direitos trabalhistas. São exatamente o atual modelo de produção e o desemprego as maiores causas da fragilidade do sindicato. A produção se desenvolve em pequenas unidades, dificultando o contato entre trabalhadores. Não há oportunidade para a formação do vínculo de solidariedade entre os trabalhadores, propiciando a ação coletiva de reivindicação de melhores condições de trabalho. Além disso, em épocas de crise, o temor do desemprego é o maior fator de desestímulo a qualquer ação coletiva dos trabalhadores. Dessa forma, a negociação coletiva sem as regras legais mínimas não é capaz de atribuir ao trabalhador o poder de barganha necessário para assegurar sua dignidade.

Essa disputa doutrinária ressoa na jurisprudência. A partir da análise de acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho, percebe-se que a jurisprudência resguarda direitos mínimos do trabalhador, os quais não podem ser negociados. Por outro lado, as possibilidades de flexibilização dos direitos trabalhistas se mostram suficientemente amplas para a adaptação do contrato de trabalho aos novos modos de produção.

É possível, então, a flexibilização dos direitos trabalhistas nos casos previstos na Constituição, nos casos de direitos disponíveis por negociação coletiva. É também permitida a flexibilização daqueles direitos não previstos em lei, em relação aos quais as partes têm ampla liberdade de negociação, decidindo tanto sobre a ultratividade da norma quanto sobre a natureza (indenizatória ou salarial) das parcelas negociadas.

Por outro lado, não é possível a flexibilização dos direitos que representem norma de ordem pública, e dos direitos mínimos dos trabalhadores. Também é vedada a flexibilização quando a negociação coletiva não apresenta concessões recíprocas, caracterizando mera renúncia de direitos pelos empregados.

A pesquisa jurisprudencial nos propiciou elencar alguns critérios de aplicação do princípio da proteção. Para aferição da norma mais favorável entre convenção e acordo coletivo, utiliza-se a teoria do conglobamento. O princípio da condição mais benéfica

refere-se apenas às normas regulamentares, assim, tanto a sentença normativa quanto a norma coletiva podem revogar dispositivo de regulamento de empresa.

O princípio da proteção apresenta inúmeras formas de aplicação além das tradicionais. Ele conduz o intérprete na identificação da norma cogente, a qual não pode ser flexibilizada por instrumento coletivo; cria presunção favorável ao empregado quanto à jornada de trabalho quando o empregador não apresenta os cartões de ponto (Súmula 338, I do TST); serve de filtro na aplicação subsidiária de regras do direito comum e do direito processual comum; e ainda orienta a interpretação dos efeitos do contrato de trabalho nulo. Dessa forma, a análise jurisprudencial prova que as dimensões clássicas do princípio da proteção (*in dubio pro operario*, norma mais favorável, condição mais benéfica) não são suficientes para descrever todas as suas formas de aplicação, e que é reconhecido o caráter normativo dos princípios, os quais compõem ordenamento jurídico tal como as regras jurídicas. Nesse sentido, os princípios apresentam diversos papéis relacionados à aplicação do direito ao caso concreto. Com base neles, o aplicador pode estender ou restringir uma regra jurídica, podendo, inclusive, afastar sua aplicação.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Ísis de. *Teoria e prática das provas no processo trabalhista*. São Paulo: LTr, 1980.

_____. *Manual de direito individual do trabalho: o contrato de trabalho: formação, execução, alteração, dissolução*. São Paulo: LTr, 1998.

AMARAL, Arnaldo José Duarte do. *Estado democrático de direito: nova teoria geral do direito do trabalho - adequação e compatibilidade*. São Paulo: Ltr, 2008.

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *Princípios de direito do trabalho: fundamentos teórico-filosóficos*. São Paulo: LTr, 2008.

ANTUNES, Ricardo (org.). *Riqueza e miséria do trabalho no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2006.

_____. *Os sentidos do trabalho*. 9ª reimpressão. São Paulo: Boitempo, 2007.

_____. *Adeus ao trabalho?: ensaio sobre metaformoses e a Centralidade do Mundo do Trabalho*. 11ª ed. São Paulo: Cortez, 2006.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *O particularismo do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.

BARROS, Alice Monteiro de. Princípios do direito do trabalho como processo de integração da lei. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª região*, Curitiba, v. 27, n. 48, p. 103-129, jul./dez. 2002.

_____. Flexibilização e garantias mínimas. *Trabalho e Doutrina: processo jurisprudência*, São Paulo, n. 20, p. 9-20, mar. 1999.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1995. vol II.

BATUÍRA, Marcelo da C. Losso Pedroso. *Irrenunciabilidade no direito do trabalho e liberdade: uma abordagem econômica para uma revisão crítica*. Tese para obtenção do título de doutor - Faculdade de Direito da U.S.P. São Paulo. 2003.

BAYLOS, Antonio. *Direito do Trabalho: Modelo para Armar*. Trad. Flavio Benites Cristina Schultz. São Paulo: LTr, 1999.

BELTRAMELLI NETO, Silvio. *Limites da flexibilização dos direitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2008.

BELTRAN, Ari Possidonio. *Dilemas do trabalho e do emprego na atualidade*. São Paulo: LTr, 2001.

CARRIÓ, Genaro R. Professor Dworkin's Views on Legal Positivism. *Indiana Law Journal*, Bloomington, vol. 55, n. 2, p. 209-246, 1979-1980.

CASTELO, Jorge Pinheiro. A prova do dano moral trabalhista. *LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 66, n. 10, p. 1184-1195, out. 2002.

CATAHARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1981. vol. I.

CESARINO JR., A. F., *Direito Social Brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1970, v. 1.

CHRISTIE, George. The Model of Principles. *Duke Law Journal*, Durham, p. 649-669, 1968.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

COSTA, Coqueijo. *Direito judiciário do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

COSTA, Orlando Teixeira da. *Direito Coletivo do trabalho e Crise Econômica*. São Paulo: LTr, 1991.

_____. *O direito do trabalho na sociedade moderna*. São Paulo: LTr, 1998.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Direito do trabalho de emergência. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, v.30, n.30, p.101-120, 1998.

DALLEGRAVE NETO, José. *Contrato individual: uma visão estrutural*. São Paulo: LTr, 1998.

_____. *Inovação na legislação trabalhista: aplicação e análise crítica*. São Paulo: Atlas, 2000.

DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. Trad. Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 8ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

_____. *O poder empregatício*. São Paulo: LTr, 1996.

_____. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no direito do trabalho: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999.

DONATO, Messias Pereira. *Curso de direito do trabalho: direito individual*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Objectivity and truth: You'd better believe it, *Philosophy and Public Affairs*, Spring 1996, vol 25, n. 2, p. 87-139.

_____. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ERMIDA URIARTE, Oscar. *A flexibilidade*. São paulo; LTr, 2002.

FELICIANO, Guimarães Guikherme. *Direito à prova e dignidade humana*. São Paulo: LTr, 2007.

FREDIANI, Yone (coord.); SILVA, Jane Granzoto Torres da (coord.). *O Direito do trabalho na sociedade contemporânea*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001.

FREITAS JUNIOR, Antonio Rodrigues de (coord.); SANTOS, Enoque Ribeiro dos (coord.); CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa (coord.). *Direito coletivo do trabalho em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____; MERINO, Lucyla Tellez. *Horizontes para o direito numa sociedade em mudança: dilemas da Alca, impasses do Mercosul e crise do Estado-Nação como círculo retroalimentador*. São Paulo: LTr, 2004.

GOMES, Ana Virginia Moreira. *A aplicação do princípio protetor no direito do trabalho*. LTr: São Paulo, 2001.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GORZ, André. *Adeus ao proletariado*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1982

GOSDAL, Thereza Cristina. *Dignidade do trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra*. São Paulo: LTr, 2007.

GROSS, Hyman. Jurisprudence. *New York University Annual Survey of American Law*, New York, p. 575-580, 1968-1969.

GRÜNWARD, Marcelo Ricardo. *As provas de audiência no dissídio individual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

GUNTHER, Luiz Eduarado; ZORING, Cristina Maria Navarro. A regra do *in dubio pro misero* no direito processual do trabalho. *LTr: suplemento trabalhista*, São Paulo, v. 40, n. 40, p. 169-171, 2004.

HART, Hebert L. A. *O conceito do Direito*, 3ª edição, Trad. A. Ribeiro Mendes, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

HOFFMANN, Fernando. *O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira*. São Paulo: LTr, 2003.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito processual do trabalho*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. tomo I.

JUCÁ, Francisco Pedro. *A Constitucionalização dos Direitos dos Trabalhadores e a Hermenêutica das Normas Infraconstitucionais*. São Paulo: LTr, 1997.

_____. *Renovação do direito do trabalho: abordagem alternativa à flexibilização*. São Paulo : LTr, 2000.

KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LA CUEVA, Mario de. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. México: Porruá, 1977.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

LIMA, Francisco Meton Marques de. *Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1997.

MACCALLUM JR., Gerald C. Dworkin on Judicial Discretion. *The Journal of Philosophy*, vol. 60, n. 21, American Philosophical Association, Eastern Division, Sixtieth Annual Meeting, p. 638-641, Oct. 10, 1963.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva. *O ônus da prova no processo do trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2001.

MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de direito do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1988. vol. 1.

_____. *Manual de direito do trabalho: parte geral*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 1991.

_____. *Política do trabalho*. São Paulo : LTr, 2001.

_____. A flexibilização da CLT. *Trabalho e Doutrina: processo jurisprudência*, São Paulo, n. 27, p. 3-6, dez. 2002.

_____. Reforma da legislação trabalhista. *LTr: suplemento trabalhista*, São Paulo, v. 39, n. 23, p. 109- 110. 2003.

MANNRICH, Nelson. *A modernização do contrato de trabalho*. São Paulo : LTr, 1998.

- MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1981.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (org.) et al. *Direito e processo do Trabalho em transformação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Flexibilização das condições de trabalho*. 3ª. ed., São Paulo: Atlas, 2004.
- _____. *O pluralismo do direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001.
- MEIRELES, Edilton. *Integração da lacuna no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.
- MENDES, Marcus Menezes Barberino. *Justiça do Trabalho e mercado de Trabalho: interação entre Poder Judiciário e a regulação do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2007.
- MENDONÇA, Gentil. *A interpretação no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1978.
- MICHELON JUNIOR, Cláudio Fortunato. *Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MORAES FILHO, Evaristo de. *Introdução ao Direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956. vol. I.
- _____. *Tratado elementar de direito do trabalho*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965. vol. I.
- MORAES, Renata Nóbrega Figueiredo. *Flexibilização da CLT na perspectiva da negociação coletiva*. Curitiba: Juruá, 2007.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso do Direito do Trabalho*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. O custo social e a economia da negociação coletiva. *Revista de Direito do trabalho*, São Paulo, v. 26, n. 98, abr./ jun. 2000.
- _____. Os novos paradigmas do sindicalismo moderno. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Rio de Janeiro, v. 65, p. 160-186, out./ dez. 1999.
- _____. (coord.). *A transição do direito do trabalho no Brasil: estudos em homenagem a Eduardo Gabriel Saad*. São Paulo: LTr, 1999.

NASSIF, Elaine Noronha. *Fundamentos da flexibilização: uma análise de paradigmas e paradoxos do direito e do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004 OFFE, Claus. *O capitalismo desorganizado*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1995.

OFFE, Claus. *O capitalismo desorganizado*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1995.

OLIVEIRA, Francisco de. *A prova no processo de trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PASTORE, José. *Flexibilização dos mercados de trabalho e contratação coletiva*. São Paulo: LTr, 1994.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

PEDREIRA, Pinho. O princípio da igualdade de tratamento. *LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 64, n. 4, p. 443-451, abr. 1996.

PEGO, Rafael Foresti. *A Inversão do ônus da prova no direito processual do trabalho*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

PESSOA, Flávia Moreira. A utilização das máximas de experiência no campo probatório no direito processual do trabalho. *Revista trabalhista: direito e processo*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 13, p. 235-243, jan./mar. 2005.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *Curso de Direito Constitucional do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2009.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

RANDS, Mauricio. O direito do trabalho continua viável no novo ambiente da globalização? *LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 60, n. 2, p. 180-181, fev. 1996.

RAZ, Joseph. Legal Principles and the Limits of Law. *Yale Law Journal*, New Haven, vol. 81, p. 823-854, 1971-1972.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O moderno direito do trabalho: flexibilização, terceirização, novas tecnologias, contratos atípicos, participação na empresa*. São Paulo: LTr, 1994.

ROMITA, Arion Sayão. *Direito do Trabalho: temas em aberto*. São Paulo: LTr, 1998.

_____. *O princípio da proteção em xeque: e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 2003.

RUPRECHT, Alfredo J. *Os princípios do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

SAKO, Emília Simeão Albino. *A prova no processo do trabalho: os meios de prova e ônus da prova nas relações de emprego e trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *A função social do contrato, a solidariedade e o pilar de modernidade nas relações de trabalho : de acordo com o novo Código Civil brasileiro*. São Paulo : LTr, 2003.

_____. *O direito do trabalho e o desemprego*. São Paulo: LTr, 1999.

SARTOURIUS, Rolf. *American Philosophical Quarterly*. vol. 8, p. 151-162, 1971.

SCHIAVI, Mauro. Aspectos polêmicos da prova do dano moral no processo do trabalho. *Revista Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. n. 10, p.1183-1193, out. 2006.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Breves considerações sobre as regras de distribuição do ônus da prova no processo do trabalho. *LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 70, n. 3, p. 372-377, mar. 2006.

SILVA, Antônio Álvares da. *Flexibilização das relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado: parte geral*. Rio de janeiro: Elsevier, 2009. vol. 1.

_____. *Curso de direito do trabalho aplicado: jornadas e pausas*. Rio de janeiro: Elsevier, 2009. vol. 2.

_____. *Curso de direito do trabalho aplicado: segurança e medicina do trabalho*. Rio de janeiro: Elsevier, 2009. vol. 3.

_____. *Curso de direito do trabalho aplicado: livro da remuneração*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. vol. 5.

_____. *Curso de direito do trabalho aplicado: contrato de trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. vol. 6.

_____. *Curso de direito do trabalho aplicado: direito coletivo do trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. vol. 7.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. O ônus da prova e sua inversão no processo do trabalho. *LTr: suplemento trabalhista*, São Paulo, v. 68, n. 6, p. 685-694, jun. 2004.

SILVA, Luiz Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999.

SILVA, Otavio Pinto. *Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Direito do trabalho & democracia : apontamentos e pareceres*. São Paulo : LTr, 1996.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Temas de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

_____. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.

SOUZA, Letícia Godinho de. *Direito do Trabalho, Justiça e Democracia: o sentido da regulação trabalhista no Brasil*. São Paulo: LTr, 2006.

SUSSËKIND, Arnaldo. Proposições para a reforma trabalhista. *LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 68, n. 5, p. 519-21, maio. 2004.

_____. Atualização da legislação trabalhista. *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*. São Paulo, v. 12, n. 12, p. 19- 21. 2004.

_____. Os princípios para uma reforma e a ordem pública. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*. Belém, v. 38, n. 74, p. 17-24, jan./jun. 2005.

_____. A negociação trabalhista e a lei. *LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 69, n. 2, p. 135-8, fev. 2005.

_____. Os princípios social-trabalhistas na constituição brasileira. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 69, n. 1, p. 40-46, jan./ jun. 2003.

_____; MARANHÃO, Délio; SEGADAS, Vianna; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 19ª ed. São Paulo: LTr, 2000.

TAPPER, Colin. A Note on Principles. *Modern Law Review*, London, vol. 34, p. 628-634, 1971.

TEIXEIRA, Marcelo Tolomei. O ônus da prova no processo trabalhista. *LTr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 67, n. 8, p. 947-951, ago. 2003.

TEIXEIRA, Sergio Torres. *Proteção à relação de emprego*. São Paulo: LTr, 1998.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A prova no processo do trabalho*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 1989.

TEODORO, Maria Cecilia Máximo. *O princípio da adequação setorial negociada no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

Tribunal Superior do Trabalho (org.). *Flexibilização no direito do trabalho*. 2a. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

VASCONCELOS, Elaine Machado. A discriminação nas relações de trabalho: a possibilidade de inversão do ônus da prova como meio eficaz de atingimento dos princípios constitucionais. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 71, n. 2, p. 94-107, maio/ago. 2005.

VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência: possibilidade de autodefesa do empregado em face do empregador*. São Paulo: LTr, 1996.

_____. (coord.); RENAULT, Luiz Otávio Linhares (coord.). *O que há de novo em direito do trabalho: homenagem a Isis de Almeida, Messias Pereira Donato, Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena*. São Paulo: LTr, 1997.

VIDAL NETO, Pedro. *Estudo sobre a interpretação e aplicação do direito do trabalho*. Tese para concurso à livre docência de direito do trabalho - Faculdade de Direito da U.S.P. São Paulo. 1985.

RESUMO

A presente dissertação intitulada “O princípio de proteção em face da flexibilização dos direitos trabalhistas” tem o objetivo de analisar a proteção do trabalhador no atual contexto brasileiro, através do método apresentado pela teoria de direito como integridade, formulada por Ronald Dworkin.

O diferencial desta teoria é a adoção do novo paradigma de objetividade, em oposição ao conceito moderno de objetividade científica, em que o objeto deve ser conhecido necessariamente desvinculado da perspectiva do sujeito cognoscente. Conforme o novo paradigma de objetividade, nenhum conceito pode ser determinado *a priori*, mas somente dentro de um contexto determinado. O mesmo acontece com o conceito de direito. Não é possível *a priori* descrevê-lo por completo. O conceito se constrói na própria resolução dos casos concretos, ainda que reconheçamos casos paradigmáticos. Dessa forma, diante de um caso difícil, ou seja, sobre o qual há controvérsia, o juiz utilizará sempre padrões jurídicos interpretados com base na teoria que melhor justifica a prática jurídica como um todo. Assim, não há discricionariedade no sentido de ausência de padrão para julgamento. O direito determina a decisão correta, a qual constitui direito subjetivo do cidadão, e obrigação jurídica do juiz.

A discussão sobre o princípio da proteção do trabalhador presente no direito brasileiro na atualidade é bem compreendida como um caso difícil conforme o modelo descrito por Ronald Dworkin. É reconhecida a desigualdade entre as partes da relação de emprego, entretanto, diverge-se sobre a melhor forma de equilibrar esse contrato. A corrente que defende a proteção do trabalhador pela via da negociação coletiva entende que o protecionismo estatal não mais atente à finalidade do direito de trabalho de equilibrar a relação de emprego, sendo necessária a flexibilização dos direitos trabalhistas. Enquanto a corrente oposta entende que a finalidade do direito do trabalho é melhor alcançada justamente pela proteção do empregado pelo Estado. A divergência é sobre qual a melhor concepção de proteção do trabalhador, ou seja, o que é a igualdade no campo das relações de emprego.

A análise dos argumentos das duas correntes demonstra que a argumentação da corrente que defende a proteção estatal é mais forte, pois não faz sentido

atribuir aos sindicatos a função de proteger os trabalhadores no momento em que essas entidades estão mais frágeis. Essa fragilidade é causada justamente pelos mesmos fatores que os juristas apontam como motivo para flexibilização dos direitos trabalhistas. São exatamente o atual modelo de produção e o desemprego as maiores causas da fragilidade do sindicato.

Essa disputa doutrinária ressoa na jurisprudência. A análise de acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho mostra que o Tribunal resguarda direitos mínimos do trabalhador e direitos que representam normas de ordem pública, os quais não podem ser negociados. Além disso, exige concessões recíprocas para a validade da negociação coletiva. Por outro lado, permite a flexibilização dos direitos trabalhistas nos casos previstos na Constituição e nos casos de direitos disponíveis.

Palavras-chaves: direito do trabalho, relação de emprego, protecionismo, flexibilização.

ABSTRACT

The purpose of this paper, entitled “Principle of protection under labor rights flexibility”, is to analyze the protection of employees in the current Brazilian context, by means of the method presented by the theory of law as integrity, formulated by Ronald Dworkin.

This theory’s differential factor is the adoption of a new objectivity standard, as opposed to the modern scientific objectivity concept, in which the object must be necessarily known as detached from the cognoscent subject perspective. According to the new objectivity standard, no concept may be determined *a priori*, but only within a determined context. The same happens with the law concept. It is not possible to completely describe it *a priori*, the concept is created to the extent concrete cases are resolved, although we recognize paradigmatic cases. Thus, in face of a difficult case, that is, which presents controversies, the judge will always use legal standards interpreted based on the theory that best justifies the legal practice as a whole. In this way, there is no discretion in regards to the lack of standard for judgment. The law determines the correct decision, which constitutes the citizen’s subjective right, and the judge’s legal obligation.

The discussion on the employee’s protection principle present in the Brazilian law nowadays is understood as a difficult case, according to the model described by Ronald Dworkin. The unequal character between the parties in an employment relationship is recognized, however, there are divergences in regards to the best way to achieve balance therein. The stream defending the protection of employees by collective negotiation understands that the state protectionism no longer meets the purpose of labor law to provide balance to employment relationships, being necessary to turn labor rights flexible. The opposed stream, at its turn, understands that the purpose of labor law is better achieved exactly by the protection of the employee by the State. The divergence arises when it comes to decide which is the best employee protection concept, that is, what does equality mean within the scope of employment relationships.

Upon analysis of the arguments of both streams, it is found to be stronger the stream defending state protection, because it does not make much sense to give

unions the function to protect employees at the moment such entities are more fragile. Such fragility is specially caused by the same factors described by jurists as the reason to turn labor rights flexible. The current production model and unemployment are the greatest causes of union fragility.

This doctrinaire dispute has an influence upon the case law. The analysis of the decisions rendered by the Labor Supreme Court demonstrates that the Court protects the minimum rights of employees and the rights representing public order rules, which may not be negotiated. In addition, it requires reciprocal concessions to make the collective negotiation valid. On the other hand, it allows the flexibility of labor rights in the cases set forth in the Constitution and available case law.

Key-words: labor law, employment relationship, protectionism, flexibility.

PROC. Nº TST-E-ED-ED-RR-573/2005-016-03-00.5

ACÓRDÃO

SBDI-1

MCP/jmd/ab

**EMBARGOS POSTERIORES À VIGÊNCIA
DA LEI Nº 11.496/2007 -
ARGÜIÇÃO DE NULIDADE DO ACÓRDÃO
EMBARGADO POR NEGATIVA DE
PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

1. Publicado o acórdão embargado posteriormente ao início da vigência da Lei nº 11.496/2007, os presentes Embargos sujeitam-se à nova redação do artigo 894, inciso II, da CLT, sendo inócua a invocação de dispositivos constitucionais e legais.

2. Não se caracteriza divergência com a Súmula nº 297, II, do TST, nos termos da Súmula nº 296, I, desta Corte.

**CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CARGO
DE CONFIANÇA BANCÁRIO -
CARACTERIZAÇÃO**

Não se caracteriza divergência com a Súmula nº 102, I, do TST, nem com os arestos colacionados (fls. 821/824), que partem da premissa fática de que o acórdão recorrido não contém elementos suficientes para a modificação do julgado, no tocante ao enquadramento no art. 224, § 2º, enquanto a C. Turma entendeu possível inferir do acórdão regional que houve apenas acréscimo no volume de trabalho, não se verificando o exercício de atividades de especial fidúcia. Assim, não se verifica a identidade de premissas fáticas, quanto aos elementos contidos no acórdão regional, como exigido pela Súmula nº 296, I, do TST.

**PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS -
OPÇÃO DO EMPREGADO POR JORNADA
DE OITO HORAS - CONTRARIEDADE
AOS PRINCÍPIOS DA
IRRENUNCIABILIDADE E DA
PRIMAZIA DA REALIDADE - ARTIGOS
9º E 444 DA CLT**

1. Nos termos da jurisprudência da SBDI-1, não é válida a opção do empregado pelo cargo em comissão com jornada de oito horas, se não atendidos os requisitos do art. 224, § 2º, da CLT (gratificação de função superior a 1/3 do salário e exercício de funções de confiança). Aplicação dos artigos 9º e 444 da CLT e dos princípios da irrenunciabilidade e da primazia da realidade.

2. Devido é, portanto, o pagamento, como extras, das sétima e oitava horas diárias, em face do reconhecimento do direito à jornada prevista no art. 224, *caput*, da CLT.

**COMPENSAÇÃO - GRATIFICAÇÃO DE
FUNÇÃO - HORAS EXTRAS**

É impossível a análise da matéria, por ausência de prequestionamento, nos termos da Súmula nº 297 desta Corte.

Embargos conhecidos parcialmente e desprovidos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº **TST-E-ED-ED-RR-573/2005-016-03-00.5**, em que é Embargante **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF** e Embargado **JORGE LUIZ BECK DE SOUZA**.

A C. 6ª Turma, em acórdão de fls. 755/763, complementado às fls. 782/784 e 798/799 (Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga), conheceu do Recurso de Revista do Reclamante,

por divergência jurisprudencial, e, no mérito, deu-lhe provimento para deferir o pagamento das 7ª e 8ª horas como extraordinárias, calculadas sobre todas as parcelas de natureza salarial, nos termos da norma regulamentar, com aplicação do divisor 180, e respectivos reflexos.

A Reclamada interpõe Embargos, às fls. 802/839. Argúi a nulidade do acórdão embargado por negativa de prestação jurisdicional, indicando ofensa aos arts. 458, II, e 535 do CPC, 5º, LIV e LV, e 93, IX, da Constituição. Aponta omissão na análise da alegação de que o acórdão regional registrara a existência de especial fidúcia, suficiente ao enquadramento no art. 224, § 2º, da CLT. Afirma a validade da opção pela jornada de 8 (oito) horas, nos termos do Plano de Cargos e Salários aprovado por acordo coletivo. Aduz que o acórdão regional foi categórico ao afirmar a existência de fidúcia, sem descrever as funções realizadas pelo Autor, o que, a teor das Súmulas nºs 102, I, e 126 do TST, impediria a modificação do julgado quanto ao enquadramento no art. 224, § 2º, da CLT. Alega que, pela teoria do conglobamento, o Autor não poderia gozar das vantagens da opção, percebendo a gratificação, sem a correspondente majoração da jornada. Caso mantido o entendimento quanto à nulidade da opção, requer a compensação da gratificação paga pela jornada de 8 (oito) horas com os valores devidos a título de horas extras. Sustenta ser inaplicável a Súmula nº 109 do TST. Entende que as horas extras e o salário futuro devem ser calculados considerando-se a gratificação devida pela jornada de 6 (seis) horas. Invoca os arts. 110 do Código Civil de 2002, 5º, XXXVI, e 7º, XXVI, da Carta Magna. Transcreve arestos.

Após o julgamento dos segundos Embargos de Declaração do Reclamante, a Ré apresentou novos Embargos, de idêntico teor (fls. 840/875).

Impugnação, às fls. 880/897, em fac-símile, com originais às fls. 900/917.

O Ministério Público do Trabalho não foi ouvido, nos termos regimentais.

É o relatório.

V O T O

Serão examinados os primeiros Embargos apresentados (fls. 802/839), em face da preclusão consumativa, especialmente tendo em vista que, embora tenha havido acréscimo do *decisum* no julgamento dos segundos Embargos de Declaração do Reclamante, referente à forma de cálculo das horas extras, não houve aditamento nos segundos Embargos apresentados pela Ré.

REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

Tempestivos (fls. 785 e 802), bem preparados (fls. 645, 763, 803 e 904) e regular a representação (fls. 787), passo ao exame dos Embargos.

I - ARGÜIÇÃO DE NULIDADE DO ACÓRDÃO EMBARGADO POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

a) Conhecimento

A Ré argúi a nulidade do acórdão embargado por negativa de prestação jurisdicional, indicando ofensa aos arts. 458, II, e 535 do CPC, 5º, LIV e LV, e 93, IX, da Constituição. Aponta omissão na análise da alegação de que o acórdão regional registrara a existência de especial fidúcia, suficiente ao enquadramento no art. 224, § 2º, da CLT. Invoca a Súmula nº 297, II, do TST.

Publicado o acórdão embargado posteriormente ao início da vigência da Lei nº 11.496/2007, que se deu em 23/9/2007, os presentes Embargos sujeitam-se à nova disposição do artigo 894, inciso II, da CLT.

Segundo o novo texto, os Embargos à SBDI-1 são cabíveis apenas quando demonstrada divergência entre decisões de Turmas do TST ou entre o acórdão embargado e

decisão da C. SBDI-1. Em ambas as hipóteses, não serão conhecidos se a decisão impugnada encontrar-se em consonância com súmula ou orientação jurisprudencial do Eg. TST ou do Excelso STF:

“Art. 894. No Tribunal Superior do Trabalho cabem embargos, no prazo de 8 (oito) dias: (Redação dada pela Lei nº 11.496, de 2007)

(...)

II - das decisões das Turmas que divergirem entre si, ou das decisões proferidas pela Seção de Dissídios Individuais, salvo se a decisão recorrida estiver em consonância com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal (Incluído pela Lei nº 11.496, de 2007).”

Assim, afastam-se, de plano, as alegações de violação a dispositivos legais e constitucionais.

Não se cogita de divergência com a Súmula nº 297, II, desta Corte, que trata genericamente da questão do prequestionamento, nada referindo sobre a negativa de prestação jurisdicional, nem sobre as especificidades do caso concreto.

Não conheço.

II - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS - CARGO DE CONFIANÇA BANCÁRIO - EXERCÍCIO DE CARGO DE CONFIANÇA - OPÇÃO DO EMPREGADO POR JORNADA DE OITO HORAS - IMPOSSIBILIDADE - INEXISTÊNCIA DE BOA-FÉ - CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DA IRRENUNCIABILIDADE E DA PRIMAZIA DA REALIDADE - ARTIGOS 9º E 444 DA CLT

a) Conhecimento

A C. Turma conheceu do Recurso de Revista do Reclamante, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, deu-lhe provimento para deferir o pagamento das 7ª e 8ª horas como extraordinárias, calculadas sobre todas as parcelas de natureza

salarial, nos termos da norma regulamentar, com aplicação do divisor 180, e respectivos reflexos. Eis os fundamentos:

“O Eg. Tribunal Regional, às fls. 689/692, manteve o indeferimento do pedido das 7ª e 8ª horas extraordinárias. Eis a fundamentação, **verbis**:

‘A sentença declarou que o reclamante, no cargo de avaliador, exercia função de confiança, com gratificação de 1/3 do salário efetivo de escriturário, enquadrando-o na regra do § 2º do art. 224 da CLT.

Em alguns casos, num quadro probatório distinto, rejeitei a licitude da alteração, ao passo que em outros a endossei.

Em recente julgamento (00177-2005-106-03-00-9-RO, Rel. João Bosco Pinto Lara) esta Eg. Turma adotou entendimento de que o economiário da Caixa Econômica Federal que, sponte sua, aderiu ao Plano de Cargos Commissionados, legitimamente implantado em setembro de 1998, aprovado pelo Ministério do Trabalho e Emprego, enquanto nele permanecer estará sujeito à jornada de oito horas prevista no § 2º do art. 224 da CLT e nos instrumentos coletivos da categoria. Foram estes os fundamentos do acórdão:

‘De início, cumpre observar que aqui se depara com mais uma daquelas inúmeras situações em que a nossa praxe e a nossa jurisprudência acabaram por criar verdadeiros protótipos sobre determinadas situações emergentes das relações de trabalho, e que por simples comodismo passamos a aplicá-los, a torto e a direito, sem maiores perquirições sobre cada caso concreto que nos é submetido. É a hipótese do entendimento disseminado na jurisprudência, e com carradas de razão, no sentido de que os bancos, para burlar a lei e sonegar pagamento de horas extras, cria falsos cargos de confiança bancária e os impõe aos seus bancários. Daí os diversos verbetes da súmula da jurisprudência do Colendo TST a ferir a matéria. Na espécie é a petição inicial que dá os contornos da lide, buscando a sua standardização, sustentando inclusive a ocorrência de alteração lesiva do pactuado de forma a atrair a aplicação do artigo 468 da CLT, o que jamais ocorrera de fato.

Tem-se que a recorrida, simples escriturária da CEF, houve por bem, sem qualquer imposição do empregador, aderir ao denominado Plano de Cargos

Comissionados, implantado em setembro de 1998 e submetido à aprovação do Ministério do Trabalho (fls. 188/203). E ao fazê-lo, recebeu atribuições diferenciadas, muitos mais relevantes do que aquelas de escriturário, passou a trabalhar efetivamente por 08 horas diárias e a receber gratificação de função equivalente a quase 80% do seu vencimento padrão. Não houve, portanto, qualquer alteração ilícita do pactuado, como tenta fazer crer a petição inicial, sendo certo que poderá a reclamante, como previsto nas normas do PCC, retornar a qualquer momento ao cargo efetivo de escriturário e à jornada de 06 horas, como se conhece de vários outros processos idênticos. Tanto pode que, é bom lembrar, ela está até demandando contra o empregador em plena vigência do contrato, fato raríssimo na nossa realidade, um verdadeiro privilégio.

Vem em seguida a outra questão: os cargos, com o conjunto das respectivas funções, podem ser enquadrados no permissivo do § 2º do artigo 224 da CLT? E aqui surge o outro grande equívoco produzido pela jurisprudência estandardizada, que inclusive condiciona os fundamentos da r. sentença recorrida, que é a generalização do entendimento de que o bancário que não detém poder de mando ou de gestão, por menores que sejam, que não seja chefe de ninguém, não exerce cargo de confiança. Redondo equívoco, há muito já apontado pelo insuperável RUSSOMANO em seus Comentários à CLT, e também por muitos outros luminares do Direito do Trabalho. Está escrito, com todas as letras, no texto do referido dispositivo de lei, que o cargo de confiança bancária, que é especial e não se confunde com o gênero do artigo 62, não será apenas aquele de chefia, ou de gerência, ou de fiscalização, ou equivalentes, mas também outros cargos de real confiança, ainda que sejam técnicos ou mesmo subalternos, situações estas que só podem ser aferidas no exame de cada caso concreto.

Este é, exatamente, o caso dos autos. Ao optar, espontaneamente, por ocupar cargos com atribuições maiores do que o seu, de escriturário, e ao receber uma gratificação que alcança quase 80% o valor do seu padrão de vencimento do cargo efetivo, a recorrida, indubitavelmente, teve sua situação enquadrada no referido permissivo de lei.

Se não quer trabalhar 08 horas, que retorne ao seu cargo efetivo de escriturário, ao invés de nele permanecer questionando a legalidade da jornada, sendo

irrelevante que no setor onde se encontra não poderá fazer opção por jornada de 06 horas. Por certo a recorrente, no uso de seu poder diretivo, destinou o conjunto de atividades do setor apenas para aqueles alçados à condição de ocupantes de cargo de confiança.

Lembre-se ainda, que reconhecer à reclamante o direito de perceber as 7a e 8a horas trabalhadas como extras, além do valor considerável da gratificação que lhe é paga para tal fim, é permitir que se crie situação de injustiça em relação aos seus colegas que se encontram na mesma situação funcional. E mais: sendo a recorrente uma empresa pública, que inclusive ostenta um Plano de Cargos Comissionados para possibilitar e incentivar a carreira de seus empregados, sofrerá evidentes prejuízos com a desestruturação deste plano, e poderá ver-se acossada com uma enxurrada de ações em busca de equiparação salarial. Considerando, portanto, a particularidade da situação dos economistas da recorrente em relação ao comum dos bancários, impossível aplicar-se no caso dos autos o modelo jurisprudencial construído para enfrentar as situações de fraude perpetradas comumente no setor dos bancos privados. Por isto a reclamante não faz jus às pretendidas horas extras.

Dou provimento ao recurso para absolver a reclamada de todos os pedidos iniciais.’

O pedido vem calcado na alteração ilícita e na ausência do exercício de cargo de confiança. Acontece que a prova documental (fs. 32 e 275/289) demonstra que o reclamante era designado, temporariamente, para cargo de avaliador executivo. Posteriormente, em set.1998, após se submeter a concurso interno, efetivou-se nessa mesma função, em jornada de seis horas, optando pela de oito horas em 03.nov.1998, sem qualquer prova de vício (f. 276), ao aderir ao Plano de Cargos e Comissionados da Caixa Econômica Federal (fs. 421/488 e depoimento pessoal - f. 635), e teve como contrapartida remuneração superior.

Veja-se que a tabela de f. 383 estampa a significativa diferença remuneratória entre os bancários submetidos às jornadas de seis e oito horas, e que a própria descrição do cargo contida na inicial atrela o empreendimento, nos limites de atuação do autor, ao que este decidiu, configurando nitidamente o cargo de confiança bancária.

Não se pode olvidar que há previsão no PCC do cargo de avaliador executivo com jornada seis horas e

avaliador executivo com jornada de oito horas, tendo o autor optado expressamente pela segunda, como lhe foi facultado pelo Plano (cf. Termo de Opção, itens 3, f. 469, e 12, f. 487). Não há alteração ilícita ou infringência ao art. 468 da CLT.' (fls. 690-692)

Nas razões de recurso de revista, às fls. 702/734, o reclamante alega que, diferentemente da tese defendida pelo Eg. Tribunal Regional, pouco importa se a partir de setembro de 1998 o PCC passou a reger as relações de trabalho. Sustenta que o artigo 224 da CLT é norma especial de tutela do trabalho do bancário e nenhuma outra norma pode afastá-la. Argumenta que, independentemente de qualquer opção pela jornada, deveria estar sujeito a jornada de 6 (seis) horas diárias. Aponta violação dos artigos 9º, 224 e 468 da CLT, bem como arestos para comprovar divergência jurisprudencial.

O reclamante logrou demonstrar divergência jurisprudencial a respeito do tema expressa em vários acórdãos colacionados, dentre eles o v. acórdão de fls. 708/718, transcrito na íntegra, oriundo do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, que, em situação idêntica, não acolheu como válida a opção feita pelo empregado para o exercício da função comissionada prevista no PCC da CEF, com jornada de oito horas.

Conheço, por divergência jurisprudencial.

(. . .)

Restou incontroverso, conforme destacado do julgado recorrido, que o reclamante, ora recorrente, fez opção pelo cumprimento de jornada de trabalho de oito horas diárias, nos termos constantes do Plano de Cargos Comissionados instituído pela Caixa Econômica Federal.

Consta do julgado que o empregado passou a exercer a função de avaliador executivo, depois de ter aderido espontaneamente ao plano de cargos e salários da Caixa. Delimitou-se que tal alteração contratual contou com a anuência expressa do empregado e que representou uma ascensão funcional. Não há controvérsia, pois, de que a Caixa Econômica Federal implementou, por meio de um Plano de Cargos Comissionados, uma variação objetiva da jornada de trabalho dos seus empregados, sendo que, aqueles que

almejassem um novo enquadramento, deveriam anuir expressamente.

Não se trata, pois, de alteração contratual imposta pelo empregador de modo a lesar o direito do empregado. Pelo contrário, a alteração partiu de iniciativa do próprio trabalhador e proporcionou a ele uma ascensão funcional com aumento da carga horária.

Consta, ainda, que o plano de cargos instituído pela Caixa, e ao qual se submeteu o reclamante, estabeleceu o limite de jornada de seis horas diárias aos bancários, ressalvando desse limite aqueles que viessem a exercer cargo de confiança, sendo que o reclamante teria feito a opção pelo cargo dessa natureza, aceitando a alteração da jornada e admitindo o desenvolvimento de atividades mais complexas que aquelas anteriormente executadas.

Não há dúvida, pois, de que houve uma ascensão do reclamante ao cargo previsto no PCC, com alteração da jornada – que passou de seis para oito horas.

A controvérsia se estabeleceu, assim, no sentido de se determinar quais foram os efeitos que a adesão espontânea ao cumprimento da jornada de oito horas, atrelada à alteração de função e salário, proporcionou no enquadramento funcional do empregado, pois a Caixa Econômica Federal, nas contra-razões apresentadas ao recurso, pugna pela aplicação do disposto no § 2º do artigo 224 da CLT, argumentando que o recorrido desempenhava função de confiança, excluindo-o do trabalho em jornada reduzida de seis horas.

Em que pese o meu entendimento de que o empregado que faz livremente a opção pela jornada de oito horas, no anseio de obter promoção funcional e maiores rendimentos, deve a ela se submeter, mesmo porque contou com alteração da função e aumento salarial, curvo-me ao entendimento desta C. Turma, adotando as razões de decidir da Exma. Ministra Rosa Maria Weber Candioti da Rosa, conforme a seguir explicito:

‘Inicialmente, é de se esclarecer que, conforme consignado no acórdão regional, a reclamada não comprovou que o cargo exercido pelo reclamante

demanda fidúcia caracterizadora dos cargos em comissão.

Ora, consabido que o princípio da irrenunciabilidade, que norteia o Direito do Trabalho, impede o afastamento, pela ação da vontade das partes, das normas protetivas, inclusive às relacionadas à jornada de trabalho. Com efeito, os artigos 9º, 444 e 468 da CLT, respectivamente dispõem:

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

As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Há, segundo Américo Plá Rodriguez (Princípios de Direito do Trabalho, São Paulo: LTR, 1978, p. 66-7), verdadeira impossibilidade de o próprio empregado privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio. Os direitos trabalhistas revelam-se marcados com a insígnia da indisponibilidade, e qualquer alteração que vise a suprimir a proteção concedida pelo ordenamento jurídico, sem autorização deste, mostra-se inquinada de nulidade. Nessa linha, destaco a lição de Carmen Camino (Direito Individual do Trabalho , 2ª ed., Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 57-8):

A irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas traduz a idéia da indisponibilidade desses direitos. Vale dizer: os direitos trabalhistas são irrenunciáveis, porque o trabalhador deles não dispõe. Aqui se evidencia ostensivamente o caráter publicístico do Direito do Trabalho: a indisponibilidade é uma garantia social, transcende o indivíduo-trabalhador. Por isso, ele não pode deles abdicar, nem deixar de exercê-los validamente. Se o fizer, o ato ou a omissão correspondentes não se convalidam no tempo.

Sem dúvida, a irrenunciabilidade implica uma restrição à autonomia da vontade. Esta fica paralisada

diante do interesse social que se antepõe ao eventual interesse individual.

Logo, em face das disposições dos artigos 9º, 444 e 468 da CLT, a opção do reclamante pela jornada de 8 horas, ainda que se mostrasse livre de coação, não seria apta a impedir a incidência da jornada insculpida no caput do art. 224 da CLT.

Sobreleva notar que o § 2º do art. 224 da CLT, apenas excepciona a jornada do bancário quando somados o exercício de cargo de confiança e a percepção de gratificação superior a 1/3 do salário:

Art. 224 - A duração normal do trabalho dos empregados em bancos, casas bancárias e Caixa Econômica Federal será de 6 (seis) horas contínuas nos dias úteis, com exceção dos sábados, perfazendo um total de 30 (trinta) horas de trabalho por semana.

(...)

§ 2º - As disposições deste artigo não se aplicam aos que exercem funções de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes, ou que desempenhem outros cargos de confiança, desde que o valor da gratificação não seja inferior a 1/3 (um terço) do salário do cargo efetivo.

Assim, considerar válida a adesão do bancário à jornada de oito horas, com acréscimo de salário, sem que esteja comprovado o exercício de cargo de confiança, viola o § 2º do art. 224 da CLT.

Com efeito, criar-se-ia uma nova exceção, qual seja, a conjugação da opção pela jornada de 8 horas e a percepção da gratificação superior a 1/3 do salário, sem a necessidade da demonstração de verdadeiro cargo de confiança, hipótese que não foi pretendida pelo legislador ordinário (art. 224 §, 2º, da CLT).

Nota-se, pois, conforme entendimento adotado pelo Tribunal de origem, a nítida intenção da reclamada em burlar a legislação trabalhista, em que prevista a jornada de seis horas ao bancário não exercente de cargo em comissão. Isso porque, com a opção da reclamante, houve apenas acréscimo do volume de trabalho e, não, o desempenho de atividades em que requerido desempenho com maior fidedignidade. Ora, é razoável que, ao perceber uma gratificação diferenciada, abrace o empregado maior volume de tarefas, o que, de forma alguma, o enquadra como exercente de cargo de confiança.

Dessarte, a opção pela jornada de 8 (oito) horas revela-se nula de pleno direito, visto que, ao empregado

bancário que não exerça cargo de confiança é assegurada, por norma cogente, o direito indisponível - à jornada de trabalho de 6 (seis) horas.

Ante o exposto, concessa venia da linha adotada no voto do Exmo. Ministro Presidente desta Turma, entendo que, se encontrando o contrato de trabalho em curso, sob tais condições, o cumprimento da jornada de 8 (oito) horas, por parte do reclamante, viola frontalmente o caput do artigo 224 da CLT, razão pela qual, em face dos princípios da proteção e da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, que informam o Direito do Trabalho, se impõe a manutenção da condenação em horas extras.' (TST-RR-345/2006-012-18-00.9, Relatora Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, DJ 09/11/2007)

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso de revista para deferir o pagamento das 7ª e 8ª horas como extraordinárias." (fls. 756/762)

A Reclamada opôs Embargos de Declaração (fls. 766/767), requerendo pronunciamento sobre o registro, no acórdão regional, de que o Autor exercia cargo de confiança.

Os Embargos de Declaração foram rejeitados, nos seguintes termos:

"Alega omissão quanto à fidúcia especial do reclamante junto à Caixa, conforme entendimento do v. acórdão regional que manteve o indeferimento do pedido.

Não há omissão a ser sanada.

Ressalvado entendimento pessoal deste Relator, adotou-se o posicionamento da C. 6ª Turma, por maioria, consubstanciado nas razões de decidir da Exma. Senhora Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, conforme fundamentação transcrita no v. acórdão embargado, em que ficou expressamente consignado não desempenhar o reclamante atividade em que requerida maior fidúcia. Transcreve-se trecho de seguinte teor de fl. 762, **verbis**:

'(...) Isso porque, com a opção da reclamante, houve apenas acréscimo do volume de trabalho e, não, o desempenho de atividades em que requerido desempenho com maior fidúcia.'

Desse modo, não há falar em omissão, haja vista que a prestação jurisdicional foi plena, a teor dos arts. 897-A da CLT e 535 do CPC.

Rejeito os embargos de declaração.” (fls. 783)

A Ré afirma a validade da opção pela jornada de 8 (oito) horas, nos termos do Plano de Cargos e Salários aprovado por acordo coletivo. Aduz que o acórdão regional foi categórico ao afirmar a existência de fidúcia, sem descrever as funções realizadas pelo Autor, o que, a teor das Súmulas n^{os} 102, I, e 126 do TST, impediria a modificação do julgado quanto ao enquadramento no art. 224, § 2º, da CLT. Alega que, pela teoria do conglobamento, o Autor não poderia gozar das vantagens da opção, percebendo a gratificação, sem a correspondente majoração da jornada. Invoca os arts. 110 do Código Civil de 2002, 5º, XXXVI, e 7º, XXVI, da Carta Magna. Transcreve arestos.

Como ressaltado acima, publicado o acórdão embargado posteriormente ao início da vigência da Lei nº 11.496/2007, que se deu em 23/9/2007, os presentes Embargos sujeitam-se à nova disposição do artigo 894, inciso II, da CLT, sendo inócuas as alegações de ofensa a dispositivos legais e constitucionais.

Quanto ao exercício de cargo de confiança, não se caracteriza divergência com a Súmula nº 102, I, do TST, nem com os arestos colacionados (fls. 821/824), que partem da premissa fática de que o acórdão recorrido não contém elementos suficientes para a modificação do julgado, no tocante ao enquadramento no art. 224, § 2º, enquanto a C. Turma entendeu possível inferir do acórdão regional que houve apenas acréscimo no volume de trabalho, não se verificando o exercício de atividades de especial fidúcia. Assim, não se verifica a identidade de premissas fáticas, quanto aos elementos contidos no acórdão regional, como exigido pela Súmula nº 296, I, do TST.

A Súmula nº 126 desta Corte é também inespecífica, porque enuncia tese genérica sobre a impossibilidade de reexame de fatos e provas, não especificando os elementos fáticos necessários ao confronto, nos termos do item I da Súmula nº 296 desta Corte. A alegação é voltada a eventual acerto da C. Turma na apreciação das premissas fáticas consignadas no acórdão regional, não se compatibilizando com a exclusiva finalidade uniformizadora da C. SBDI-1, após o advento da Lei nº 11.496/2007.

Quanto à validade da opção pela jornada de 8 (oito) horas, o aresto de fls. 806/807, proveniente da C. 7ª Turma desta Corte, autoriza o conhecimento dos Embargos, ao consignar tese divergente, no sentido de que "deferir a sétima e a oitava horas laboradas como extras é atentar contra o princípio da boa-fé, desprezar o acordado entre as partes, bem como criar uma situação injusta e desigual entre os colegas que também aderiram ao referido plano" (fls. 807).

Conheço, por divergência jurisprudencial.

b) Mérito

A discussão a ser enfrentada cinge-se à validade da opção do Reclamante pelo cargo em comissão com jornada de oito horas, em contraste com o disposto no art. 224, *caput*, da CLT.

No caso dos autos, a alegação de boa-fé das partes não tem o condão de conferir validade à opção efetuada pelo Reclamante. A premissa do direito como integridade impõe, com todas as suas conseqüências, a aplicação dos princípios protetivo, da irrenunciabilidade e da primazia da realidade, os quais conformam e justificam, de modo coerente, o Direito do Trabalho em nosso ordenamento jurídico.

O princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas decorre do próprio caráter cogente e de ordem pública do Direito do Trabalho. Significa, nessa esteira, que o trabalhador - inclusive pela desigualdade econômica em que se encontra perante o empregador - não pode abrir mão dos

direitos legalmente previstos. Esse princípio tem por fim protegê-lo não apenas perante o empregador, mas também com relação a si mesmo. Ou seja, o trabalhador não pode se despojar, ainda que por livre vontade, dos direitos que a lei lhe assegura.

Por sua vez, o princípio da primazia da realidade orienta no sentido de que deve ser privilegiada a prática efetiva, a par do que eventualmente tenha sido estipulado em termos formais entre as partes. Aliás, *é justamente esse princípio - ao lado do princípio protetor - que matiza a aplicação do princípio da boa-fé às relações trabalhistas.*

Não se trata, nesse último caso, de um conflito entre princípios. Ao revés, necessário é, como propõe Ronald Dworkin, buscar a decisão correta para o caso concreto, a partir da conformação que os princípios abraçados pelo ordenamento jurídico devem adquirir.

Assim, se os princípios protetivo e da primazia da realidade matizam a aplicação do princípio da boa-fé às relações trabalhistas, não há falar em boa-fé quando exatamente esses mesmos princípios são contrariados. Em outras palavras, não há, na espécie, como reconhecer boa-fé em prática que ofende os princípios protetivo e da primazia da realidade.

A validade da opção discutida *in casu* encontra óbice imediato no art. 444 da CLT, um dos corolários do princípio da irrenunciabilidade. De fato, o preceito veda a estipulação de relações contratuais de trabalho que contrariem as disposições de proteção ao labor - ainda que aparentem ser favoráveis ao empregado. Nesse sentido, é importante recordar que a jornada do bancário está prevista no Título III da CLT, que trata exatamente "Das Normas Especiais de Tutela do Trabalho".

A prática narrada nos autos contraria também o art. 9º da CLT, que corresponde a um desdobramento do princípio da primazia da realidade. A conduta adotada pelas partes na hipótese vertente volta-se diretamente contra a

aplicação dos preceitos contidos na Consolidação das Leis do Trabalho.

Aliás, foi exatamente o referido princípio que ensejou, no âmbito desta Corte, a edição da Súmula nº 102, I: “a configuração, ou não, do exercício da função de confiança a que se refere o art. 224, § 2º, da CLT, *dependente da prova das reais atribuições do empregado*, é insuscetível de exame mediante recurso de revista ou de embargos” (grifei).

Não é suficiente, assim, a declaração das partes de exercício da função de confiança; indispensável é, portanto, a correspondência da declaração de vontade à prática efetiva.

Entender diversamente implicaria afastar, de forma casuística, os princípios da irrenunciabilidade e da primazia da realidade, em detrimento, ainda, da coerência do próprio direito do trabalho.

Vale acrescentar que *não é relevante à solução da controvérsia o valor eventualmente percebido pelo Reclamante*, na espécie, em contrapartida à opção pelo cargo em comissão com jornada de oito horas. Tal argumento acarretaria nítido prejuízo à carga deontológica do direito e à normatividade dos artigos 9º e 444 da CLT.

Assim, com essa fundamentação, entendo que a opção feita pelo Empregado é nula de pleno direito, por contrariar os artigos 9º, 224, *caput*, e 444 da CLT e os princípios da irrenunciabilidade e da primazia da realidade. Devido é, portanto, o pagamento, como extras, das sétima e oitava horas diárias, em face do reconhecimento do direito à jornada prevista no art. 224, *caput*, da CLT.

No mesmo sentido, os seguintes precedentes da SBDI-1: E-RR-1.040/2006-005-10-00, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ 9/5/2008; E-RR-30/2006-019-05-00, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ 4/4/2008.

Assim, conclui-se que o acórdão embargado não merece reparos.

Nego provimento.

III - COMPENSAÇÃO - GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO - HORAS EXTRAS

A Reclamada requer a compensação da gratificação paga pela jornada de 8 (oito) horas com os valores devidos a título de horas extras. Sustenta ser inaplicável a Súmula nº 109 do TST. Entende que as horas extras e o salário futuro devem ser calculados considerando-se a gratificação devida pela jornada de 6 (seis) horas. Transcreve arestos e invoca o art. 5º, II, da Constituição.

A C. Turma não se pronunciou sobre a possibilidade de compensação dos valores devidos pelo labor extraordinário, em razão do reconhecimento da jornada de 6 (seis) horas, com o que foi efetivamente pago a título de gratificação de função, considerando a diferença entre a gratificação prevista no plano de cargos e salários para a jornada de 8 (oito) horas e a estipulada para a de 6 (seis).

Os Embargos de Declaração opostos pela Reclamada não versaram tal questão.

Assim, é impossível a análise da matéria, por ausência de prequestionamento, nos termos da Súmula nº 297 desta Corte.

Quanto à forma de cálculo das horas extras, o apelo fundamenta-se apenas em divergência com julgados de Tribunais Regionais, hipótese não albergada pelo art. 894, II, da CLT.

Não conheço.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer dos Embargos, no tocante à validade da opção pela jornada de 8 horas, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negar-lhes provimento; deles não conhecer quanto aos demais temas.

Brasília, 6 de outubro de 2008.

MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI
Ministra-Relatora

PROC. Nº TST-E-ED-RR-899/2005-003-22-00.2

A C Ó R D ã O

SBDI-1

MCP/tb/rom

**EMBARGOS - CAIXA ECONÔMICA
FEDERAL - PLANO DE CARGOS E
SALÁRIOS - CARGO DE CONFIANÇA
BANCÁRIO - OPÇÃO DO EMPREGADO
POR JORNADA DE OITO HORAS -
CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DA
IRRENUNCIABILIDADE E DA
PRIMAZIA DA REALIDADE - ARTIGOS
9º E 444 DA CLT**

1. A discussão dos autos cinge-se à validade da opção do Reclamante pelo cargo em comissão com jornada de oito horas, em confronto com o que dispõe o art. 224 da CLT.

2. As peculiaridades da consolidação e institucionalização do direito do trabalho, no contexto do Estado Social, refletiram na formação de seus princípios basilares, como os da proteção do trabalhador, da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas e da primazia da realidade.

3. O princípio da irrenunciabilidade decorre do próprio caráter cogente e de ordem pública do direito do trabalho. Significa, nessa esteira, que o trabalhador - inclusive pela desigualdade econômica em que se encontra perante o empregador - não pode abrir mão dos direitos legalmente previstos. Esse princípio tem por fim protegê-lo não apenas perante o empregador, mas também com relação a si mesmo. Ou seja, o trabalhador não pode se

despojar, ainda que por livre vontade, dos direitos que a lei lhe assegura.

4. Por sua vez, o princípio da primazia da realidade orienta no sentido de que deve ser privilegiada a prática efetiva, a par do que eventualmente tenha sido estipulado em termos formais entre as partes. Aliás, *é justamente esse princípio - ao lado do princípio protetor - que matiza a aplicação do princípio da boa-fé às relações trabalhistas.*

5. Não se trata, nesse último caso, de conflito entre princípios. Ao revés, necessário é, como propõe Ronald Dworkin, buscar a decisão correta para o caso concreto, a partir da conformação que os princípios abraçados pelo ordenamento jurídico devem adquirir.

6. Nesse sentido, dois parâmetros são importantes. O primeiro é afirmar a carga deontológica dos direitos, como condição necessária e indispensável para "levá-los a sério". O segundo é encarar o direito a partir da premissa da integridade.

7. A premissa do direito como integridade é relevante sobretudo quando se enfrenta uma questão jurídica - como a presente - em uma perspectiva principiológica, o que, a seu turno, mostra-se ainda mais importante no atual paradigma do Estado Democrático de Direito.

8. No caso dos autos, a alegação de boa-fé das partes não tem o condão de conferir

validade à opção efetuada pelo Reclamante. A premissa do direito como integridade impõe, com todas as suas conseqüências, a aplicação dos princípios protetivo, da irrenunciabilidade e da primazia da realidade, os quais conformam e justificam, de modo coerente, o direito do trabalho em nosso ordenamento jurídico.

9. Assim, se os princípios protetivo e da primazia da realidade matizam a aplicação do princípio da boa-fé às relações trabalhistas, não há falar em boa-fé quando exatamente esses mesmos princípios são contrariados. Em outras palavras, não há, na espécie, como reconhecer boa-fé em prática que ofende os princípios protetivo e da primazia da realidade.

10. A validade da opção discutida *in casu* encontra óbice imediato no art. 444 da CLT, um dos corolários do princípio da irrenunciabilidade. De fato, o preceito veda a estipulação de relações contratuais de trabalho que contrariem as disposições de proteção ao labor - ainda que aparentem ser favoráveis ao empregado. Nesse sentido, é importante recordar que a jornada do bancário está prevista no título III da CLT, que trata exatamente "Das Normas Especiais de Tutela do Trabalho".

11. A prática narrada nos autos contraria também o art. 9º da CLT, que corresponde a um desdobramento do princípio da primazia da realidade. A

conduta adotada pelas partes, na hipótese vertente, volta-se diretamente contra a aplicação dos preceitos contidos na Consolidação das Leis do Trabalho.

12. Aliás, foi exatamente o referido princípio que ensejou, no âmbito desta Corte, a edição da Súmula nº 102, I: “a configuração, ou não, do exercício da função de confiança a que se refere o art. 224, § 2º, da CLT, *dependente da prova das reais atribuições do empregado*, é insuscetível de exame mediante recurso de revista ou de embargos” (grifei).

13. Não é suficiente, assim, a declaração das partes de exercício da função de confiança; indispensável é, portanto, a correspondência da declaração de vontade à prática efetiva.

14. Entender diversamente implicaria afastar, de forma casuística, os princípios da irrenunciabilidade e da primazia da realidade, em detrimento, ainda, da coerência do próprio direito do trabalho.

15. Vale acrescentar que *não é relevante à solução da controvérsia o valor eventualmente percebido pelo Reclamante*, na espécie, em contrapartida à opção pelo cargo em comissão com jornada de oito horas. Tal argumento acarretaria nítido prejuízo à carga deontológica do direito e à normatividade dos artigos 9º e 444 da CLT.

16. Assim, na hipótese vertente, a opção feita pelo Reclamante é nula de pleno direito, por contrariar os artigos 9º e 444 da CLT e os

princípios da irrenunciabilidade e da primazia da realidade.

17. Devido é, portanto, o pagamento, como extras, das sétima e oitava horas diárias, em face do reconhecimento do direito à jornada prevista no art. 224, *caput*, da CLT.

MULTA DO ARTIGO 538 DO CPC

Identificado na espécie que os Embargos de Declaração não foram opostos com intuito manifestamente protelatório, impõe-se a exclusão da multa aplicada.

Embargos conhecidos e providos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº **TST-E-ED-RR-899/2005-003-22-00.2**, em que é Embargante **FRANCISCO DO NASCIMENTO SOUSA** e Embargada **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF**.

A C. 4ª Turma, pelo acórdão de fls. 478/481, complementado pelo de fls. 495/498, conheceu do Recurso de Revista da Ré, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, deu-lhe provimento parcial para, reformando o acórdão regional, excluir da condenação o pagamento das sétima e oitava horas como extras.

O Reclamante interpõe Embargos, às fls. 501/510. Argúi, inicialmente, a nulidade do julgado, por negativa de prestação jurisdicional. Sustenta ter jus à jornada de seis horas. Argumenta que a sujeição à duração diária de oito horas não é possível por opção a Plano de Cargos e Salários. Acresce ser necessária a demonstração de fidúcia especial. Invoca os artigos 224, § 2º, 9º, 444, 468 e 896 da CLT. Aponta contrariedade às Súmulas nºs 23, 51, 102, 109, 126 e 296 do TST. Traz arestos ao confronto de teses. Por fim,

insurge-se contra a aplicação da multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC.

Impugnação, às fls. 515/525.

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos regimentais.

É o relatório.

V O T O

REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

Os Embargos preenchem os requisitos extrínsecos de admissibilidade.

I - NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Deixo de analisar a preliminar epigrafada, nos termos do artigo 249, § 2º, do CPC.

II - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS - CARGO DE CONFIANÇA BANCÁRIO - OPÇÃO DO EMPREGADO POR JORNADA DE OITO HORAS - CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DA IRRENUNCIABILIDADE E DA PRIMAZIA DA REALIDADE - ARTIGOS 9º E 444 DA CLT

a) Conhecimento

A C. 4ª Turma, pelo acórdão de fls. 478/481, complementado pelo de fls. 495/498, conheceu do Recurso de Revista da Ré, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, deu-lhe provimento parcial para, reformando o acórdão regional, excluir da condenação o pagamento das sétima e oitava horas como extras. Eis a ementa:

“CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS - JORNADA DE TRABALHO DE OITO HORAS DIÁRIAS - VALIDADE.

1. O Plano de Cargos e Salários da CEF previa, para os empregados que aderissem às respectivas regras, atribuição diferenciada, com jornada de oito horas diárias, recebendo, em contrapartida, remuneração superior.

2. Na hipótese vertente, a Corte de origem concluiu que o Reclamante fazia jus à sétima e à oitava hora laborada como extras, por entender que pouco importava a opção pela jornada de oito horas diárias, sendo certo que a gratificação de função apenas remunerava a maior responsabilidade do cargo.

3. Contra a referida decisão, a Demandada sustenta que o Obreiro aderiu espontaneamente ao Plano de Cargos e Salários, razão pela qual não faz jus às horas extraordinárias deferidas.

4. Com efeito, deferir como extras a sétima e a oitava hora laborada é atentar contra o princípio da boa-fé, desprezar o acordado entre as partes, bem como criar uma situação injusta e desigual entre os colegas que também aderiram ao referido plano.

5. Ademais, o Reclamante, que está demandando contra a Empregadora em plena vigência do contrato de trabalho, poderá retornar, a qualquer momento, à jornada de seis horas, sendo certo que, nessa hipótese, não restará configurada alteração prejudicial das condições do contrato de trabalho, mas mero cumprimento das disposições previstas no Plano de Cargos e Salários.

Recurso de revista provido.” (fls. 478)

O Reclamante interpõe Embargos, às fls. 501/510. Sustenta ter jus à jornada de seis horas. Argumenta que a sujeição à duração diária de oito horas não é possível por opção a Plano de Cargos e Salários. Acresce ser necessária a demonstração de fidúcia especial. Invoca os artigos 224, § 2º, 9º, 444, 468 e 896 da CLT. Aponta contrariedade às Súmulas nºs 23, 51, 102, 109, 126 e 296, do TST.

Embargos interpostos anteriormente à Lei nº 11.496/2007.

De início, deve-se repisar uma importante premissa registrada pela Corte Regional (fls. 408): o Autor desempenhava funções meramente técnicas, não havendo fidúcia especial. Vale dizer, não exercia função de confiança bancária, prevista no art. 224, § 2º, da CLT. Essa premissa não pode ser alterada nesta instância extraordinária, consoante preceituam as Súmulas nºs 102, I, e 126 do TST.

Assim, a discussão a ser enfrentada cinge-se, então, à validade da opção do Reclamante pelo cargo em comissão com jornada de oito horas, em contraste com o disposto no art. 224, *caput*, da CLT.

Uma perspectiva histórica, em que o olhar para o passado tem por horizonte o presente (e também o futuro), pode ser útil. É necessário, então, ativar a memória do direito, observando-se, em particular, a narrativa própria do direito do trabalho. Para isso, a concepção dos paradigmas de Estado pode mostrar-se bastante promissora.

Nesse sentido, é importante recordar que a institucionalização do direito do trabalho acompanhou, em maior ou menor medida, a passagem do paradigma do Estado Liberal para o Estado Social. A igualdade meramente jurídica entre os indivíduos deveria, então, ser assegurada materialmente, e não mais, portanto, de modo apenas formal. Não por acaso, observa Niklas Luhmann que o Estado de Bem-Estar Social tinha por princípio fundamental a inclusão (leia-se "acesso") da totalidade dos indivíduos nos diversos sistemas funcionais da sociedade, como educação, saúde, economia, etc., com a pretensão de reduzir as efetivas desigualdades materiais (cf. LUHMANN, Niklas. *Teoría Política en el Estado de Bienestar*. Introdução e tradução de Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial, 2002).

E foram justamente a exacerbada exploração do homem pelo homem, propiciada pelo *laissez-faire*, *laissez-passer*, e os excessos provocados pela abstrata igualdade meramente jurídica entre os indivíduos fatores que conduziram, no bojo do Estado Social, à consolidação e institucionalização do direito do trabalho. Em outras palavras, este ramo do direito surgiu (e continua) exatamente com o desafio de controlar os exageros do capitalismo no Estado Liberal.

Essa peculiaridade, vale dizer, esse permanente desafio com que se defronta o direito do trabalho refletiu na formação de seus princípios basilares, como o da proteção do trabalhador. Para os fins presentes, é suficiente

destacar em especial dois deles: os princípios da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas e da primazia da realidade.

O primeiro desses princípios decorre do próprio caráter cogente e de ordem pública do direito do trabalho. Significa, nessa esteira, que o trabalhador - inclusive pela desigualdade econômica em que se encontra perante o empregador - não pode abrir mão dos direitos legalmente previstos. É relevante frisar: esse princípio tem por fim proteger o trabalhador não apenas perante o empregador, mas também com relação a si mesmo. Ou seja, o trabalhador, repita-se, não pode se despojar, ainda que por livre vontade, dos direitos que a lei lhe assegura.

Uma das manifestações do princípio da irrenunciabilidade é o que dispõe o art. 444 da CLT: “as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”.

Por sua vez, o princípio da primazia da realidade orienta no sentido de que deve ser privilegiada a prática efetiva, a par do que eventualmente tenha sido estipulado em termos formais entre as partes. Aliás, já é possível antecipar, *é justamente esse princípio - ao lado do princípio protetor - que matiza a aplicação do princípio da boa-fé às relações trabalhistas.*

Um questionamento pode ser elucidativo. Pensemos no exemplo (clássico) em que as partes, ambas de boa-fé, celebram um simples contrato de prestação de serviços, em que o trabalhador, de imediato, declara a condição de autônomo, mas que se constata, nesse mesmo caso hipotético, que o labor é desenvolvido de forma pessoal, não-eventual, subordinada e onerosa, de acordo com o que preceitua os artigos 2º e 3º da CLT - ou seja, o liame reveste-se das características da relação de emprego. Indaga-se, então: o que prevalece, a vontade das partes ou a disposição legal? O princípio da boa-fé prepondera em face do princípio da primazia da realidade?

Há muito tempo não pairam dúvidas em nosso ordenamento jurídico - inclusive, pois, na jurisprudência dos Tribunais trabalhistas - de que, no exemplo acima, estar-se-ia diante de uma autêntica relação de emprego. Não é fortuito, portanto, o que preceitua o art. 9º da CLT: “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

Não se trata, porém, de um conflito entre princípios - como preconizariam os adeptos da visão axiológica de Robert Alexy. Ao revés, necessário é, como propõe Ronald Dworkin, buscar a decisão correta para o caso concreto, a partir da conformação que os princípios abraçados pelo ordenamento jurídico devem adquirir. E aqui dois parâmetros são importantes. O primeiro é afirmar a carga deontológica dos direitos, como condição necessária e indispensável para “levá-los a sério”. O segundo é encarar o direito a partir da premissa da integridade.

De acordo com o primeiro parâmetro indicado, o direito não pode ser aplicado segundo cálculos utilitaristas, que o considerem numa perspectiva puramente instrumental. O direito vale como dever (em termos deontológicos, portanto), e não como mero mecanismo de obtenção de uma finalidade.

A teoria dos sistemas, bastante difundida a partir dos estudos do já referido Niklas Luhmann, justamente ensina que argumentos de natureza econômica (bem como política, moral ou religiosa, etc.) não entram no debate quando se trata da aplicação do direito, ou, em termos sistêmicos, não são relevantes para a garantia de expectativas normativas mediante a alocação do código *direito/não-direito*, específico do sistema jurídico. Do contrário, esse sistema operaria como uma mera extensão do sistema econômico (ou político, ou moral, ou, ainda, religioso, etc.) e não cumpriria a função de garantir direitos (ou, melhor, expectativas normativas - cf. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2005; esp. cap. 2).

Por outro lado, a premissa do direito como integridade é relevante sobretudo quando se enfrenta uma questão jurídica - como a presente - em uma perspectiva principiológica, o que, a seu turno, mostra-se ainda mais importante no atual paradigma do Estado Democrático de Direito. Como observa o Prof. Menelick de Carvalho Netto:

“No paradigma do Estado Democrático de Direito, é preciso requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e as regras constitutivos do direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do direito, quanto no sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto.” (Cf. CARVALHO NETTO, Menelick de. “A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito”. In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, nº 6. Brasília: Ed. UnB, 2º semestre de 1998, p. 245)

A premissa da integridade informa exatamente que os princípios não devem ser aplicados casuisticamente. Nas palavras de Dworkin, “a integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção”. E prossegue o jusfilósofo, explicitando a relação daquela premissa com a perspectiva histórica:

“A integridade não exige coerência de princípio em todas as etapas históricas do direito de uma comunidade; não exige que os juízes tentem entender as leis que aplicam como uma continuidade de princípio com o direito de um século antes, já em desuso, ou mesmo de uma geração anterior. Exige uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar. *Insiste em que o direito* – os direitos e deveres que decorrem de decisões coletivas tomadas no passado e que, por esse motivo, permitem ou exigem a coerção – *contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários a sua justificativa.*” (grifei; Cf. DWORKIN,

Ronald. *O império do direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 268 e 274, respectivamente)

Partindo, portanto, dessas premissas - quais sejam, a força deontológica do direito e a integridade como coerência na aplicação dos princípios que o justificam -, chega-se ao entendimento de que, em questões trabalhistas, os princípios da irrenunciabilidade e da primazia da realidade não cedem passo ao da boa-fé, nem se enfraquecem perante argumentos econômicos ou cálculos utilitaristas, que afirmem a prevalência da disposição monetária em detrimento de direitos consagrados no ordenamento jurídico.

Pois bem, no caso dos autos, o Autor, repita-se, optou por ocupar cargo em comissão com jornada de oito horas, sendo que o art. 224 da CLT assegura aos bancários jornada de seis horas, exceto quando se tratar de função de confiança (na forma do § 2º), hipótese esta, contudo, já afastada na espécie.

A alegação de boa-fé das partes, como exposto acima, não tem o condão de conferir validade à opção efetuada pelo Reclamante. Com efeito, a premissa do direito como integridade impõe, com todas as suas conseqüências, a aplicação dos princípios protetivo, da irrenunciabilidade e da primazia da realidade, os quais conformam e justificam, de modo coerente, o direito do trabalho em nosso ordenamento jurídico. Assim, *se os princípios protetivo e da primazia da realidade matizam a aplicação do princípio da boa-fé às relações trabalhistas, não há falar em boa-fé quando exatamente esses mesmos princípios são contrariados*. Em outras palavras, não há, na espécie, como reconhecer boa-fé em prática que ofende os princípios protetivo e da primazia da realidade.

A validade da opção discutida, *in casu*, encontra óbice imediato no art. 444 da CLT, um dos corolários do princípio da irrenunciabilidade. De fato, o preceito veda a estipulação de relações contratuais de trabalho que contrariem as disposições de proteção ao labor - ainda que aparentem ser favoráveis ao empregado. Nesse sentido, é importante recordar

que a jornada do bancário está prevista no título III da CLT, que trata exatamente "Das Normas Especiais de Tutela do Trabalho".

Além disso, a prática narrada nos autos contraria também o art. 9º da CLT, que corresponde, a sua vez, a um desdobramento do princípio da primazia da realidade. A conduta adotada pelas partes, na hipótese vertente, volta-se diretamente contra a aplicação dos preceitos contidos na Consolidação das Leis do Trabalho. Aliás, foi exatamente o referido princípio que ensejou, no âmbito desta Corte, a edição da Súmula nº 102, I: "a configuração, ou não, do exercício da função de confiança a que se refere o art. 224, § 2º, da CLT, *dependente da prova das reais atribuições do empregado*, é insuscetível de exame mediante recurso de revista ou de embargos" (grifei).

Não é suficiente, assim, a declaração das partes de exercício da função de confiança; indispensável é, portanto, a correspondência entre a declaração de vontade e a prática efetiva. Entender diversamente implicaria afastar, de forma casuística, os princípios da irrenunciabilidade e da primazia da realidade, em detrimento, ainda, da coerência do próprio direito do trabalho.

Vale acrescentar que *não é relevante à solução da controvérsia o valor eventualmente percebido pelo Reclamante*, na espécie, em contrapartida à opção pelo cargo em comissão com jornada de oito horas. Tal argumento acarretaria nítido prejuízo à carga deontológica do direito e à normatividade dos artigos 9º e 444 da CLT.

É de se afastar também a assertiva da C. Turma de que o acolhimento da pretensão do Autor geraria uma situação injusta e desigual entre os colegas que também aderiram ao referido plano. Isso porque o princípio da igualdade, decerto, não pode servir como óbice para a reparação de um direito. Vale dizer, a ilicitude de uma conduta não serve de parâmetro ao princípio da isonomia.

Assim, com essa fundamentação, entendo que a opção feita pelo Empregado é nula de pleno direito, por

contrariar os artigos 9º e 444 da CLT e os princípios da irrenunciabilidade e da primazia da realidade. Devido é, portanto, o pagamento, como extras, das sétima e oitava horas diárias, em face do reconhecimento do direito à jornada prevista no art. 224, *caput*, da CLT.

No mesmo sentido já decidiu esta C. Subseção, no julgamento dos ERR-1.454/2005-103-03-40, em acórdão de minha autoria (publicado no DJ de 29/2/2008).

Ressalte-se, por oportuno, que a questão da compensação não foi articulada no Recurso de Revista da CEF, inviabilizando a análise do tema.

Conheço dos Embargos, por violação aos artigos 9º e 444 da CLT.

b) Mérito

Conhecidos os Embargos por violação aos artigos 9º e 444 da CLT, **dou-lhes provimento** para, reformando o acórdão embargado, condenar a Reclamada ao pagamento, como extras, das sétima e oitava horas e reflexos, restabelecendo o acórdão regional no particular.

II - MULTA APLICADA NO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ARTIGO 538 DO CPC

a) Conhecimento

A C. Turma, ao julgar os Embargos de Declaração (fls. 495/498), aplicou a multa prevista no artigo 538 do CPC, por considerá-los protelatórios.

Nos Embargos, o Reclamante alega que os Embargos de Declaração foram opostos no pleno exercício das prerrogativas processuais conferidas às partes, não havendo justificativa para a imposição da penalidade. Indica ofensa ao artigo 538, parágrafo único, do CPC.

Como bem assinalado pelo Embargante, nos Embargos de Declaração, buscou-se tão-só a manifestação pela C. Turma sobre aspectos que entendia a parte serem relevantes ao deslinde da controvérsia. Não se identifica, na espécie, o intuito protelatório indicado no artigo 538 do CPC, base

material da multa aplicada, até porque o Autor não teria nenhum interesse em protelar o feito.

Conheço, pois, por ofensa ao artigo 538, parágrafo único, do CPC.

b) Mérito

A conseqüência do conhecimento dos Embargos por ofensa a dispositivo legal é o seu provimento. Assim, **dou-lhes provimento** para excluir da condenação a multa aplicada às fls. 498.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, deixando de analisar a preliminar de nulidade do julgado, por negativa de prestação jurisdicional, nos termos do artigo 249, § 2º, do CPC, conhecer dos Embargos, por violação aos artigos 9º e 444 da CLT, vencido o Exmo. Ministro Milton de Moura França, e, no mérito, por unanimidade, dar-lhes provimento para, reformando o acórdão embargado, condenar a Reclamada ao pagamento, como extras, das sétima e oitava horas e reflexos, restabelecendo o acórdão regional no particular; conhecer dos Embargos no tema "multa por Embargos de Declaração protelatórios", por violação ao art. 538, parágrafo único do CPC, e, no mérito, dar-lhes provimento para excluir da condenação a multa aplicada às fls. 498.

Brasília, 04 de dezembro de 2008.

MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI
Ministra-Relatora

PROC. Nº TST-E-ED-RR-37.527/2002-900-09-00.4

A C Ó R D ã O

SBDI-1

VA/al/va

TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. JORNADA DE OITO HORAS PREVISTA EM NORMA COLETIVA. SÚMULA Nº 423 DO TST. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 896 DA CLT CONFIGURADA.

Esta Corte uniformizadora já se posicionou no entendimento da possibilidade de elástico da jornada superior a seis horas para trabalho em turnos ininterruptos de revezamento, por intermédio de regular negociação coletiva, consoante se extrai da Súmula nº 423 do TST: “Estabelecida jornada superior a seis horas e limitada a oito horas por meio de regular negociação coletiva, os empregados submetidos a turnos ininterruptos de revezamento não tem direito ao pagamento da 7ª e 8ª horas como extras”. Configurada a ofensa ao artigo 896 da CLT. Embargos **conhecidos e providos**.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Embargos em Embargos Declaratórios em Recurso de Revista nº **TST-E-ED-RR-37.527/2002-900-09-00.4**, em que são Embargantes **ALL - AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA DO BRASIL S.A. e UNIÃO (SUCESSORA DA EXTINTA RFFSA)** e é Embargado **JOÃO MARCOS VAN KAN**.

A colenda Quarta Turma desta Corte, pelo acórdão de fls. 719-734, não conheceu do recurso de revista das reclamadas quanto ao tema “Horas extras. Turnos ininterruptos de revezamento”, consignando estar configurado o regime de turnos ininterruptos de revezamento, e que a concessão de intervalo intrajornada não descaracteriza tal regime, conforme disposto na Súmula nº 360 do TST.

Decidiu que a Orientação Jurisprudencial nº 169 da SBDI-1 do TST não se aplicava ao caso, pois o Regional consignou que as cláusulas normativas eram nulas, por suprimirem direitos, sem especificar quais seriam, hipótese não tratada no referido verbete sumular.

Foram opostos embargos declaratórios pela ALL, às fls. 736-739, os quais foram acolhidos para sanar omissão quanto à análise dos artigos 236 e 247 da CLT, tendo a Turma registrado que a decisão regional está em consonância com a Orientação Jurisprudencial nº 274 da SBDI-1 do TST, segundo a qual o ferroviário tem direito à jornada reduzida de seis horas, prevista no artigo 7º, inciso XIV, da Constituição Federal, quando submetido a escalas variadas, com alternância de turnos (acórdão de fls. 754-756).

A RFFSA interpõe embargos à SBDI às fls. 759-764.

Sustenta que a sua atividade não é contínua, tampouco os turnos de trabalho são ininterruptos, não havendo falar em aplicação do artigo 7º, inciso XIV, da Constituição Federal.

Alega que o ferroviário não presta serviço de forma contínua, pois faz paradas em estações e terminais de carga e descarga. Aponta violação dos artigos 241 e seguintes da CLT.

A ALL, por sua vez, interpõe embargos à SBDI às fls. 767-770.

Alega que as normas coletivas preveem a jornada de oito horas também para o turno ininterrupto de revezamento, não podendo tal disposição normativa deixar de ser aplicada, sob pena de contrariar a Orientação Jurisprudencial nº 169 da SBDI-1 do TST.

Sustenta que a profissão do ferroviário é regida pelos artigos 236 e seguintes da CLT, trabalhando em escalas fixas e não em turno ininterrupto de revezamento.

Aponta violação dos artigos 7º, incisos XIV e XXVI, da Constituição Federal e 236, 247 e 896 da CLT.

Impugnação não apresentada.

O d. Ministério Público do Trabalho, à fl. 777, opinou pelo não conhecimento dos embargos.

É o relatório.

V O T O

EMBARGOS DA ALL - AMÉRICA LATIVA LOGÍSTICA DO BRASIL S.A.

**CONHECIMENTO
TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. JORNADA DE OITO HORAS PREVISTA EM NORMA COLETIVA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 896 DA CLT**

I - CONHECIMENTO

A Turma não conheceu do recurso de revista da reclamada, no particular, alicerçando-se nos seguintes fundamentos:

“O Regional, pelo cotejo dos cartões de ponto, consignou que ficou evidenciada a ocorrência de trabalho em turno ininterrupto de revezamento (fl. 615). Nesse contexto, ante o reconhecimento do labor nesse sistema, pelo Regional, as alegações da reclamada, em sentido inverso, ou seja, de que o trabalho não era em turno ininterrupto de revezamento, não prosperam, porque necessário, nesse caso, o revolvimento de fatos e provas para se chegar a conclusão diversa da daquela Corte.

De outro lado, quanto à questão dos intervalos para a refeição e descanso, saliente-se que o entendimento do Regional, de que eles não descaracterizam a jornada em turno ininterrupto de revezamento, encontra-se em consonância com o Enunciado nº 360 do TST, que dispõe in verbis:

‘A interrupção do trabalho destinada a repouso e alimentação, dentro de cada turno, ou o intervalo para repouso semanal, não descaracteriza o turno de revezamento com jornada de 6 (seis) horas previsto no art. 7º, XIV, da Constituição da República de 1988’.

Nesse contexto, torna-se inviável a aferição da divergência jurisprudencial, porquanto, para se chegar a entendimento pacífico, esta Corte analisou toda a controvérsia a respeito da matéria.

Incidem no caso o Enunciado nº 333 do TST e o artigo 896, § 4º, da CLT.

Quanto à alegação da reclamada, de que, a partir da vigência do ACT 98/99 (cláusula 3ª), ficou pactuada a jornada de oito horas também para o labor em turnos de revezamento, nos termos do art. 7º, XIV, da Constituição Federal, não merece acolhida.

O Regional concluiu pela nulidade das Cláusulas 3ª e 4ª do ACT 98/99, uma vez que suprimem direitos, sobretudo, no caso do reclamante, que 'há muito vinha laborando em regime de turnos, tais cláusulas a partir de sua vigência, representam alteração de contrato prejudicial ao obreiro (art. 468, parágrafo único, da CLT e 7º, VI, da CF)', deixando de aplicar a Orientação Jurisprudencial 169 da SDI-1.

Nesse contexto, em que o Regional não se limita apenas a negar validade à fixação de jornada mediante negociação coletiva, mas vai além, ao afirmar que há supressão de direitos, sem, no entanto, especificar em que consistiria essa supressão, não há que se falar em aplicação da Orientação Jurisprudencial nº 169 da SDI-1."(fls. 330 e 331).

A reclamada, em suas razões de embargos, alega que as normas coletivas preveem a jornada de oito horas também para o turno ininterrupto de revezamento, não podendo tal disposição normativa deixar de ser aplicada, sob pena de contrariar a Orientação Jurisprudencial nº 169 da SBDI-1 do TST.

Sustenta que a profissão do ferroviário é regida pelos artigos 236 e seguintes da CLT, trabalhando em escalas fixas e não em turno ininterrupto de revezamento.

Aponta violação dos artigos 7º, incisos XIV e XXVI, da Constituição Federal e 236, 247 e 896 da CLT.

Os acordos e convenções coletivas são normas admitidas pela Constituição Federal, consoante se extrai do artigo 7º, inciso XXVI, por meio das quais se permite uma relativa flexibilização da jornada de trabalho.

O artigo 7º, incisos XIV, da Carta Magna disciplina a jornada em regime de turnos ininterruptos de

revezamento, limitando a seis horas diárias, “salvo negociação coletiva”.

Ao interpretar os referidos dispositivos da Constituição Federal, o TST editou a Orientação Jurisprudencial nº 169 da SBDI-1 do TST, cancelada em razão da sua conversão na Súmula nº 423, adotando entendimento de que regular norma coletiva pode estabelecer jornada superior a seis horas, limitada a oito, não sendo devido aos empregados submetidos a turnos ininterruptos de revezamento as 7ª e 8ª horas como extra.

Verifica-se, nesta hipótese, que foi celebrado acordo coletivo com o intuito de elasticar a jornada para trabalho em turnos ininterruptos de revezamento para oito horas.

Na hipótese, o Regional defendeu tese de que:

“as cláusulas 3ª e 4ª da ACT 98/99 (fls. 422/423) são nulas e não estão amparadas pelos artigos 7º, XXVI e 8ª, III da CF, pois suprimem direitos. Convém salientar que um dos princípios de interpretação da Constituição Federal é o da unidade. Não se admite antinomias entre normas originárias. Logo, a leitura do dispositivo referente ao cimento de convenções coletivas não pode conflitar com os direitos fundamentais previstos no art. 7º da CF. Ainda, como o Reclamante, de há muito laborando em regime de turnos, tais cláusulas a partir de sua vigência, representaram alteração de contrato prejudicial ao obreiro (arts. 468, parágrafo único da CLT e 7º, VI, da CF.). Assim, não se aplica ao caso a OJSDI nº 169 do C. TST,” (fl. 725).

Até porque a decisão regional, em nenhum momento, afirma que não houve regular negociação nem afirma que, no bojo do pacto, tivesse havido vantagens recíprocas para as partes.

Só o fato de antes os empregados cumprirem jornada de seis horas não torna inválido, naturalmente, o acordo coletivo para a jornada de oito horas, porque autorizado expressamente pelo artigo 7º, inciso XIV, da Constituição Federal.

Obviamente, em face de acordo para cumprir jornada de oito horas, quer cumprissem os empregados jornada menor quer já cumprissem jornada de oito horas, o acordo coletivo regular legitima a jornada de oito horas prevista na Constituição Federal.

Diante disso, a fixação de jornada de oito horas por intermédio de regular negociação coletiva para trabalho em turnos ininterruptos de revezamento torna indevido o pagamento das 7ª e 8ª horas como extras, nos termos da Súmula nº 423 do TST.

Diante disso, resta evidenciada a ofensa ao artigo 896 da CLT, pois o recurso de revista da reclamada merecia conhecimento por violação do artigo 7º, incisos XIV e XXVI, da Constituição Federal.

Conheço, pois, dos embargos por ofensa ao artigo 896 da CLT.

II - MÉRITO

Ante o conhecimento dos embargos por ofensa ao art. 896 da CLT, impõe-se o provimento do apelo para, reformando a decisão embargada, excluir da condenação o pagamento das 7ª e 8ª horas como extras.

Prejudicada a análise do recurso de embargos da RFFSA, ante a identidade de objeto.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de embargos da ALL - AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA DO BRASIL S.A. por violação do artigo 896 da CLT e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação o pagamento das 7ª e 8ª horas como extras. Prejudicada a análise do recurso de embargos da RFFSA, ante a identidade de objeto.

Brasília, 23 de abril de 2009.

VANTUIL ABDALA
Ministro Relator

PROCESSO Nº TST-E-ED-AIRR e RR-996/1998-002-17-00.6
A C Ó R D Ã O
(Ac. SDI-1)
CARP/lr/fd

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO ANTES DA LEI Nº 11.496/2007, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 894 DA CLT.

I - EMBARGOS DO RECLAMADO -

1 - HORAS EXTRAS - INTERVALO INTRAJORNADA - NÃO-CONCESSÃO - JORNADA DE 12 x 36 HORAS - AJUSTE EM NORMA COLETIVA - A jurisprudência da Corte tem como inválida cláusula de instrumento coletivo que macula norma de ordem pública, razão pela qual o ajuste da jornada de 12 x 36 horas por negociação coletiva não retira do empregado o direito ao gozo do intervalo intrajornada, assegurado no artigo 71, § 4º, da CLT. **Não conheço.**

2 - HORAS EXTRAS - ESCALA DE 12 X 36 - PREVISÃO EM NORMA COLETIVA - VALIDADE AMPLA - ADICIONAL INDEVIDO - Em decisão recente, a SBDI-1 da Corte, por intermédio do E-RR-443/1998-013-10-00.5, concluiu pela validade ampla do regime de compensação de jornada 12X36, porque previsto em Acordo Coletivo de Trabalho, ou seja, porque decidido soberanamente pela partes, não se havendo falar, por isso, em pagamento de horas extras ou do adicional de horas extras além da 10ª diária. **Recurso de Embargos conhecido parcialmente e provido.**

II - EMBARGOS DO RECLAMANTE -

1 - PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO DA TURMA - ARGUIÇÃO DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - A Turma entregou, de forma completa, a

prestação jurisdicional, não se configurando, por isso, a negativa de prestação jurisdicional e, via de consequência, a violação dos artigos 832 da CLT, 458 do CPC e 93, inciso IX, da CF/88. **Não conheço. 2 - HORAS EXTRAS - OITAVA HORA - ESCALA 12 POR 36 HORAS - LACUNAS ENTRE AS CCT'S 95/96 E 96/97** - O Regional concluiu que não havia a lacuna apontada pelo Reclamante, restando plenamente aplicáveis as Convenções Coletivas do Trabalho, em todo o período de prestação de serviços do Reclamante, pelo que não se há falar que no período apontado não havia Convenção Coletiva em vigor e, por isso, seriam devidas horas extras além da oitava. **Recurso de Embargos não conhecido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista e Recurso de Revista nº **TST-E-ED-AIRR e RR-996/1998-002-17-00.6**, em que é Embargante **JOSÉ AMORIM ANDRADE FILHO, MUNICÍPIO DE VITÓRIA** e são Embargados **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF, SENTINELA SERVIÇOS DE GUARDA E VIGILÂNCIA LTDA. e INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS.**

A 1ª Turma da Corte, em processo oriundo do 17º Regional, por intermédio do Acórdão de fls.616/628, conheceu do Recurso de Revista interposto pelo Reclamante, quantos aos temas: horas extras - oitava hora escala - "12 x 36" - lacuna entre as CCT'S 95/96 e 96/97, por violação ao artigo 59, § 2º, da CLT e horas extras - intervalo intrajornada - não-concessão - jornada de 12x36 horas - ajuste em norma coletiva, por violação ao artigo 71, § 4º, da CLT, e, no mérito, deu parcial provimento para condenar os Reclamados ao pagamento de adicional de horas extras relativo às horas excedentes à décima diária e de horas extras com adicional de 50%.

Embargos de Declaração opostos pelo Reclamante, às fls.634/636, que foram desprovidos, às fls.639/640.

O Município de Vitória e o Reclamante interpõem Embargos à Seção Especializada em Dissídios Individuais, às fls.643/659 e 643/659, respectivamente, com fundamento no artigo 894 da CLT.

Impugnação apresentada pelo Município de Vitória, às fls. 683/693, pela Caixa Econômica Federal, às fls. 694/696, pelo Reclamante, às fls. 700/703 e pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, às fls. 706/708.

A Procuradoria-Geral, às fls. 717/720, opina pelo não-conhecimento dos Recursos de Embargos do Município de Vitória e do Reclamante.

É o relatório.

V O T O

1. CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos comuns de admissibilidade, examino os específicos de ambos os Embargos.

I - EMBARGOS DO MUNICÍPIO DE VITÓRIA

1.1 - HORAS EXTRAS - INTERVALO INTRAJORNADA - NÃO-CONCESSÃO - JORNADA DE 12 x 36 HORAS - AJUSTE EM NORMA COLETIVA

A Turma conheceu do Recurso de Revista do Reclamante, neste aspecto, por violação do artigo 7º, § 4º, da CLT e, no mérito, deu-lhe provimento para condenar os Reclamados ao pagamento de horas extras com adicional de 50%.

Para tanto, argumentou, **verbis**:

“(…)Por conseguinte, não sendo concedido o intervalo intrajornada mínimo, de uma hora, para empregado submetido a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, fica o empregador obrigado a remunerar o “período correspondente” como extra, acrescido do adicional respectivo, pois somente quando é assegurado ao empregado o período mínimo destinado ao

descanso e alimentação é que o empregador desincumbe-se da obrigação legal.(...)” (fl.626)

Aduz o Embargante que a Decisão da Turma afronta os artigos 7º, incisos XIII, XIV e XXVI, 8º, inciso I, da Constituição da República e 71, § 4º, da CLT, e diverge de decisões da 2ª e 3ª Turmas da Corte, que transcreve.

A Decisão da Turma, entretanto, está em consonância com a iterativa, notória e atual jurisprudência da Corte.

Com efeito, não obstante a Corte reconheça a prevalência das disposições insertas em acordo coletivo ou convenção coletiva, em observância ao disposto no artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição da República, há que se observar, contudo, que a valorização e o **status** que se pretendeu dar à negociação coletiva não podem ser entendidos como flexibilização absoluta dos contratos de trabalho.

Em face disso, a jurisprudência desta Corte tem como inválida cláusula de instrumento coletivo que macula norma de ordem pública, razão pela qual o ajuste da jornada de 12 x 36 horas por negociação coletiva não retira do empregado o direito ao gozo do intervalo intrajornada, assegurado no artigo 71, § 4º, da CLT.

Na hipótese, a norma flexibilizada é o § 3º do artigo 71 da CLT, porquanto, por acordo coletivo, o intervalo intrajornada foi reduzido. Entretanto, não se pode admitir que uma norma coletiva, a título de flexibilização, retire do empregado direito oriundo de norma cogente que visa proteger a sua saúde.

Seguindo essa linha de raciocínio, a jurisprudência da Casa, consubstanciada no item nº 342 da Orientação Jurisprudencial da SDBI-1, tem como inválida cláusula de instrumento coletivo que macula norma de ordem pública, **verbis**:

“É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e

segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva.”

Por outro lado, a Orientação Jurisprudencial 307 da SBDI-1/TST dispõe que “após a edição da Lei nº 8.923/94, a não-concessão total ou parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, implica o pagamento total do período correspondente, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT)”.

Consoante o disposto no artigo 71, § 4º, da CLT, o empregador está obrigado a remunerar os intervalos não usufruídos, com indenização, tomando por base o valor da hora normal de trabalho e acrescido do adicional de, no mínimo, 50%.

É esse inclusive o entendimento desta SBDI-1 nos seguintes julgados:

“HORAS EXTRAS. INTERVALO INTRAJORNADA. NÃO-CONCESSÃO. JORNADA DE 12 X 36 HORAS. NORMA COLETIVA -1. O intervalo mínimo intrajornada constitui medida de higiene, saúde e segurança do empregado, não apenas garantida por norma legal imperativa (CLT, artigo 71), como também tutelada constitucionalmente (artigo 7º, inciso XXII, da CF/88). Comando de ordem pública, é inderrogável pelas partes e infenso mesmo à negociação coletiva: o limite mínimo de uma hora para repouso e/ou refeição somente pode ser reduzido por ato do Ministro do Trabalho (CLT, artigo 71, § 3º). 2. Daí resulta que, conquanto encetado mediante negociação coletiva, o ajuste da jornada de 12 x 36 horas não retira do empregado o direito ao intervalo intrajornada mínimo previsto no artigo 71 da CLT, cuja não-concessão assegura-lhe o direito a perceber, como extra, o respectivo período laborado, nos termos do § 4º do aludido dispositivo legal. Precedentes da SBDI1 do TST. 3. Embargos conhecidos e providos para acolher o pedido de horas extras, d e correntes da não-concessão do intervalo intrajornada. (TST-E-RR-576.715/1999.0, Ministro Relator João Orestes Dalazen, SBDI-1, publicado no Diário de Justiça de 09/11/2007.)

EMBARGOS PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS RECURSO DE REVISTA QUE NÃO IMPUGNA TODOS OS ARGUMENTOS SUFICIENTES DO ACÓRDÃO REGIONAL TRABALHO EM TURNOS DE REVEZAMENTO 12X36 INSTITUÍDO POR NORMA COLETIVA SUPRESSÃO DO INTERVALO INTRAJORNADA IMPOSSIBILIDADE A concessão do intervalo intrajornada é norma de ordem pública, que encerra conteúdo de proteção à segurança e medicina do trabalho. Apresenta-se, assim, insuscetível de supressão mesmo por meio de convenção coletiva, ainda que se trate de regime de trabalho em turnos de revezamento 12x36. (TST-E-ED-RR-779.918/2007, Ministra Relatora Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, SBDI-1, publicado no Diário de Justiça de 19/10/2007.

JORNADA DE 12X36 HORAS NÃO-CONCESSÃO DE INTERVALO INTRAJORNADA PREVALÊNCIA DOS PRECEITOS DE ORDEM PÚBLICA PREVISTOS NA CLT E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE RESGUARDAM OS DIREITOS INDISPONÍVEIS DO TRABALHADOR SOBRE A AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES NO ÂMBITO DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA - É válida a jornada especial de 12X36 horas, quando prevista em acordo ou convenção coletiva de trabalho, consoante o art. 7º, XXVI, da CF. Não se pode reputar como lícito o ajuste que suprime ou prevê a não-concessão de intervalo para repouso e alimentação. Sem prejuízo das demais cláusulas do instrumento negocial, prevalecem, no particular, os dispositivos do Capítulo II da Seção III da CLT, entre eles o art. 71 e parágrafos, que cuidam dos períodos de descanso, preceitos esses de ordem pública e, portanto, de natureza cogente, que visam a resguardar a saúde e a integridade física do trabalhador, no ambiente do trabalho. E, como normas de ordem pública, estão excluídas da disponibilidade das partes, que sobre elas não podem transigir. À luz dos princípios que regem a hierarquia das fontes de Direito do Trabalho, as normas coletivas, salvo os casos constitucionalmente previstos, não podem dispor de forma contrária às garantias mínimas de proteção ao trabalhador previstas na legislação, que funcionam como um elemento limitador da

autonomia da vontade das partes no âmbito da negociação coletiva. A negociação coletiva encontra limites nos direitos indisponíveis do trabalhador, assegurados na Carta Magna, e, assim, a higidez física e mental do empregado, ou seja, a preservação da saúde no local de trabalho, é princípio constitucional que se impõe sobre a negociação coletiva. Recurso de embargos não provido. (TST-E-RR-480.867, SBDI-1, Relator Ministro Milton de Moura França, publicado no Diário de Justiça de 27/8/2004)”

Incide, pois, o óbice da Súmula nº 333/TST.

Não conheço.

1.2 - HORAS EXTRAS - ADICIONAL - ESCALA DE 12 X 36 - PREVISÃO EM NORMA COLETIVA

A Turma conheceu do Recurso de Revista do Reclamante, neste ponto, por violação do artigo 59, § 2º, da CLT e, no mérito, deu-lhe provimento parcial para condenar os Reclamados ao pagamento de adicional de horas extras relativo às horas excedentes à décima diária.

Eis os fundamentos da Decisão, **verbis**:

“HORAS EXTRAS. ADICIONAL. ESCALA DE 12x36. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. 1. O artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal faculta a implantação de jornada de labor superior a quarenta e quatro horas semanais mediante negociação coletiva (ACT ou CCT). A jornada de labor, todavia, não deverá ultrapassar 10 (dez) horas de trabalho, mesmo na hipótese de haver norma coletiva de compensação de jornada, porquanto se cuida de medida de medicina e segurança do trabalho, que visa à prevenção da fadiga física e mental do trabalhador (CLT, art. 59, § 2º, e Constituição Federal, art. 7º, XXII). 2. Se há norma coletiva prevendo jornada mediante escala de 12x36, é assegurado ao empregado tão-somente o pagamento do adicional pelas horas trabalhadas além da 10ª diária, porquanto referida jornada não observa a formalidade constante do artigo 59, § 2º, da CLT, que limita a compensação ao máximo de 2 (duas) horas diárias. A inobservância da jornada máxima para adoção do regime de compensação, segundo a lei, acarreta o direito ao pagamento do

adicional de horas extras, de conformidade com a Súmula n.º 85, item III, do TST.” (fl. 616).

Sustenta o Embargante que a Decisão da Turma afronta os artigos 7º, incisos XIII e XXVI, da Constituição da República e 59, § 2º, da CLT, e diverge das decisões da Corte, que transcreve.

Os arestos transcritos às fls. 651/652 evidenciam o conflito de teses, na medida em que adotam tese no sentido de que o artigo 59, § 2º, da CLT refere-se, expressamente, às jornadas diárias o que, segundo afirma, não é o caso do regime de revezamento de 12 por 36 horas, na medida em que existe o período de 36 horas para descanso.

Conheço dos Embargos, neste ponto, por divergência jurisprudencial.

2 - MÉRITO

2.1 - HORAS EXTRAS - ADICIONAL - ESCALA DE 12 X 36 - PREVISÃO EM NORMA COLETIVA

A regra geral, em se tratando de duração de trabalho, é que a jornada de trabalho do empregado não pode ultrapassar oito horas diárias e 44 semanais (CF, art. 7º, inciso XIII, parte inicial). Há, contudo, exceção contida no referido preceito constitucional, que consiste na faculdade de compensação ou redução dessa jornada, desde que mediante acordo ou convenção coletiva. É o respeito ao princípio constitucional da valorização da negociação entre as partes, contido no inciso XXVI, do referido preceito constitucional.

Extrai-se, inicialmente, dessas premissas, que é válido o regime de compensação de jornada 12x36, que possibilita ao empregado, após uma jornada maior de trabalho, o descanso determinado, de trinta e seis horas, desde que previsto em acordo ou convenção coletiva.

A SBDI-1 da Corte, em decisões anteriores, adotava o mesmo entendimento da Turma, pelo qual, em face do artigo 59, § 2º, da CLT, que estabelece como jornada máxima diária, a de 10 (dez) horas de trabalho, ou seja, veda a

jornada diária superior a 10 horas, não poderia, ainda que por intermédio de acordo coletivo, ser prevista a compensação da jornada superior ao limite estabelecido no referido preceito legal, pelo que, no caso do regime de jornada de 12 horas de trabalho, por 36 de descanso (12X36), seria devido o pagamento do adicional de horas extras relativo às horas excedentes à décima diária.

No caso, concluía-se pela validade do regime de jornada 12X36 horas, já que se considerava como pagas as horas extras, concluindo-se pelo pagamento do adicional, em face da inobservância do disposto no artigo 59, § 2º, da CLT.

Em decisão recente, contudo, a SBDI-1 da Corte adotou entendimento diverso, no E-RR-443/1998-013-10-00.5, cujo Redator Designado na sessão de 30/10/2008 foi o Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho.

Concluiu pela validade ampla do regime de compensação de jornada 12X36, porque previsto em Acordo Coletivo de Trabalho, ou seja, porque decidido soberanamente pela partes, sendo, por isso, indevido o pagamento de horas extras ou do adicional de horas extras além da 10ª diária.

Curvando-me, pois, à jurisprudência predominante da Corte, **dou provimento** aos Embargos para, reformando o Acórdão da Turma, restabelecer a Decisão das Instâncias Ordinárias, que julgou improcedente o pedido de adicional de horas extras.

II - EMBARGOS DO RECLAMANTE

1.1 - PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO DA TURMA - ARGUIÇÃO DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Postula o Embargante seja declarada a nulidade do Acórdão recorrido, por negativa de prestação jurisdicional.

Alega que o Acórdão embargado não se manifestou sobre o pedido de horas extras correspondente à lacuna entre as CCT's de 95/96 e 96/97 e a violação do artigo 7º, inciso XIII, da CF/88.

Aponta violação dos artigos 832 da CLT, 458 do CPC e 93, inciso IX, da CF/88.

Não lhe assiste razão.

Instada a se manifestar sobre a questão posta nos Embargos Declaratórios, atinente à lacuna entre as CCT's de 95/96 e 96/97 e a violação do artigo 7º, inciso XIII, da CF/88, a Turma consignou, **verbis**:

“O Eg. Regional consignou que verificada a existência das Convenções Coletivas, presentes às fls. 30/74, atestando a possibilidade de utilização da escala 12x36, referente aos anos de 1994 até 1997 (exatamente o período de prestação de serviços do reclamante), não há que se falar em inaplicabilidade dos referidos instrumentos coletivos (fls. 453/454). Assim, afirmou a Eg. Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho que, independentemente de o Eg. Regional reconhecer a validade e aplicabilidade dos instrumentos normativos carreados aos autos, entendendo que o Reclamante faz jus ao adicional de horas extras excedente da 10ª diária (fl. 623). Como visto, o v. acórdão embargado não padece da omissão apontada, visto que examinou de forma clara e concisa a argumentação referente à validade e aplicabilidade dos instrumentos normativos, no período em que o Reclamante laborou para a Primeira Reclamada.” (fl. 640).

Incólumes os artigos 832 da CLT, 458 do CPC e 93, inciso IX, da CF/88, **não conheço dos Embargos** pela preliminar.

1.2 - HORAS EXTRAS - OITAVA HORA - ESCALA 12 POR 36 HORAS - LACUNAS ENTRE AS CCT's 95/96 E 96/97

O Embargante reitera a alegação pela qual faz jus ao pagamento de horas extras no período compreendido entre 01.01.96, primeiro dia após a vigência da CCT de 95/96, e 31/08/96, um dia antes da vigência da CCT de 96/97, quando não havia nenhuma Convenção Coletiva em vigor.

Aduz que ficou configurada a violação do artigo 7º, inciso XIII, da Constituição da República, que estabelece ser de oito horas o máximo da jornada de trabalho normal.

Não lhe assiste razão, entretanto.

O Regional, conforme aferido pela Turma, concluiu que não havia a lacuna apontada, **verbis**:

“(...)Entretanto, quanto ao regime de prestação de serviços a Constituição Federal é bem clara, ao estipular em seu artigo 7º, inciso XIII que é facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Verificada a existência das Convenções Coletivas, presentes às fls. 30/74, atestando a possibilidade de utilização da escala de 12X36, referente aos anos de 1994 até 1997 (exatamente o período de prestação de serviços do reclamante) não há que se falar em inaplicabilidade dos referidos instrumentos coletivos.” (fl. 453)

Não se há, pois, falar que no período apontado não havia Convenção Coletiva em vigor e, por isso, seriam devidas horas extras além da oitava.

Incólume o artigo 7º, inciso XIII, da CF/88.

Não conheço.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, por unanimidade, quanto ao Recurso de Embargos do Reclamado, **conhecer** apenas em relação às "Horas Extras - Adicional - Escala de 12 X 36 - Previsão em Norma Coletiva" e, no mérito, dar-lhe provimento para, reformando o Acórdão da Turma, restabelecer a Decisão das Instâncias Ordinárias, que julgou improcedente o pedido de adicional de horas extras. Por unanimidade, **não conhecer** quanto ao Recurso de Embargos do Reclamante.

Brasília, 19 de fevereiro de 2009.

CARLOS ALBERTO REIS DE PAULA
Ministro Relator

PROC. Nº TST-E-ED-ED-RR-340/1996-671-09-00.9

A C Ó R D ã O

SBDI-1

MCP/jmd/ab

**EMBARGOS - ACÓRDÃO PUBLICADO
POSTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA
LEI Nº 11.496/2007 - ARGÜIÇÃO
DE NULIDADE DO ACÓRDÃO
EMBARGADO POR NEGATIVA DE
PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL -
FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA**

Não comportam conhecimento os Embargos interpostos a acórdão publicado posteriormente à vigência da Lei nº 11.496/07, se não fundamentados em divergência jurisprudencial.

**HORAS IN ITINERE - ACORDO
COLETIVO**

É válida negociação coletiva a respeito da limitação do cômputo das horas *in itinere* na jornada de trabalho, nos termos do artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição da República. Precedentes.

**DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E
FISCAIS - INESPECIFICIDADE DOS
ACÓRDÃOS TRANSCRITOS À
DIVERGÊNCIA**

1. Conforme jurisprudência da SBDI-1, no regime instituído pela Lei nº 11.496/2007, não é possível conhecer de Embargos por contrariedade a súmula de natureza processual.

2. Com efeito, a Súmula nº 297 desta Corte é inespecífica, porque enuncia tese genérica sobre a caracterização do prequestionamento, não especificando os elementos fáticos necessários ao confronto, nos termos do item I da Súmula nº 296 deste Tribunal. As alegações são voltadas a eventual acerto da

C. Turma na apreciação das premissas fáticas consignadas no acórdão regional, não se compatibilizando com a exclusiva finalidade uniformizadora da C. SBDI-1, após o advento da Lei nº 11.496/2007.

3. O aresto transcrito é também inespecífico, nos termos do item I da Súmula nº 296 desta Corte, porque trata da matéria de fundo, atinente à possibilidade de determinação dos descontos fiscais de ofício, enquanto o acórdão embargado limitou-se à análise dos requisitos prévios ao exame do mérito do Recurso de Revista, afirmando a ausência de prequestionamento da matéria. Embargos conhecidos parcialmente e providos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº **TST-E-ED-ED-RR-340/1996-671-09-00.9**, em que são Embargantes **KLABIN FABRICADORA DE PAPEL E CELULOSE S.A. e OUTRA** e Embargado **JOÃO MARIA PEREIRA DA SILVA**.

A C. 6ª Turma desta Corte, em acórdão de fls. 717/727 (Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga), não conheceu do Recurso de Revista das Reclamadas nos temas "horas *in itinere* - limitação em acordo coletivo" e "descontos previdenciários e fiscais".

Opostos sucessivos Embargos de Declaração (fls. 729/732 e 744/747), os primeiros foram acolhidos para sanar omissão, e os segundos, rejeitados (fls. 736/741 e 750/752).

As Rés interpõem Embargos à SBDI-1 (fls. 756/768).

Impugnação, às fls. 771/780.

Sem remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos regimentais.

É o relatório.

V O T O

REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

Tempestivos (fls. 753 e 755), bem preparados (fls. 303, 348, 349 e 350) e regular a representação (fls. 86, 712, 713 e 733), os Embargos preenchem os requisitos extrínsecos de admissibilidade.

I - ARGÜIÇÃO DE NULIDADE DO ACÓRDÃO EMBARGADO POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA

a) Conhecimento

As Embargantes argüem a nulidade do acórdão embargado, por negativa de prestação jurisdicional, indicando ofensa aos arts. 458 do CPC, 832 da CLT, 5º, XXXV e LV, e 93, IX, da Constituição.

O acórdão da C. Turma foi publicado posteriormente ao início da vigência da Lei nº 11.496/2007, que se deu em 23/9/2007, de forma que os presentes Embargos já se sujeitam à nova disposição do artigo 894, inciso II, da CLT.

Segundo o novo texto, os Embargos à SBDI-1 são cabíveis apenas quando demonstrada divergência entre decisões de Turmas do TST ou entre o acórdão embargado e decisão da C. SDI. Em ambas as hipóteses, não serão conhecidos se a decisão impugnada encontrar-se em consonância com súmula ou orientação jurisprudencial do Eg. TST ou do Excelso STF:

“Art. 894. No Tribunal Superior do Trabalho cabem embargos, no prazo de 8 (oito) dias: (Redação dada pela Lei nº 11.496, de 2007)

II - das decisões das Turmas que divergirem entre si, ou das decisões proferidas pela Seção de Dissídios Individuais, salvo se a decisão recorrida estiver em consonância com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal. (Incluído pela Lei nº 11.496, de 2007).”

Assim, no tópico em análise, os Embargos não prosperam, porque se fundamentam apenas em ofensa a dispositivos legais constitucionais, não se enquadrando nas hipóteses de admissibilidade previstas no permissivo acima transcrito, restritas à divergência jurisprudencial.

Não conheço.

II - HORAS IN ITINERE - LIMITAÇÃO POR NORMA COLETIVA

a) Conhecimento

A C. Turma não conheceu do Recurso de Revista das Reclamadas, no tópico em epígrafe, aos seguintes fundamentos:

“A Eg. Corte de origem partiu da premissa fática de existência de pactuação coletiva quanto às horas *in itinere*, mas concluiu que a norma inserta no art. 7º, XXVI, da Constituição Federal não autoriza esse ajuste, por força do art. 4º da CLT.

Discute-se a possibilidade de previsão em acordo coletivo de trabalho de limitação do pagamento de horas *in itinere*.

Dessume-se dos autos a existência de instrumento coletivo contendo cláusula limitadora do pagamento das horas *in itinere* relativas àquelas que ultrapassassem 90 minutos diários, suprimindo garantido no art. 4º da CLT.

A partir da fundamentação do julgado, descartou-se a possibilidade de a norma coletiva restringir o pagamento das horas *in itinere* somente quando ultrapassados os 90 minutos diários, sendo considerada nula a cláusula do instrumento normativo.

A Constituição da República de 1988 possibilitou a mitigação de determinados direitos trabalhistas, antes intangíveis, por meio de negociação coletiva, conforme a disposição contida nos incisos VI e XIII do artigo 7º, que prevêm redução de salário e jornada, respectivamente, enquanto que o inciso XXVI do mesmo preceito constitucional estabelece a proteção das convenções e acordos coletivos de trabalho.

É verdade que não se pode extrair do comando do aludido inciso XXVI do artigo 7º, que todo e qualquer direito trabalhista

previsto na Carta Magna possa ser restringido mediante negociação coletiva, mesmo porque se assim pretendesse o legislador constituinte teria adotado regra genérica de flexibilização, e não pontuado, especificamente, quais direitos trabalhistas e em que medida poderiam sofrer restrição por meio de convenções e acordos coletivos.

Nesse contexto, aliás, sequer se poderia definir como irrenunciável o direito às horas *in itinere*, haja vista que, até o advento da Lei nº 10.243/2001, que acrescentou o § 2º ao artigo 58 da CLT, esse direito era reconhecido na jurisprudência com suporte na exegese do artigo 4º da CLT, ao se entender como tempo à disposição do empregador o tempo despendido no trajeto para o trabalho em região de difícil acesso.

A Constituição Federal, ao mesmo tempo em que garante a eficácia das convenções e acordos coletivos de trabalho, inclusive permitindo a compensação e redução da jornada de trabalho, assegura condições mínimas de trabalho, sendo que a flexibilização atribuída à norma coletiva, serviria para ampliar, por via transversa, a jornada de trabalho do empregado, não considerando como hora extraordinária o tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno.

De tal forma, não se constata a alegada afronta ao artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal, pois não se pode dar prevalência a negociação que subtraia direitos assegurados por lei, ainda que celebrado coletivamente, sobretudo quando esta se contrapõe a norma mais benéfica (artigos 4º e 58, § 2º, da CLT).

Não conheço. (fls. 738/741)

As Embargantes sustentam a validade da norma coletiva que limita o pagamento das horas *in itinere*. Aduzem que o tempo de espera da condução não deve ser considerado como tempo à disposição. Apontam violação ao art. 7º, XXVI, da Constituição. Transcreve arestos.

Registre-se, inicialmente, que as alegações referentes ao tempo de espera da condução são estranhas à matéria discutida nos autos.

No mais, a última ementa de fls. 761, de acórdão proveniente da C. 7ª Turma desta Corte, autoriza o conhecimento dos Embargos, pois consigna tese contrária à do acórdão embargado, ao afirmar que "é válida a cláusula coletiva que fixa como horas *in itinere* apenas aquelas que ultrapassaram o limite diário estabelecido no respectivo acordo". **Conheço**, por divergência jurisprudencial.

b) Mérito

Os acordos e convenções coletivas de trabalho têm previsão constitucional, atribuindo o legislador constituinte importância capital à negociação coletiva. Nela, as partes envolvidas fazem concessões mútuas, cedendo em determinado ponto para auferir benefícios em outro, de forma que, ao final, estejam satisfeitas com o resultado obtido.

Dessa forma, ocorrendo negociação coletiva em torno do pagamento da verba controvertida, deve ser observado o instrumento normativo, sob pena de desrespeito ao disposto no artigo 7º, XXVI, da Carta Magna, que assegura o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

Seguindo essa orientação, a jurisprudência da SBDI-1, firmou-se no sentido de admitir a possibilidade de limitação do pagamento de horas *in itinere*, por convenção ou acordo coletivos de trabalho. Eis os precedentes:

"HORAS IN ITINERE. ACORDO COLETIVO. VALIDADE

- Esta Corte adota entendimento de que a possibilidade de alteração das condições contratuais, por meio da via coletiva, é ampla, podendo, inclusive, atingir o *quantum* remuneratório percebido pelo trabalhador. Dessa forma, ao concluir pela observância do acordo firmado, que limitou o número de horas *in itinere*, a Turma decide em consonância com o disposto no art. 7º, XXVI, da Constituição Federal. Embargos conhecidos e desprovidos." (E-RR-795.528/2001, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 30/5/2008)

"ACORDO COLETIVO. HORAS IN ITINERE. É válida cláusula coletiva que fixa como horas *in itinere* apenas aquelas que ultrapassarem o limite diário estabelecido no respectivo acordo. (...) A Turma analisou a matéria apenas sob o enfoque da

validade da norma coletiva e concluiu em harmonia com a jurisprudência reiterada do Tribunal Superior do Trabalho. Embargos integralmente não conhecidos.” (E-RR-557.218/1999, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, DJ 16/5/2008)

“HORAS *IN ITINERE*. LIMITAÇÃO. PREVISTA EM ACORDO COLETIVO. O reconhecimento da validade de cláusula convencional, que determinou que fosse limitada a condenação pertinente às horas *in itinere* aos dias em que a jornada de percurso extrapolar o limite de 90 (noventa) minutos diários com base no ACT dos trabalhadores rurais não viola os dispositivos legal e constitucional apontados. Embargos não conhecidos.” (E-RR-506.572/1998, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ 24/8/2007)

“RECURSO DE EMBARGOS. HORAS *IN ITINERE*. APLICABILIDADE DE NORMA COLETIVA QUE LIMITA O TEMPO A SER PAGO A TÍTULO DE HORAS *IN ITINERE*. É válida norma coletiva que delimita o tempo a ser remunerado a título de horas *in itinere*, independentemente do tempo real gasto no trajeto, devendo prevalecer o ajuste coletivo prestigiado no artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal. Embargos conhecidos e providos.” (E-RR-1.446/2003-058-15-00.8, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ 25/8/2006)

“EMBARGOS - RECURSO DE REVISTA CONHECIDO E PROVIDO - HORAS *IN ITINERE* - ACORDO COLETIVO DE TRABALHO Estabelecida a premissa fática, pelo Tribunal Regional, de que existe Acordo Coletivo de Trabalho prevendo a restrição do pagamento das horas *in itinere*, correto o acórdão embargado, que restaurou a validade da norma coletiva. Embargos não conhecidos.” (E-RR-481.153/1998.8, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ 3/3/2006)

“HORAS *IN ITINERE*. VALIDADE DO ACORDO COLETIVO DE TRABALHO QUE LIMITA O NÚMERO DE HORAS DE PERCURSO A SEREM PAGAS. Na hipótese de fixação do número de horas *in itinere*, deve ser prestigiado o que foi pactuado entre as partes por meio das convenções e dos acordos

coletivos de trabalho, em observância ao disposto no art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República, porquanto a negociação, fundada na autonomia coletiva, permite a obtenção de benefícios para os empregados, com concessões mútuas. Recurso de Embargos de que não se conhece.” (E-RR-471958/1998, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DJ 16/9/2005)

No mesmo sentido: E-RR-690/1999-121-17-00.7, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DJ 28/11/2008; E-RR-857/2002-231-06-00.1, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DJ 7/11/2008; E-RR-446.891/1998.0, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, SBDI-1, DJ 13/4/2007; E-RR-462.913/98, Rel. Min. Rider Nogueira de Brito, DJ 27/10/2000.

Na hipótese dos autos, a condenação referente às horas *in itinere* foi limitada ao período de 90 (noventa) minutos de tolerância previsto na norma coletiva, por ter-se reconhecido o correto pagamento das horas excedentes a tais limites.

Assim, **dou provimento** aos Embargos para excluir da condenação o pagamento das horas *in itinere* e reflexos.

III - DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS - POSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE OFÍCIO

a) Conhecimento

A C. Turma não conheceu do Recurso de Revista das Reclamadas, no tópico em epígrafe, consignando que a matéria não fora prequestionada. Eis os fundamentos:

“Nas razões do recurso de revista, as reclamadas colacionam arestos em que os Tribunais Regionais se deram por competente e determinaram de ofício os referidos descontos.

Eis a fundamentação exarada na decisão que julgou os embargos de declaração:

‘Equivoca-se o reclamado ao sustentar omissão no julgado neste aspecto. Veja-se que em nenhum momento da contestação a ré postulou a este Juízo fosse determinada a retenção de tais valores, não havendo razão para levantar esta matéria de ofício.’ (fl. 403)

Constata-se que o Eg. TRT da 9ª Região não se manifestou acerca do tema por considerar a argumentação inovatória, já que trazida somente nos embargos de declaração.

De tal forma, não tendo havido discussão acerca da matéria, aplicável o óbice da Súmula 297/TST quanto ao conhecimento do recurso de revista, não havendo, conseqüentemente, que se cogitar de divergência jurisprudencial, ante a impossibilidade de qualquer confronto de teses.

Não conheço.” (fls. 725/726)

As Reclamadas sustentam que, nos termos das Leis nºs 8.212/91 e 8.218/91, compete à Justiça do Trabalho determinar as retenções de imposto de renda e contribuição previdenciária, independentemente de provocação da parte. Entende que, por tal razão, não poderia ser aplicada a Súmula nº 297 desta Corte. Transcrevem aresto.

Não há como reconhecer divergência com a Súmula nº 297 do TST, que encerra tese genérica sobre a caracterização do prequestionamento, não especificando os elementos fáticos necessários ao confronto, nos termos do item I da Súmula nº 296 deste Tribunal. As alegações são voltadas a eventual acerto da C. Turma na apreciação das premissas fáticas consignadas no acórdão regional, não se compatibilizando com a exclusiva finalidade uniformizadora da C. SBDI-1, após o advento da Lei nº 11.496/2007.

Ressalte-se que esse entendimento está em harmonia com a jurisprudência da C. SBDI-1, que tem acolhido a tese de que, no regime instituído pela Lei nº 11.496/2007, não é possível conhecer de Embargos por contrariedade a súmula de natureza processual. Veja-se o seguinte precedente:

“AGRAVO EM EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. BESC. ACÓRDÃO PUBLICADO JÁ NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007. INDICAÇÃO DE CONTRARIEDADE À SÚMULA Nº 126 DO TST. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTE. (...) o recurso de embargos do Reclamado foi interposto, como salientado no r. despacho ora agravado, contra acórdão publicado já na vigência da

Lei nº 11.496/2007, do que resulta a impossibilidade de exame de suposta contrariedade a enunciado de natureza processual da súmula de jurisprudência uniforme deste c. Tribunal (TST-E-ED-RR-660.023/2000.9, SBDI-1, DJU de 02/05/2008). (...) Agravo não provido." (A-E-ED-RR-147/2006-043-12-00.6, Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, DJ 6/6/2008)

O aresto transcrito (fls. 765/767) é também inespecífico, nos termos do item I da Súmula nº 296 desta Corte, porque trata da matéria de fundo, atinente à possibilidade de determinação dos descontos fiscais de ofício, enquanto o acórdão embargado limitou-se à análise dos requisitos prévios ao exame do mérito do Recurso de Revista, afirmando a ausência de prequestionamento da matéria.

Note-se, de qualquer sorte, que não há prejuízo para as Reclamadas, porque, não havendo determinação a respeito na fase de conhecimento, os descontos previdenciários e fiscais deverão ser procedidos na fase de execução (Súmula nº 401 do TST).

Não conheço.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, I - não conhecer dos Embargos nos temas "argüição de nulidade do acórdão embargado por negativa de prestação jurisdicional" e "descontos previdenciários e fiscais - possibilidade de análise de ofício"; II - deles conhecer no tópico "horas *in itinere* - limitação por norma coletiva", por divergência jurisprudencial, e, no mérito, dar-lhes provimento para excluir da condenação o pagamento das horas *in itinere* e reflexos.

Brasília, 23 de abril de 2009.

MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI
Ministra-Relatora

PROC. Nº TST-E-ED-RR-704739/2000.3
A C Ó R D Ã O
(SDI-1)

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. PLANO REAL. RECOMPOSIÇÃO DE PERDAS SALARIAIS. NORMA COLETIVA. DIREITO CONDICIONADO À DISPONIBILIDADE FINANCEIRA. FLEXIBILIZAÇÃO. POSSIBILIDADE.

A flexibilização dos direitos trabalhistas não é ilimitada, de sorte que as normas convencionais não podem sobrepor-se às oriundas de fontes genuinamente formais, salvo se para beneficiar o obreiro ou quando expressamente autorizadas a interferir no direito mínimo positivado. Assim ocorre com a irredutibilidade salarial e a jornada de trabalho, contempladas no art. 7.º, VI, XIII e XIV, da Constituição Federal. No caso concreto o que se discute, em última análise, é a recomposição de perdas salariais, decorrente da existência de resíduos oriundos da conversão da unidade monetária (Plano Real). Partindo da premissa de que a Constituição Federal albergou a flexibilização do direito à irredutibilidade salarial, mediante negociação coletiva, não há como se deixar de conferir validade à norma coletiva que, não obstante tenha reconhecido o pagamento dos resíduos salariais, condicionou a implementação de tal direito à disponibilidade financeira. Embargos não conhecidos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista n.º **TST-E-ED-RR-704739/2000.3**, em que é Embargante **HUGO FREIRE PINTO JÚNIOR** e Embargada **COMPANHIA ENERGÉTICA DO RIO GRANDE DO NORTE - COSERN**.

R E L A T Ó R I O

A Quinta Turma desta Corte, mediante acórdãos a fls. 365/371 e 392/394, da lavra do Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, conheceu do Recurso de Revista interposto pela Reclamada, que versava o tema "Resíduos Salariais - Norma Convencional", por violação do artigo 7.º, XXVI, da Constituição Federal. Deu-lhe provimento, no mérito, para julgar improcedentes os pedidos.

Interpõe o Reclamante os presentes Embargos a fls. 397/408. Suscita preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, insurge-se contra o conhecimento do Recurso de Revista e, no mérito, busca a procedência do pedido de pagamento do resíduo salarial.

Não houve impugnação, conforme certidão lavrada a fls. 410.

Os autos não foram remetidos à Procuradoria-Geral do Trabalho, na forma regimental.

É o relatório.

V O T O

O Recurso é tempestivo (acórdão publicado em 17/2/2006, sexta-feira, conforme certidão lavrada a fls. 395, e Apelo interposto em 1.º/3/2006, após os feriados de carnaval - a fls. 397). Custas pela Reclamada, a fls. 247 e 285. O Reclamante encontra-se regularmente representado nos autos (procuração a fls. 4 e substabelecimentos a fls. 266, 379 e 390).

I - CONHECIMENTO

PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Sustenta o Reclamante que a Turma, a despeito de instada por Embargos de Declaração, não enfrentou os seguintes argumentos (a fls. 399/400):

“a) A consideração de que ‘somente’ diante da disponibilidade financeira é que haveria o pagamento, uma vez que as instâncias ordinárias, efetivamente, não consideraram a existência dessa premissa condicionante;

b) Ainda que considerasse a existência de tal cláusula condicionante, necessário seria o efetivo debate acerca da efetiva existência, ou não, da disponibilidade financeira da Reclamada da real condição econômica da Reclamada;

c) Não havendo qualquer debate em sede ordinária a respeito da efetiva existência ou não de disponibilidade financeira da Reclamada, qualquer modificação no teor da decisão regional encontraria óbice da Súmula n.º 126/TST;

d) Caso esse debate tivesse sido empreendido nos presentes autos, a distribuição do ônus da prova acerca da existência, ou não, de disponibilidade orçamentária recairia, inegavelmente sobre a Reclamada, à luz dos artigos 333, inciso II, do CPC e 818 da CLT.”

O Recurso vem calcado em violação dos artigos 832 da Consolidação das Leis do Trabalho; 93, IX, da Constituição Federal, entre outros.

Não procede o Apelo.

A Turma examinou a matéria sob o enfoque que lhe foi devolvida. Vale dizer que a controvérsia cingiu-se em definir a possibilidade de as partes negociarem o pagamento de resíduo salarial decorrente da implantação do Plano Real, condicionado, entretanto, à disponibilidade orçamentária da Reclamada. O Tribunal Regional entendeu por tal impossibilidade, daí porque deferiu as diferenças pleiteadas. A Turma, examinando a matéria sob tal enfoque, deu-lhe enquadramento jurídico diverso.

Note-se, a propósito, o que reiterado pela Turma em sede de Embargos de Declaração, a fls. 393:

“A c. Turma foi clara quando conheceu do Recurso de Revista da Reclamada por ofensa direta ao disposto no art. 7.º,

inciso XXVI, da Constituição Federal, conforme se vislumbra a fls. 368/371, uma vez que o que se discutiu nos autos foi se haveria que se observar o disposto na cláusula do acordo coletivo que condicionava o pagamento dos resíduos salariais à existência de disponibilidade financeira da empresa. Esta c. Turma concluiu que o posicionamento do Eg. Tribunal Regional ao dispor que a condição prevista em acordo coletivo não é óbice para a materialização desse direito ao patrimônio do obreiro, devendo a Reclamada arcar com o pagamento de resíduo salarial tendo ou não disponibilidade financeira afrontou o disposto no art. 7.º, inciso XXVI, da Carta Magna.”

Se omissão houve quanto a aspectos fáticos, deveria tal vício ter sido resolvido no âmbito do Regional.

Incólumes, portanto, os preceitos indicados à violação. Não conheço do Recurso.

RESÍDUOS SALARIAIS - NORMA CONVENCIONAL - VIOLAÇÃO DO ARTIGO 896 DA CONSOLIDAÇÃO DO TRABALHO

A Turma conheceu do Recurso de Revista interposto pela Reclamada, por violação do artigo 7.º, XXVI, da Constituição Federal e, no mérito, julgou improcedentes os pedidos. Valeu-se, para tanto, dos seguintes fundamentos (a fls. 369/371):

“O Eg. Tribunal Regional concluiu que a condição econômica da Reclamada não pode ser motivo para o não cumprimento do acordo coletivo, que prevê o pagamento dos resíduos salariais, conforme se vislumbra a fls. 311:

‘Ora, efetivamente, a meu ver, a condição em comento não é óbice para a materialização desse direito ao patrimônio do obreiro (pagamento), ainda que pactuada pelas partes em negociação respaldada pelo art. 7.º, XXVI, da Constituição Federal. Tenha ou não a empresa disponibilidade financeira é dela a responsabilidade pelo cumprimento de suas obrigações trabalhistas, que, *in casu*, consiste no pagamento de resíduo salarial. A perpetuação dessa condição suspensiva resulta, indubitavelmente, em transferir os riscos da atividade econômica para o empregado, postura que afronta o art. 2.º, caput, da CLT.’

Tal entendimento viola o dispositivo constitucional que expressamente estimula a flexibilização das relações de trabalho mediante negociação coletiva, como ocorreu no presente caso.

Ante a violação do que dispõe o inciso XXVI do art. 7.º da Constituição Federal, conheço do Recurso de Revista.

2. MÉRITO

Em que pese os doutos fundamentos do v. acórdão recorrido, o entendimento que vem se mantendo nesta C. Corte é no sentido de prestigiar as cláusulas objeto de negociação coletiva.

Nesse contexto, verifica-se que os acordos e convenções coletivas encontram-se previstos na Constituição Federal, art. 7.º, inciso XXVI, como verdadeiros instrumentos capazes de promover a flexibilização, com intuito de harmonizar as relações entre a força de trabalho e a disponibilidade do capital. Por meio de tais instrumentos coletivos, as classes operária e patronal discutem os problemas comuns e implementam soluções.

Portanto, reconhecida a possibilidade de flexibilização, por meio dos instrumentos previstos no artigo 7.º, XXVI, da Constituição Federal, cumpre ao órgão julgador analisar a validade da norma convencional, por meio da qual se implementa as novas condições acordadas.

In casu, discute-se a previsão convencional a respeito do pagamento de resídus salariais somente diante da disponibilidade econômica da empregadora.

Não cabe a esta C. Corte Especializada desconsiderar tais acordos, ao contrário, ante o debate que se vem travando acerca de flexibilização de direitos trabalhistas, o reconhecimento é o estímulo ao entendimento direto das categorias, sem qualquer intervenção estatal.

Não há, portanto, ao contrário do decidido no Colegiado **a quo**, ilegalidade, mas o cumprimento de norma convencional, que se sobrepõe, devendo ser observada e reconhecida a cláusula que determina a vinculação da concessão de resíduo pela conversão da URV à existência de disponibilidade financeira pela recorrida, conforme negociado.

Na esteira do entendimento acima exposto, transcrevo o seguinte precedente:

'EMBARGOS - SALÁRIO - RESÍDUO - CONVERSÃO PELA URV NORMA COLETIVA. Ocorrendo negociação coletiva em torno da concessão de resíduo pela conversão da URV, condicionado à existência de disponibilidade financeira, deve ser observado o instrumento normativo, sob pena de desrespeito ao preceito insculpido no art. 7.º, XXVI, da Carta Magna, que assegura o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, conforme reconheceu a C. Turma. Resulta ileso o artigo 896 da CLT. Embargos não conhecidos. (PROC: ERR NUM: 702081 ANO: 2000 ÓRGÃO JULGADOR - SUBSEÇÃO I ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS - MINISTRA MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI - DJ DATA: 08-11-2002).'

Diante do exposto, **dou provimento** ao Recurso de Revista para julgar improcedente a reclamação trabalhista.

Sustenta o Reclamante que a Turma, ao conhecer do Recurso de Revista patronal, olvidou-se de que o acordo coletivo objeto da controvérsia não ultrapassa a jurisdição do Tribunal Regional do Trabalho da 21.ª Região, resultando daí a violação da alínea "b" do artigo 896 da CLT. Alega, sob outro prisma, que a matéria devolvida à Turma era eminentemente fática, por envolver as reais condições econômicas da Empresa como condição para o deferimento ou não do pleito. Ressalta que a Corte de origem em nenhum momento consignou a Reclamada ter ou não disponibilidade financeira, para arcar com o adimplemento de suas obrigações. Alega contrariada, por consequência a diretriz da Súmula n.º 126 deste Tribunal Superior. Destaca, ainda sob esse prisma, que a Reclamada teria de ter provado a sua indisponibilidade financeira, sem o que não poderia a Turma decidir pela não aplicação do acordo coletivo.

O Recurso tem por fundamento violação do artigo 896 da CLT.

O Recurso de Revista interposto pela Reclamada não teve por objeto estabelecer conflito de teses

acerca de interpretação de norma convencional. O cerne da questão devolvida à Turma, conquanto envolva conteúdo de acordo coletivo, teve por destinação provocar a subsunção do artigo 7.º, XXVI, da Constituição Federal à hipótese. Sob tal perspectiva, a Turma examinou a matéria. Resta incólume a acenada violação da alínea "b" do artigo 896 da CLT.

Não se divisa, de outro lado, contrariedade à Súmula n.º 126 deste Tribunal Superior. Como já consignado, a controvérsia devolvida a este Tribunal Superior cinge-se em definir se a condição econômica da Reclamada pode ou não ser motivo para o não cumprimento do acordo coletivo, em que contemplado o pagamento de resíduos salariais. O entendimento da Turma, segundo o qual se afigura legítima tal condição, tem por consequência lógica dar à hipótese solução jurídica diversa, qual seja, o indeferimento do pleito relativo às diferenças postuladas. Caso não houvesse o óbice da condição econômica da Reclamada, por razões também de ordem lógica, o Tribunal Regional não se ocuparia com tal discussão. Não procede, portanto, o argumento obreiro.

Incólume o artigo 896 da CLT, não conheço do Recurso.

**RESÍDUOS SALARIAIS - NORMA CONVENCIONAL -
APLICAÇÃO DO ARTIGO 7.º, XXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Sustenta o Reclamante que em momento algum se deixou de reconhecer a validade do acordo coletivo, razão por que não houve negativa de vigência do artigo 7.º, XXVI, da Constituição Federal. Ressalta, sob esse prisma, que o Tribunal Regional examinou apenas a aparente contradição existente na cláusula convencional, segundo a qual, ao tempo em que se reconheceu devido os resíduos salariais, vinculou tal direito à condição que não tem respaldo legal. Alega que o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho não se sobrepõe a outras normas legais ou constitucionais, aí considerados o princípio constitucional do direito adquirido e a obrigação de o empregador assumir os riscos da atividade econômica.

O Recurso tem por fundamento violação do artigo 7.º, XXVI, da Constituição Federal e 896 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Não procede o Recurso.

A flexibilização dos direitos trabalhistas não é ilimitada, de sorte que as normas convencionais não podem sobrepor-se às oriundas de fontes genuinamente formais, salvo se para beneficiar o obreiro ou quando expressamente autorizadas a interferir no direito mínimo positivado. Assim ocorre com a irredutibilidade salarial e a jornada de trabalho, contempladas no art. 7.º, VI, XIII e XIV, da Constituição Federal.

No caso concreto o que se discute, em última análise, é a recomposição de perdas salariais, decorrente da existência de resíduos oriundos da conversão da unidade monetária. Partindo da premissa de que a Constituição Federal albergou a flexibilização do direito à irredutibilidade salarial, mediante negociação coletiva não há como se deixar de conferir validade à norma coletiva, que, não obstante tenha reconhecido o pagamento dos resíduos salariais, condicionou a implementação de tal direito à disponibilidade financeira.

Na esteira do entendimento acima exposto, transcrevo os seguintes precedentes:

“EMBARGOS - SALÁRIO - RESÍDUO - CONVERSÃO PELA URV – NORMA COLETIVA. Ocorrendo negociação coletiva em torno da concessão de resíduo pela conversão da URV, condicionado à existência de disponibilidade financeira, deve ser observado o instrumento normativo, sob pena de desrespeito ao preceito insculpido no art. 7.º, XXVI, da Carta Magna, que assegura o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, conforme reconheceu a C. Turma. Resulta ileso o artigo 896 da CLT. Embargos não conhecidos.” (ERR-702081/2000, Relatora Ministra Maria Cristina I. Peduzzi, DJ de 08-11-2002.)

“E-RR - 665678/2000 Relator - GMBP DJ - 19/10/2007

RESÍDUO SALARIAL. CONVERSÃO DA MOEDA. URV. ACORDO COLETIVO. Há de se conferir validade à cláusula que

condiciona o pagamento à disponibilidade financeira da empresa, em prestígio à pactuação coletiva. Com efeito, a norma em que se estipulou condição para pagamento dos resíduos salariais é oriunda de negociação coletiva, que é uma forma de ajuste de interesses, do qual participou o sindicato representativo da categoria profissional. A flexibilização no Direito do Trabalho, fundada na autonomia coletiva privada, permite a obtenção de benefícios para os empregados com concessões mútuas. Portanto, se as partes decidiram, mediante acordo coletivo, estabelecer como condição para o pagamento dos resíduos salariais a existência de disponibilidade financeira da empresa, não é possível relegar essa condição, sob pena de se incorrer em violação do art. 7.º, inc. XXVI, da Constituição da República. Recurso de Embargos de que não se conhece.” (E-RR - 665678/2000, Ministro Relator Brito Pereira, DJ de 19/10/2007.)

“EMBARGOS. REAJUSTE SALARIAL DECORRENTE DO RESÍDUO DA CONVERSÃO PELA URV. NORMA COLETIVA. PREVALÊNCIA. Ocorrendo negociação coletiva em torno da concessão de resíduo pela conversão da URV, condicionado à existência de disponibilidade financeira, deve ser observado o instrumento normativo, sob pena de desrespeito ao preceito insculpido no art. 7.º, XXVI, da Carta Magna, que assegura o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, conforme reconheceu a C. Turma. Resulta ileso o artigo 896 da CLT. Embargos não conhecidos.” (E-RR-770493/2001, Ac. SBDI-1, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, DJ 8/8/2003.)

Não se divisa, portanto, violação do artigo 7.º, XXVI, da Constituição Federal e 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Não conheço do Recurso.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros, por unanimidade, não conhecer integralmente dos Embargos.

Brasília, 13 de outubro de 2008.

MARIA DE ASSIS CALSING
Ministra Relatora

PROC. Nº TST-E-RR-14328/2002-004-09-00.0

A C Ó R D ã O

SESBDI-1

VMF/mche

**RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTOS
DEPOIS DA EDIÇÃO DA LEI Nº
11.496/07 - BRASIL TELECOM -
CABISTA - ADICIONAL DE
PERICULOSIDADE - PERCENTUAL
INFERIOR AO LEGAL - PREVISÃO EM
ACORDO COLETIVO - VALIDADE.**

Consoante preconiza a Súmula nº 364, item II, do TST, a fixação do adicional de periculosidade em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco deve ser respeitada, desde que pactuada em acordos ou convenções coletivas de trabalho.

Recurso de embargos conhecido e provido.

MULTA DO ART. 467 DA CLT. Se a Turma não conheceu do recurso de revista por força da Súmula nº 126 do TST e, portanto, não emitiu tese jurídica, não há o que ser confrontado, restando inviabilizado o recurso, no particular, na forma do art. 894 da CLT, com sua nova redação, emprestada pela Lei nº 11.469/2007.

Recurso de embargos não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº **TST-E-RR-14328/2002-004-09-00.0**, em que é Embargante **BRASIL TELECOM S.A.** e Embargado(a) **JOÃO DE JESUS e VAM - PROJETOS E INSTALAÇÕES DE REDES TELEFÔNICAS LTDA..**

A Egrégia 2ª Turma desta Corte, mediante a decisão a fls. 366-373, não conheceu do recurso de revista da demandada, em relação ao Adicional de Periculosidade - Negociação Coletiva, por entender que a decisão regional estaria em consonância com a Súmula nº 364, II, do TST. Quanto ao tema da Multa, o recurso de revista não alcançou conhecimento por força da Súmula nº 126 do TST.

Inconformada, a reclamada interpõe recurso de embargos, a fls. 375-379, alegando que a Turma, ao manter o deferimento do adicional de periculosidade, negou vigência aos arts. 7º, VI, XXVI da Constituição Federal e 611, § 1º, da CLT, contrariando, igualmente, a Súmula nº 364, II, do TST. Oferece arestos. Debate-se, igualmente, quanto à multa, transcrevendo um julgado para o cotejo de teses.

Não houve impugnação, como noticia a certidão a fls. 384.

O processo não foi remetido ao Ministério Público do Trabalho para emissão de parecer, na forma autorizada em lei.

É o relatório.

V O T O

1 - CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos genéricos de admissibilidade dos embargos, concernentes à tempestividade (fls. 374 e 376), à representação processual (380-381), e ao preparo (275-276 e 344 e 382), passo ao exame dos seus pressupostos específicos de admissibilidade.

1.1 - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - PROPORCIONALIDADE - NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Inicialmente, cumpre destacar que os presentes embargos serão apreciados sob a égide do art. 894 da

CLT, com sua redação alterada pela Lei n.º 11.496/2007, pois a publicação da decisão turmária e a interposição do recurso se deram depois de 24/09/2007.

O Colegiado *a quo* não conheceu do recurso de revista da demandada, no tocante ao tema acima epigrafado, por entender que a decisão regional teria sido proferida em conformidade com a Súmula n.º 364, II, do TST, o que inviabilizava o apelo, na forma do § 4º, do art. 896 da CLT.

Eis a dicção da decisão ora embargada (fls. 366-373), *verbis*:

Assim julgou o Regional à fl. 315:

“A Convenção Coletiva de Trabalho 2000/2001, na sua cláusula 39, assim dispõe:

‘As empresas pagarão adicional de periculosidade, nos termos percentuais abaixo incidentes sobre salários:

- Supervisor de Redes Telefônicas 1,11 %
- Encarregado de Redes Telefônicas 1,89%
- Instalador/ Aux. Instalador de Telefones 4,29%
- Oficial/Meio Oficial/Aux. Linhas 9,79%
- Cabista/Aux. de Cabista 10,12%’ (fls. 59/60)

É entendimento desta Turma que, comprovada a atividade perigosa, deve-se observar o percentual legal de 30%, eis que mais benéfico ao autor, conforme já deferiu o Juízo *a quo*.”

A 2ª Reclamada argumenta existir Convenção Coletiva em que se pactuou o pagamento do adicional de periculosidade de forma proporcional. Indica violação ao art. 7º, XXVI, da Constituição, do art. 611 da CLT, além de contrariedade à Súmula 364, II, do TST.

Sem razão.

Assim dispõe a Súmula 364, II, do TST:

“A fixação do adicional de periculosidade, em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, deve ser respeitada, desde que pactuada em acordos ou convenções coletivos.”

De acordo com a jurisprudência desta Corte, há dois requisitos para que o percentual legal de 30% possa ser afastado, adotando-se valores reduzidos.

Inicialmente, não há espaço para a redução unilateral pelo empregador, sendo indispensável a realização de negociação coletiva que legitime tal situação.

Além disso, somente caberia a redução do percentual se constatada, na prática, que a exposição ao fator de risco não se dava em tempo integral, motivo por que seria cabível a redução proporcional ao tempo de exposição.

Significa dizer que não há a possibilidade, mesmo em se tratando de negociação coletiva, de que sejam os percentuais do adicional meramente reduzidos, sem que se estipule claramente que a redução decorre do menor tempo de exposição ao fator de risco, respeitando-se, assim, a proporcionalidade.

Assim, na verdade, a decisão recorrida encontra-se em consonância com a Súmula 364, II, do TST. Óbice da Súmula 333 do TST e do art. 896, §4º, da CLT.

Não conheço.

No presente recurso de embargos, a reclamada aduz que a discussão aqui proposta não diz respeito à existência, ou não, do direito do autor ao pagamento do adicional, mas sim ao percentual que deve ser observado quando do pagamento, ou seja, o de 30% - na forma da lei, ou o de 10,12%, conforme a negociação coletiva. Defende que a Turma teria violado os arts. 7º, incisos VI e XXVI da Constituição da República e 611, § 1º, da CLT, contrariando, igualmente, a Súmula nº 364, II, do TST, seja porque a proporcionalidade do contato perigoso restou incontroversa nos autos, seja porque essa condição já se encontrava implícita na Convenção Coletiva de Trabalho. Assim, entende que a aplicação do percentual previsto na norma coletiva era inarredável. Oferece arestos para o cotejo de teses.

De plano, cumpre observar que se trata de recurso de embargos interposto quando já vigente a Lei nº 11.469/2007 e, portanto, não há campo para investigação de violação de preceitos legais ou mesmo de estatura constitucional. Cabe, então, apenas aferir-se a existência de

contrariedade com a Súmula apontada, bem como a ocorrência de dissenso com os julgados transcritos.

Cumprido observar, por oportuno, que o Tribunal Regional, ao apreciar a questão, citando o laudo pericial, deu notícia de que o contato do reclamante com o agente perigoso (cabos energizados) era habitual e intermitente (fls.314). Assim, parece que a questão enquadra-se na previsão contida na Súmula nº 364, II do TST, pois havia previsão do pagamento de adicional de periculosidade de forma reduzida em Convenção Coletiva de Trabalho, tendo havido, igualmente, a constatação de que o trabalho realizado em condições de risco era habitual e intermitente. Assim, resultam presentes as duas hipóteses exigidas pela Turma: houve negociação coletiva para reduzir o percentual e o contato do autor com o perigo era habitual, porém intermitente.

Conheço, pois, do recurso de embargos por contrariedade com a Súmula nº 364, II, do TST.

1.2 - MULTA DO ART. 467 DA CLT

A decisão proferida pela Turma tem o seguinte conteúdo, *litteris*:

Assim decidiu o Regional às fls. 323-324:

“A colação de Termo de Rescisão de Contrato de Trabalho SEM assinatura do empregado e SEM chancela sindical NÃO prova o pagamento das verbas rescisórias.

Então, na verdade, NÃO houve controvérsia razoável quanto ao pagamento das verbas rescisórias.”

A 2ª Reclamada sustenta que seria necessário, para a aplicação da multa, que trabalhador e empregador concordassem sobre o montante devido. Alega que houve impugnação das Reclamadas em que se demonstrou o pagamento das verbas, gerando a controvérsia. Indica violação ao art. 467 da CLT.

Contudo, diante do quadro delineado pelo Regional, em que se estabeleceu serem incontroversas as verbas devidas, além de não

terem sido quitadas devidamente, incide o óbice da Súmula 126 do TST, pois seria necessário o reexame de matéria fático-probatória, procedimento vedado nesta instância.

Não conheço.

No recurso em exame, aduz a reclamada que a impugnação específica, por si só, já elidiria o pagamento sobre o montante incontroverso a que faz referência o art. 467 da CLT, sendo certo que ambas as empresas impugnaram os fatos narrados na inicial. Oferece aresto para o cotejo de teses.

Se a Turma não conheceu do recurso de revista por força da Súmula nº 126 do TST e, portanto, não emitiu tese jurídica, não há o que ser confrontado, restando inviabilizado o recurso, no particular, na forma do art. 894 da CLT, com sua nova redação, emprestada pela Lei nº 11.469/2007.

Assim, não conheço do recurso de embargos, no particular, tendo em vista a nova redação do art. 894 da CLT.

2 - MÉRITO

2.1 - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - PROPORCIONALIDADE - NEGOCIAÇÃO COLETIVA

A Constituição Federal de 1988 prestigiou as negociações coletivas, permitindo, por meio delas, até mesmo a redução salarial (art. 7º, VI).

Isso porque as normas encerradas nas convenções ou acordos coletivos de trabalho são fruto de negociações resultantes de concessões mútuas, sempre na busca de melhores condições de trabalho, cujo representante legitimado do empregado é o seu sindicato de classe, o qual obteve da sua categoria os poderes necessários para a realização do acordo, cuja regularidade, aliás, não se discute nos autos.

Nesse sentido, a norma coletiva regularmente produzida, mesmo que a princípio, ou analisada isoladamente, pareça ser prejudicial ao trabalhador, não será inválida, em

face do reconhecimento e até mesmo do incentivo conferido pela atual Carta Magna às negociações diretas entre empregados e empregadores, sendo certo, ainda, não se tratar, na hipótese, de direito indisponível.

Portanto, não se há de falar em nulidade da cláusula de convenção coletiva que fixa o adicional de periculosidade em percentual inferior ao legalmente previsto.

Vale salientar que a matéria encontra-se consubstanciada na Súmula nº 364, item II, do TST, a saber:

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO EVENTUAL, PERMANENTE E INTERMITENTE. (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 5, 258 e 280 da SDI-1) - Res. 129/2005 - DJ 20.04.2005.

..... II -
A fixação do adicional de periculosidade, em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, deve ser respeitada, desde que pactuada em acordos ou convenções coletivos. (ex-OJ nº 258 - Inserida em 27.09.2002).

Assim sendo, dou provimento ao recurso de embargos para excluir da condenação as diferenças de adicional de periculosidade, mantendo as disposições constantes do acordo coletivo.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Egrégia Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso em relação à multa do art. 467 da CLT. Por unanimidade, conhecer dos embargos quanto ao adicional de periculosidade e dar-lhes provimento para excluir da condenação as diferenças de adicional de periculosidade, mantendo as disposições constantes do acordo coletivo.

Brasília, 13 de agosto de 2009.

MINISTRO VIEIRA DE MELLO FILHO
Relator

PROC. Nº TST-E-ED-RR-1236/2004-102-15-00.4

A C Ó R D ã O

SDI-1

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS - NATUREZA E PAGAMENTO PARCELADO - PREVISÃO EM ACORDO COLETIVO. A decisão recorrida não reconheceu como válida a norma coletiva (acordo coletivo) que, expressamente, retratando a vontade de sindicato profissional e empresa, dispôs que o pagamento da participação nos lucros, relativa ao ano de 1999, seria feito de forma parcelada e mensalmente. O fundamento é de que o art. 3º, § 2º, da Lei nº 10.101/2000 dispõe que o pagamento de antecipação ou distribuição a título de participação nos lucros ou resultados não pode ocorrer em período inferior a um semestre ou mais de duas vezes no ano cível. O que se discute, portanto, é a eficácia e o alcance da norma coletiva. O livremente pactuado não suprime a parcela, uma vez que apenas estabelece a periodicidade de seu pagamento, em caráter excepcional, procedimento que, ao contrário do decidido, desautoriza, data venia, o entendimento de que a parcela passaria a ter natureza salarial. A norma coletiva foi elevada ao patamar constitucional e seu conteúdo retrata, fielmente, o interesse das partes, em especial dos empregados, que são representados pelo sindicato profissional. Ressalte-se que não se apontou, em momento algum, nenhum vício de consentimento, motivo pelo qual o acordo coletivo deve ser prestigiado, sob pena de desestímulo à aplicação dos instrumentos coletivos, como forma de prevenção e solução de conflitos. **Recurso de embargos conhecido e provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº TST-E-ED-

RR-1236/2004-102-15-00.4, em que é embargante **VOLKSWAGEN DO BRASIL INDÚSTRIA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES LTDA.** e embargado **WILSON FERNANDES DE GOUVÊA.**

A e. 8ª Turma conheceu do recurso de revista do reclamante, quanto ao tema "horas extras", por contrariedade à Súmula nº 366 desta Corte, e, no mérito, deu-lhe provimento para condenar a reclamada ao pagamento de horas extras e reflexos, a serem apuradas em liquidação de sentença, com base nos cartões de ponto, limitadas aos dias em que foi ultrapassado o limite de 5 (cinco) minutos antes e/ou após a jornada de trabalho.

Conheceu, também, quanto à "participação nos lucros - natureza jurídica - parcelamento previsto em norma coletiva", por divergência jurisprudencial, e, no mérito, deu-lhe provimento parcial para, observado o período de vigência da norma coletiva, determinar o reflexo do pagamento mensal da participação nos lucros nas férias + 1/3, 13º salário, horas extras, adicional noturno, abonos, D.S.R e FGTS (fls. 595/603).

Seu fundamento é de que, não obstante a previsão em norma coletiva, o art. 3º, § 2º, da Lei nº 10.101/2000 veda o pagamento de qualquer antecipação ou distribuição de valores a título de participação nos lucros ou resultados da empresa em periodicidade inferior a um semestre civil, ou mais de duas vezes no mesmo ano civil (fl. 602).

Os embargos de declaração que se seguiram foram acolhidos para prestar os esclarecimentos de fls. 613/622.

Irresignada, a reclamada interpõe embargos, com fundamento no art. 894 da CLT. Com relação às horas extras, afirma que o Regional não fez nenhuma referência a extrapolação da jornada, e que, por essa razão, o conhecimento do recurso de revista encontra óbice na Súmula nº 126 desta Corte. Aponta violação dos arts. 896 da CLT e 5º, LV, da CF e indica divergência jurisprudencial.

Quanto à questão relativa à "participação nos lucros", sustenta, em síntese, que o parcelamento da parcela em questão decorre de previsão em norma coletiva, que, conforme assevera, deve ser reconhecida, nos termos dos artigos 7º, XXVI, e

8º, III e VI, da Constituição Federal. Transcreve arestos para a divergência (fls. 624/652).

Não houve impugnação, conforme fl. 667.

O recurso não foi submetido a parecer do Ministério Público do Trabalho. Relatados.

V O T O

Os embargos são tempestivos (fls. 623 e 624) e estão subscritos por advogado regularmente constituído (fls. 592/593). Depósito recursal efetuado a contento (fl. 653).

I - CONHECIMENTO

I.1 - HORAS EXTRAS - MINUTOS QUE ANTECEDEM E SUCEDEM A JORNADA DE TRABALHO

A e. 8ª Turma, após concluir que ficou configurado o tempo à disposição do empregador, conheceu dos embargos do reclamante, por contrariedade à Súmula nº 366 desta Corte, e, no mérito, deu-lhe provimento para condenar a reclamada ao pagamento de horas extras e reflexos, a serem apuradas em liquidação de sentença, com base nos cartões de ponto, limitadas aos dias em que foi ultrapassado o limite de 5 (cinco) minutos antes e/ou após a jornada de trabalho (fls. 595/599, complementadas a fls. 618/621).

Nos embargos, a reclamada afirma que o Regional não fez nenhuma referência a extrapolação da jornada, e que, por essa razão, o conhecimento do recurso de revista encontra óbice na Súmula nº 126 desta Corte. Aponta violação dos arts. 896 da CLT e 5º, LV, da CF e indica divergência jurisprudencial (fls. 626/632).

As ofensa e contrariedade apontadas aos artigos 5º, LV, da CF e 896 da CLT e à Súmula nº 126 desta Corte não autorizam o conhecimento dos embargos, uma vez que interposto já na vigência da Lei nº 11.496/2007, que, dando nova redação ao art. 894 da CLT, restringiu o seu cabimento à demonstração de divergência jurisprudencial.

E o julgado de fls. 631/632 não é específico para o confronto, uma vez que, ao dispor o "Regional não apreciou a matéria fática acerca do pedido, limitando-se a discutir em tese o direito do reclamante", parte de premissa diversa daquela consignada pela Turma, que expressamente registrou o

acórdão do TRT no sentido de que “o autor alega que anotava o ponto cerca de 20 a 40 minutos antes do início da jornada contratual” e que, “pelo teor da prova oral emprestada (...) restou comprovado que no período que mediava o registro do ponto no cartão e o início do efetivo da prestação de serviços, não havia trabalho e nem ficava o reclamante à disposição, *já que poderia usufruir desse tempo da forma como melhor lhe provesse, na medida em que efetivamente iniciava a prestação dos serviços como melhor lhe provesse, na medida em que efetivamente iniciava a prestação dos serviços quando substituía outro empregado no uso da máquina na qual laborava*” (fl. 596).

NÃO CONHEÇO, pois, dos embargos.

I.2 - PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS - NATUREZA JURÍDICA - PAGAMENTO PREVISTO EM ACORDO COLETIVO

A e. 8ª Turma reconheceu a natureza salarial da parcela paga mensalmente a título de participação nos lucros, explicitando que, não obstante a previsão em acordo coletivo, o art. 3º, § 2º, da Lei nº 10.101/2000 veda o pagamento de qualquer antecipação ou distribuição de valores a título de participação nos lucros ou resultados da empresa em periodicidade inferior a um semestre civil, ou mais de duas vezes no mesmo ano civil (fl. 602).

Nas razões dos embargos, a reclamada sustenta que o parcelamento da parcela em questão decorre de norma coletiva, que, conforme assevera, deve ser reconhecida, nos termos dos artigos 7º, XXVI, e 8º, III e VI, da Constituição Federal. Transcreve arestos para a divergência (fls. 624/652).

O julgado de fls. 639/644, oriundo da 5ª Turma desta Corte, autoriza o conhecimento, por apresentar tese no sentido de que: “... em que pese o disposto no art. 3º, § 2º, da Lei 10.101/00, que veda o pagamento da participação nos lucros e resultados em periodicidade inferior a um semestre, se as partes decidiram pactuar o seu pagamento em duodécimos, não se pode pretender por isso atribuir-lhe natureza salarial, conferindo interpretação elasticada ao instrumento normativo” (fl. 639).

CONHEÇO por divergência jurisprudencial.

II - MÉRITO

II.1 - PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS - NATUREZA JURÍDICA - PAGAMENTO PREVISTO EM ACORDO COLETIVO

A e. 8ª Turma não reconheceu como válida a norma coletiva (acordo coletivo) que, expressamente, retratando a vontade de sindicato profissional e empresa, dispôs que o pagamento da

participação nos lucros, relativa ao ano de 1999, seria feito de forma parcelada e mensalmente (fls. 595/603).

O fundamento é de que o art. 3º, § 2º, da Lei nº 10.101/2000 dispõe que o pagamento de antecipação ou distribuição a título de participação nos lucros ou resultados não pode ocorrer em período inferior a um semestre ou mais de duas vezes no ano cível (fl. 602).

O que se discute, portanto, é a eficácia da norma coletiva, livremente pactuada, sem nenhum vício formal, para o pagamento antecipado da PLR, à razão de 1/12 ao mês.

Não houve, pois, supressão de parcela, mas apenas foi estabelecido a periodicidade de seu pagamento, em caráter excepcional, procedimento que, ao contrário do decidido, desautoriza, data venia, o entendimento de que a parcela passaria a ter natureza salarial.

Como se sabe, a norma coletiva foi elevada ao patamar constitucional e seu conteúdo retrata, fielmente, o interesse das partes, em especial dos empregados, que são representados pelo sindicato profissional.

Por isso mesmo, deve ser prestigiado o acordo coletivo, sob pena de desestímulo à legítima negociação coletiva e seus consectários: acordo ou convenção coletivos.

Nesse sentido, a maioria dos Ministros da SDI-1 acompanhou a divergência, consoante notas degravadas do julgamento realizado nos dias 26/2/2009 e 19/3/2009:

O Exmo. Sr. Ministro Vantuil Abdala:

“Sr. Presidente, fiquei sensibilizado com este processo, principalmente porque acho importante a atuação dos sindicatos no País. Acredito que o sindicalismo é uma instituição que deve ser prestigiada e preservada. Lembro-me de que, numa viagem de estudos aos Estados Unidos, visitamos um escritório de advocacia cuja especialidade era evitar a criação de sindicatos. É sabido que, embora os Estados Unidos tenha o trabalhismo dos mais adiantados do mundo, os trabalhadores sindicalizados não passam de 20%. Apesar do pequeno número, os sindicatos lá têm extrema importância. As empresas lutam para que os

empregados não se sindicalizem. E essa luta é legítima, é permitida. Há uma verdadeira campanha eleitoral livre, de ambos os lados, para que vença uma das teses: sindicalização ou não. Lógico que respeitando a liberdade e os princípios básicos dessa eleição, como, por exemplo, o fato de o empregador não poder, às vésperas de eleição, conceder vantagens, aumentos salariais, etc., a fim de evitar que os empregados queiram se sindicalizar, o que seriam atitudes anti-sindicais. Afora isso, há uma campanha como se fosse uma eleição para cargo executivo. Exatamente por causa disso, mesmo que não se crie o sindicato, só a possibilidade da criação já é um fator enorme de garantia de benefício para os trabalhadores. Fiquei muito decepcionado neste processo quando exatamente o maior sindicato do País, por quem nutrimos admiração, teria dito que para ele tanto fazia se não validássemos uma das cláusulas do acordo coletivo que ele celebrou. Ora, isso para mim seria uma enorme decepção. E fiquei aliviado quando recebi uma publicação do sindicato nos seguintes termos, que peço licença para ler: "Ao mesmo tempo que se acirra a concorrência entre produtores por causa da abertura econômica, a produção interna entra em declínio por conta de fatores relativos à conjuntura econômica, o principal deles era o da restrição ao crédito". Com a elevação da taxa de juros em novembro de 1997, a Volks projetou uma queda de produção para o ano de 1998 equivalente a 10 mil postos de trabalho. Em outubro daquele ano, uma nova medida do governo federal para se proteger dos efeitos da crise externa (asiática e russa) elevou a taxa de juros a 50% ao ano, limitando ainda mais o crédito. Essa medida provocou uma contração de 40% da produção das montadoras instaladas aqui. Milhares de trabalhadores perderam seus empregos em todo o país e outros estavam ameaçados de perdê-lo. Dos 19.500 trabalhadores que restavam na planta Anchieta, 7.500 estavam ameaçados de demissão. Nesse tempo, já com fábricas em São José dos Pinhais (PR), Taubaté e São Carlos, (SP) e Rezende (RJ), a multinacional resistia e fazia sérias restrições em reestruturar e manter a planta Anchieta em funcionamento. Mobilizados, os trabalhadores conseguiram suspender as demissões e garantir o nível de emprego por cinco anos, aprovando um acordo de flexibilidade de jornada (chamado de semana Volkswagen) e abertura de um Programa de Demissões Voluntárias (PDV). Em contrapartida a empresa se comprometia a investir R\$ 2 bilhões num novo modelo de

carro, o que traria a modernização da planta em comparação aos modelos até então fabricados e a continuidade das atividades na planta Anchieta. (...) Imediatamente os trabalhadores entraram em greve antes e, como não foi possível uma negociação com a direção local da Volks, o Sindicato decidiu acionar a direção mundial da fábrica. Muito mais que as demissões, estava em jogo a permanência da fábrica na região. Os impactos negativos da saída da Volks do ABC seriam incalculáveis dos pontos de vista econômico e social. Cada posto de trabalho em uma montadora, por exemplo, representa outros 3 6 empregos, desde a extração do minério de ferro, à cadeia de componentes, até a comercialização e serviços de financiamento, seguros, manutenção etc. Portanto, a responsabilidade Do Sindicato no episódio não se limitava apenas à luta pela manutenção dos empregos diretos. Na matriz da Alemanha construiu-se uma proposta de acordo, com base naquele feito em 1998, aprovado em assembléia dos trabalhadores em meados de novembro. Em termos gerais ficou decidido: Revogação das 3.075 demissões e garantia de emprego por cinco anos (até 2006). Nesse período seriam abertos PDVs trimestrais; Flexibilização da jornada e sua redução em 15%, com retorno da chamada semana Volkswagen, e a conseqüente redução salarial; *A recomposição salarial se deu com o parcelamento mensal de R\$1.800,00 dos R\$2.800,00 acordados para o pagamento da Participação nos Lucros e Resultados". Vou reler: "A recomposição salarial se deu com o parcelamento mensal de R\$1.800,00 dos R\$2.800,00 acordados para o pagamento da Participação nos Lucros e Resultados - PLR. Da reposição salarial prevista para aquele mês (data-base), de 8,16%, foram aplicados 5,44% e o restante pago na forma de abono no ano seguinte. *Vale ressaltar que a empresa, em sua proposta original, queria usar toda a PLR e todo o índice de reposição salarial (data-base) como complementação salarial. Na tabela salarial foram incluídas três novas faixas iniciais de salários para os novos admitidos. Como no acordo anterior, ficaram programadas as saídas do emprego de metalúrgicos que viessem a se aposentar;" "Os funcionários passaram a pagar mais 8,16% nos serviços de transporte e de alimentação. Terceirização de três setores e o remanejamento dos respectivos trabalhadores para outras áreas; Novos investimentos, agora na ordem de R\$500 milhões, em novos modelos de automóveis." Ai termina a negociação. E termina a manifestação do

sindicato. "As negociações do processo de reestruturação foram extremamente importantes e exigiram do Sindicato e dos trabalhadores criatividade e ousadia. Consideramos que com os acordos realizados enfrentamos, ou mesmo afastamos, a possibilidade de encerramento das atividades da planta Anchieta e garantimos o emprego por oito anos (98 a 2001 a 2006)." Essa publicação está à disposição de quem quiser examinar. Sr. Presidente, fiquei aliviado quando recebi essa demonstração do sindicato ao se manifestar no sentido da importância desse acordo. E o que estamos a discutir aqui? Que, no bojo desse acordo, se estabeleceu que, para diminuir um pouco o sofrimento dos trabalhadores, a participação nos lucros, que era de R\$2.800,00 (dois mil e oitocentos reais), parte dessa participação, R\$1.800,00 (mil e oitocentos reais), em vez de ser paga metade em seis meses e metade daí a seis meses, seria paga mensalmente, para diminuir um pouco o sofrimento, a restrição do orçamento de cada trabalhador. E o que se discute neste processo? Se, em virtude desse acordo, por ter passado a pagar mensalmente esses míseros R\$1.800,00 (mil e oitocentos reais), míseros no sentido da grandeza desse acordo - e qual é a repercussão? Vai pagar o quê? Diferença de férias e décimo terceiro salário e o fundo de garantia sobre isso, sob o argumento de que teria natureza salarial? Ora, há momento maior para esta Corte do que o de prestigiar um acordo coletivo histórico? Há momento melhor para esta Corte mostrar o seu respeito ao maior sindicato do País, ao sindicato que mudou a história deste País? Porque é algo que não tem uma consequência permanente e definitiva. Isso aconteceu somente naquele período. Mas é o significado disso. Estaremos a derrubar um acordo, por causa de uma circunstância pronta e acabada, somente para dizer que o reclamante não tem direito a décimo terceiro e a férias durante o ano de 1998. É o significado disso que acho importante. E é este o apelo que faço à Corte, para que pensemos nisso. Não se trata aqui de não darmos validade a um acordo por respeito a condições de segurança, higiene, discriminação, aspectos com relação aos quais a Corte é rígida. Não é isso. Trata-se apenas de pequena natureza econômica em função da grandeza de uma situação e de um sindicato que ninguém pode pôr em dúvida".

O Exmo. Sr. Ministro João Oreste Dalazen:

“A presente vista regimental prende-se ao exame da natureza jurídica salarial, ou não, da parcela "1/12 AVÔS PART. RESULTADOS", paga no período compreendido entre janeiro de 1999 e abril de 2000, em virtude de acordo coletivo de trabalho. Trata-se de salário ou de típica participação nos lucros ou resultados da empresa, desprovida de tal natureza? Eis a questão. A egrégia 3.a Turma deu provimento ao recurso de revista do reclamante para efeito de acolher o pedido de integração da parcela em apreço ao salário a fim de gerar os reflexos postulados. A reclamada interpõe recurso de embargos, por divergência jurisprudencial. Como se recordam, o eminente Ministro Relator, Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, manifestou-se pelo conhecimento e não-provimento. Em síntese, S. Ex.a endossa integralmente o teor do acórdão turmário, "diante da expressa vedação contida no art. 3o, § 2º, da Lei 10.101/2000". Por sua vez, V. Ex.a, Sr. Presidente, abriu divergência, no que foi acompanhado pelo Ministro Vantuil Abdala, posicionando-se no sentido de dar provimento aos embargos para considerar válido o acordo coletivo de trabalho em que se previu o parcelamento mensal da parcela. Superada a questão atinente ao conhecimento, passo à análise do mérito. Dispõe o art. 3o, § 2o, da Lei nº 10.101/2000: "£ vedado o pagamento de qualquer antecipação ou distribuição de valores a título de participação nos lucros ou resultados da empresa em periodicidade inferior a um semestre civil, ou mais de duas vezes no mesmo ano civil", como se recorda. Inquestionável, pois, que a periodicidade mensal do pagamento a título de participação nos lucros ou resultados afronta a lei e, em princípio, em minha avaliação, sujeita a empresa a uma sanção administrativa. Em momento algum, contudo, a lei explicitamente empresta natureza salarial à parcela se paga em periodicidade inferior a um semestre. Tampouco a periodicidade mensal retira ou desfigura a natureza da parcela: trata-se, sim, de "Participação nos Resultados". Di-lo com todas as letras o Acordo Coletivo de Trabalho 1998/2000 firmado entre o Sindicato dos Metalúrgicos do ABC e a Volkswagen do Brasil na Cláusula n.º 2.3.2, de seguinte teor: "2.3 Para evitar transtornos no orçamento dos empregados Horistas e Mensalistas a EMPRESA pagará mensalmente os seguintes valores: (...) 2.3.2. Uma antecipação de 1/12 (um doze avôs) do valor da Participação nos Resultados de 1999". Quis-se estipular, portanto, e estipulou-se "Participação nos Resultados". Nesta perspectiva, parece-me

inarredável a incidência do art. 7.º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988, que, como se recorda, desvincula da remuneração a aludida parcela. Entendo que os institutos jurídicos, como as coisas e as pessoas, são o que são pela sua natureza intrínseca, independentemente do rótulo ou título que se lhes queira atribuir. No caso, penso que não é a forma mensal de pagamento que, apenas por si, desnatura a parcela como participação nos lucros ou nos resultados, porque se fora assim a forma é que ditaria a natureza da parcela e não o seu conteúdo. Tanto não é o pagamento mensal que dita a natureza da parcela que, como se recorda, até 1988, prevalecia o entendimento segundo o qual, muito embora usualmente paga de forma anual, a participação nos lucros ostentava cunho salarial, diretriz consagrada, inclusive, na cancelada Súmula nº 251. Ademais, constituiria, data venia, postura demasiado realista da Justiça do Trabalho, no meu entender, negar a natureza de uma parcela que os próprios interlocutores sociais, em negociação coletiva de certo exaustiva, instituíram como "Participação nos Resultados". Objetar-se-á que a autonomia privada coletiva do sindicato não é absoluta. Estou de acordo. Forçoso convir que, presentemente, a negociação coletiva não pode flexibilizar, de modo amplo, direitos trabalhistas. Como sabido, não se admite a flexibilização de normas que visem a salvaguardar direitos concernentes à higiene, saúde e segurança do empregado, normas de ordem pública, inderrogáveis pelas partes. Sob o palio do art. 7.º, XXVI, da Constituição Federal, contudo, penso que, excetuados tais casos, pode haver alguma flexibilização, mediante negociação coletiva, de direitos trabalhistas desde que haja a necessária contrapartida em vantagens à categoria profissional. Na espécie, a norma inscrita no acordo coletivo de trabalho, a teor da própria exposição de motivos que a antecedeu, objetivou abrandar perdas salariais decorrentes da redução da jornada de trabalho e até mesmo impedir a despedida de grande contingente de empregados, ambas conseqüências então iminentes em um contexto específico de instabilidade econômica por que passava a empresa. Eis o que o consta da aludida exposição de motivos do ACT: "Considerando - a vontade comum das partes de evitar a demissão de grande contingente de EMPREGADOS, necessária à adequação do efetivo da EMPRESA aos atuais níveis de produção, - a necessidade da constituição de um mecanismo de proteção de emprego a longo prazo, (...) - a vontade comum

das partes de buscar uma estratégia que garanta o futuro a curto, médio e longo prazo das fábricas Anchieta e Taubaté, - a necessidade imperiosa do estabelecimento de um sistema para transpor as dificuldades impostas pela retração transitória do mercado, é firmado o presente ACORDO COLETIVO (...)"Percebe-se, pois, que o acordo coletivo, ao dilatar o pagamento da parcela "participação nos lucros e resultados", inequivocamente tinha os olhos fitos em proteger o emprego, então, como hoje, sob ameaça. Ora, a sociedade brasileira vive uma fase de pós-positivismo jurídico, em que se reconhece eficácia aos próprios princípios constitucionais, dentre os quais desponta o do valor social do trabalho como resulta do art. 1.º, inciso IV, da Constituição Federal. Além disso, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ditam hoje a interpretação das normas jurídicas. Cumpre, pois, ao operador do Direito, em caso de conflito entre normas, sopesar os valores tutelados e dar primazia ao mais relevante. Na espécie, entre a validade da negociação coletiva para efeito de PLR, com a preservação do emprego, e a invalidade do instrumento normativo, que pode sinalizar em contrário, abrindo ensejo ao séquito de nefastas e dramáticas conseqüências da falta de trabalho, parece-me não haver dúvida de que a primeira alternativa se impõe, data venia, até mesmo em nome da razoabilidade e do bom senso. De sorte que, sob minha ótica, qualquer que seja o prisma sob o qual se examine a controvérsia, sobretudo em face do que reza o art. 7.º, incisos XI e XXVI, da Constituição Federal, mormente tendo em vista que a norma coletiva teve o escopo de minorar perdas salariais e evitar dispensas em massa, inelutável que não se pode emprestar natureza salarial à parcela, como se pretende. À vista do exposto, rendendo minhas homenagens à tese do eminente voto condutor do eminente Ministro Relator, acompanho a divergência liderada por V. Ex.a, Sr. Presidente, no sentido de dar provimento aos embargos interpostos pela reclamada para restabelecer a sentença no que negou natureza salarial. É como voto”.

A Exma. Sra. Ministra Maria Cristina Irigoyen

Peduzzi:

“... venho reafirmando no sentido da prevalência dos princípios constitucionais da liberdade coletiva, da negociação coletiva e dos instrumentos que revelam a convenção e o acordo, que não podem ser

desconsiderados. Eles têm prevalência, no caso, sobre a literalidade de um dispositivo da lei ordinária que considero inaplicável ao caso, exatamente porque se privilegiaram esses princípios constitucionais. A lei proíbe que permanentemente se parcele a participação nos lucros. Não foi o que aconteceu no caso concreto, em que, considerada uma situação excepcional e temporária, determinou-se não a antecipação permanente da participação dos lucros, mas se encontrou esta modalidade de antecipação apenas para compensar uma redução salarial que teve, até como prestação, muito mais do que isto: a estabilidade por cinco anos no emprego. Então, a empresa, certamente para evitar que se implementasse essa redução, antecipou naquele período. Como bem acentuou o Ministro Vantuil por ocasião do seu voto, por solicitação expressa do sindicato dos trabalhadores, antecipou-se naquele período o pagamento antecipação dos lucros. Portanto, não há que se falar aqui em vedação legal. Seria uma interpretação literal da lei absolutamente inadequada e incompatível com os princípios constitucionais que aqui me referi -, que se sobrepõem a qualquer entendimento, data venia, no sentido proposto pelo Relator.”

Com estes fundamentos, **DOU PROVIMENTO** aos embargos da reclamada para, considerando válido o instrumento coletivo, restabelecer a sentença no que negou natureza salarial à parcela “Participação nos Lucros”.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer dos embargos apenas quanto ao tema “participação nos lucros - natureza jurídica”, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, pelo volto prevalente da Presidência, vencidos os Exmos. Ministros Aloysio Corrêa da Veiga, relator, Horácio Raymundo de Senna Pires, Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Maria de Assis Calsing e Lelio Bentes Corrêa, dar-lhes provimento para, considerando válido o instrumento coletivo, restabelecer a sentença no que negou natureza salarial à parcela “Participação nos Lucros”.

Brasília, 19 de março de 2009.

MILTON DE MOURA FRANÇA
Redator Designado

PROC. Nº TST-E-RR-751673/2001.9
A C Ó R D Ã O
(SDI-1)
GMMAC/r2/cfa/eri

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. 1) NULIDADE DO ACÓRDÃO PROLATADO PELO TRIBUNAL REGIONAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 896 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. Hipótese em que a Parte não logrou infirmar o fundamento expandido pela Turma, segundo o qual a decisão proferida pelo Tribunal Regional encontrava-se devidamente fundamentada. Incólume o artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Embargos não conhecidos. **2) HORAS EXTRAS. ACORDO DE COMPENSAÇÃO. ACORDO COLETIVO. CRITÉRIO DE COMPENSAÇÃO NO MÊS.** A Lei n.º 9.601/98, que deu nova redação ao art. 59, § 2.º, da CLT, estabeleceu o padrão anual de compensação, implantando, com isso, o banco de horas, desde que por meio de negociação coletiva. Afigura-se legítimo, portanto, o regime de compensação de horas, levado a efeito por meio de acordo coletivo, no qual tenha sido adotado módulo mensal como critério de sua efetivação. A decisão que nega validade a acordo coletivo, cujas cláusulas foram pactuadas em harmonia com o ordenamento jurídico, viola, portanto, o artigo 7.º, XXVI, da Constituição Federal, acenado nas razões do Recurso de Revista. Configurada a hipótese de violação do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Embargos conhecidos e providos. **3) MULTA DE 1% SOBRE O VALOR DA CAUSA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTELATÓRIOS.** A Reclamada buscou, em sede de Embargos de Declaração, desconstituir os fundamentos do

acórdão prolatado pelo Tribunal Regional, ao insistir em fatos para os quais a Corte de origem havia negado a existência ou lhe atribuído valor diverso. Não se divisa, nesse contexto, violação do parágrafo único do artigo 538 do Código de Processo Civil e, por conseguinte, do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Embargos não conhecidos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista n.º **TST-E-RR-751673/2001.9**, em que é Embargante **COMPANHIA VALE DO RIO DOCE - CVRD** e Embargado **OLÍVIO CARMO DE ASSIS BULHÕES**.

R E L A T Ó R I O

A Quinta Turma desta Corte, mediante acórdão a fls. 581/587, da lavra do Ministro Gelson de Azevedo, não conheceu do Recurso de Revista interposto pela Reclamada no tocante aos temas "Nulidade do Acórdão Regional. Negativa de Prestação Jurisdicional", "Horas Extras" e "Multa de 1% sobre o Valor da Causa. Embargos de Declaração Protelatórios".

Interpõe a Reclamada os presentes Embargos a fls. 607/619. Calcada em violação do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, busca a reforma do julgado no tocante aos temas em epígrafe.

Impugnação a fls. 625/630.

Os autos não foram remetidos à Procuradoria-Geral do Trabalho, na forma do artigo 83 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

O Recurso é tempestivo (acórdão publicado em 25/8/2006, sexta-feira, conforme certidão lavrada a fls. 588, e Apelo interposto em 5/9/2006). Preparo efetuado a fls. 509, 523 e 622. A Reclamada encontra-se regularmente representada nos autos (procuração a fls. 621 e substabelecimento a fls. 620).

I - CONHECIMENTO

NULIDADE DO ACÓRDÃO PROLATADO PELO TRIBUNAL REGIONAL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - VIOLAÇÃO DO ARTIGO 896 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

A Turma não conheceu do Recurso de Revista interposto pela Reclamada, com base na seguinte fundamentação (a fls. 582/587):

“A Reclamada, nas razões de Recurso de Revista, suscita a nulidade da decisão proferida pela Corte Regional, por negativa de prestação jurisdicional. Alega que, mesmo após a oposição de Embargos de Declaração, aquela Corte não se pronunciou a respeito dos seguintes questionamentos:

a) a existência de instrumento coletivo a autorizar a compensação de jornada, de forma mensal;

b) a análise da validade do acordo coletivo em debate, à luz da previsão contida no art. 7.º, XIII e XXVI, da Constituição Federal;

c) a aplicação à hipótese da previsão contida no art. 59, § 2.º, da CLT; e

d) a comprovação do efetivo gozo de férias, mediante documentos apresentados.

Indica ofensa aos arts. 5.º, XXXV, e 93, IX, da Constituição Federal e 832 da CLT. Traz arestos à colação.

Sem razão.

Registre-se, de início, que, nos termos da Orientação Jurisprudencial n.º 115 da SDI desta Corte, admite-se o conhecimento do recurso, quanto à preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, somente por violação dos arts. 832 da CLT, 458 do CPC ou 93, IX, da Constituição Federal. Inviável, portanto, a análise de ofensa ao

art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal, bem como de divergência jurisprudencial.

Em relação às demais violações indicadas, constata-se que não se verificam.

Consoante se observa, em relação à alegação constante da alínea 'a', a Corte Regional consignou-se entendimento de seguinte teor, **verbis**:

‘A jornada de compensação, outrossim, não foi desprezada pelo julgador primário. Pelo contrário, assinala ele como extras apenas as excedentes da 37.^a na semana, carga semanal máxima adotada na recorrente. O inviável, entretanto, é pretender a Recorrente que a compensação seja mensal, quando o previsto legalmente é semanal’ (fl. 537).

Ademais, na análise dos Embargos de Declaração, consignou aquela Corte, **verbis**:

‘A utilização do módulo mensal para compensação de jornada foi rechaçada pelo Juízo a quo, tendo sido declarada a invalidade do ajuste coletivo nesse sentido’ (fl. 544).

No tocante às alegações constantes das alíneas 'b' e 'c', a Corte Regional, na decisão proferida em Embargos de Declaração, consignou:

‘(...) quanto à aplicação, no tocante às horas extras, do § 2.º do art. 59 da CLT e dos incisos XIII e XXVI da Carta Magna, também houve manifestação expressa e específica do órgão julgador, tendo sido repelida, como já foi dito, a utilização de um módulo mensal para a compensação de jornada, uma vez que inderrogáveis por vontade das partes, mesmo que por via de acordo coletivo, as normas de ordem pública relativas à matéria’ (fl. 545).

Por fim, no tocante à alegação constante da alínea 'd', a Corte Regional consignou - nas decisões proferidas no Recurso Ordinário e nos Embargos de Declaração – que a Reclamada não comprovou o efetivo gozo e o pagamento das férias pleiteadas (a fls. 537 e 544).

Dessa forma, verificando-se que a prestação jurisdicional foi entregue de forma completa pelo Tribunal de origem, incólumes os artigos tidos por violados.

Não conheço.”

Sustenta a Reclamada que, confrontando os pontos enfocados nos Embargos de Declaração e o acórdão prolatado pelo Tribunal Regional, há omissões que, sanadas, certamente influenciariam no julgamento das matérias perante o Tribunal Superior, principalmente as de natureza constitucional. Ressalta

omissas as questões relativas ao exame da cláusula de acordo coletivo que disciplina o regime de compensação, à luz dos artigos 7.º, XII e XXVI, da Constituição Federal e 59, § 2.º, da CLT, e aos documentos que registram o gozo de férias do Embargado. Alega que a negativa de prestação jurisdicional deu ensejo à contrariedade às Súmulas 278 e 297 deste Tribunal Superior e à violação dos artigos 5.º, XXXV, LIV e LV e 93, IX, da Constituição Federal; 458 e 535, do CPC e 832 da CLT.

O Recurso vem calcado em violação do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Sem razão a Reclamada.

A Turma transcreveu os trechos do acórdão recorrido em que enfrentadas as questões supostamente omissas.

Com efeito, no tocante ao acordo de compensações, o Tribunal Regional registrou a jornada máxima de compensação e rejeitou o critério de módulo mensal, ainda que adotado por instrumento coletivo, para tais fins.

Consignou, de outro lado, o enfrentamento da matéria no que tange às férias do Autor, ao registrar o entendimento da Corte de origem segundo o qual a Reclamada não comprovou o gozo e o pagamento das férias.

Não há falar, portanto, em deficiência de fundamentação e, por conseguinte, em violação do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Não conheço do Recurso.

HORAS EXTRAS - ACORDO DE COMPENSAÇÃO

A Turma não conheceu do Recurso de Revista interposto pela Reclamada, com base na seguinte fundamentação (a fls. 583/586):

“O Tribunal Regional, mantendo a sentença de origem, consignou o seguinte fundamento, **verbis**:

‘(...) o pagamento de gratificação de função, que, evidentemente, se destina a remunerar as maiores responsabilidades do cargo, não supre as horas extras. Embora o horário livre, o Reclamante não estava liberado de jornada, não se podendo afirmar, também, que estivesse livre

de controle. O cartão magnético se destinava não só a permitir o ingresso nas dependências da empresa, mas também a controlar o número de horas de permanência. As folhas de frequência juntadas pela própria Reclamada a fls. 355/372 demonstram isso, assinalados os horários de entrada e saída. A jornada de compensação, outrossim, não foi desprezada pelo julgador primário. Pelo contrário, assinala ele como extras apenas as excedentes da 37.^a na semana, carga semanal máxima adotada na recorrente. O inviável, entretanto, é pretender a Recorrente que a compensação seja mensal, quando o previsto legalmente é semanal. Inviável, também, pretender que a possibilidade de tal ajuste seja autorizado por alegada flexibilização decorrente de normas constitucionais. As normas relativas à duração do trabalho são de ordem pública e inderrogáveis pela vontade dos particulares. A faculdade estabelecida no art. 7.^o, XIII, da Constituição Federal encontra seus limites na legislação em vigor. Inaplicável, finalmente, o entendimento consubstanciado no E. TST 85, por não ser o caso dos autos' (fl. 537).

Na análise dos Embargos de Declaração, consignou aquela Corte,

verbis:

‘A utilização do módulo mensal para compensação de jornada foi rechaçada pelo Juízo *a quo*, tendo sido declarada a invalidade do ajuste coletivo nesse sentido (...). Por fim, quanto à aplicação, no tocante às horas extras, do § 2.^o do art. 59 da CLT e dos incisos XIII e XXVI da Carta Magna, também houve manifestação expressa e específica do órgão julgador, tendo sido repelida, como já foi dito, a utilização de um módulo mensal para a compensação de jornada, uma vez que inderrogáveis por vontade das partes, mesmo que por via de acordo coletivo, as normas de ordem pública relativas à matéria’ (a fls. 544/545).

Nas razões de Recurso de Revista, a Reclamada sustenta ser indevida sua condenação ao pagamento de horas extras, sob o argumento de que o Reclamante exercia cargo de confiança, recebendo, inclusive, gratificação de função; e de que havia regime de compensação de horas, previsto em acordo coletivo de trabalho. Requer, caso assim não se entenda, seja deferido o pagamento, apenas, do adicional de horas extras, conforme preconizado na Súmula n.º 85/TST. Indica ofensa aos arts. 7.^o, XIII, XIV e XXVI, da Constituição Federal e 62, II, da CLT e transcreve arestos para confronto de teses.

Sem razão.

Conforme se verifica, a Corte Regional, ao contrário do entendimento da Reclamada, considerou a previsão contida no acordo

coletivo de trabalho em questão – já que manteve o pagamento, como extras, das horas excedentes da 37.^a semanal - carga semanal máxima adotada pela Reclamada.

Com efeito, naquela decisão, considerou-se inválida a previsão de utilização de um módulo mensal para a compensação de jornada, sob o fundamento de que a previsão contida no art. 7.º, XIII, da Constituição Federal é norma inderrogável por vontade das partes, mesmo por via de acordo coletivo. Tal entendimento, contudo, não viola a disposição contida no art. 7.º, XIII e XXVI, da Constituição Federal, pois - embora esta Corte Superior reconheça a prevalência das disposições insertas em acordo coletivo ou convenção coletiva, em observância ao disposto no art. 7.º, XXVI, da Constituição da República - a valorização e o *status* que se pretendeu dar à negociação coletiva não podem ser entendidos como flexibilização absoluta dos contratos de trabalho, já que o caráter imperativo da legislação vigente restringe o campo de atuação da vontade das partes.

Não procede, igualmente, a indicada ofensa ao art. 62, II, da Constituição Federal, uma vez que a Corte Regional não analisou a matéria sob a ótica da previsão contida no referido dispositivo de lei.

Ademais, a alegada ofensa ao art. 7.º, XIV, da Constituição Federal é inovatória, carecendo, assim, do indispensável prequestionamento. Incidência da Súmula n.º 297/TST.

No tocante à indicada contrariedade à Súmula n.º 85/TST – sob o argumento de que não foram atendidas as exigências legais, para adoção do regime de compensação -, ressalte-se que, na decisão regional, desconsiderou-se, apenas, a previsão contida no acordo coletivo relativa à utilização de um módulo mensal para a compensação de jornada, e não a totalidade daquele acordo, já que manteve o pagamento, como extras, das horas excedentes da 37.^a semanal.

Os arestos transcritos a fls. 562/568 desservem para confronto de teses. Nos julgados a fls. 562/564, debate-se a matéria à luz do art. 62, II, da CLT – questão não tratada pela Corte Regional. No último julgado a fls. 568, debate-se, de forma genérica, a obrigatoriedade do cumprimento dos acordos coletivos de trabalho. Os julgados a fls. 467 e o primeiro a fls. 468 são inservíveis, pois oriundos de turma desta Corte, desatendendo à previsão constante da alínea ‘a’ do art. 896 da CLT.

Não conheço.”

A Reclamada, partindo da premissa de que o Tribunal Regional revelou tratar-se de fato incontroverso a ausência de controle de jornada, porquanto afirmada a existência de horário livre, conclui que houve violação do artigo 62, II, da CLT e configuração de divergência jurisprudencial. Ressalta, para corroborar, que o Autor recebia “gratificação de função”, integrando a categoria do chamado “ponto livre”, de sorte organizar a sua própria jornada. Alega, ainda sob esse prisma, que a finalidade do cartão magnético era apenas de acesso às instalações da Embargante, e não para controle de jornada. Busca, de outra forma, demonstrar a validade da negociação coletiva, que tem por objeto compensação de horário, no qual se adota o critério mensal e não semanal. Sustenta, nesse sentido, que a pretensão recursal tem apoio nos artigos 7.º, XIII, XXVI, da Constituição Federal; 59, § 2.º, da CLT.

O Recurso tem por fundamento violação do artigo 896 da CLT.

Procede o Recurso.

É certo que se afiguram infundados os argumentos patronais com relação à violação do artigo 62, II, da CLT. A Reclamada parte de premissas fáticas contrárias às que mencionadas pelo Tribunal Regional, ou não reveladas, notadamente porque o enfoque dado à matéria efetivamente não se dirigiu à aplicação do referido preceito.

A controvérsia cinge-se, portanto, em verificar se é possível fixar, mediante acordo coletivo, compensação de horas, levando-se em conta o mês e não a semana como critério de sua efetivação.

Verifica-se que a Lei n.º 9.601/98, que deu nova redação ao art. 59, § 2.º, da CLT, estabeleceu o padrão anual de compensação, implantando, com isso, o banco de horas, desde que por meio de negociação coletiva. Dispõe referido preceito:

“§ 2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia

for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.”

Nessa esteira, este Tribunal Superior reconheceu válido, por exemplo, o acordo de compensação de jornada denominada “Semana Espanhola”, que alterna a prestação de 48 horas em uma semana e 40 horas em outra, conforme se vê da diretriz consagrada na Orientação Jurisprudencial n.º 323 da SBDI-1.

Afigura-se legítimo, portanto, o regime de compensação de horas, levado a efeito por meio de acordo coletivo, no qual tenha sido adotado módulo mensal como critério de sua efetivação.

Tem-se, nesse contexto, que a decisão que nega validade a acordo coletivo, cujas cláusulas foram pactuadas em harmonia com o ordenamento jurídico, viola o artigo 7.º, XXVI, da Constituição Federal, acenado nas razões do Recurso de Revista.

Exsurge daí a manifesta violação do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, a ensejar o conhecimento do presente Recurso.

Por tal fundamento, conheço dos Embargos.

MULTA DE 1% SOBRE O VALOR DA CAUSA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTETATÓRIOS

A Turma não conheceu do Recurso de Revista, no qual buscava a Reclamada afastar o caráter procrastinatório atribuído aos seus Embargos de Declaração e, via de consequência, a respectiva multa. Valeu-se, para tanto, dos seguintes fundamentos (a fls. 586/587):

“O Tribunal Regional aplicou à Reclamada multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, por considerar protetatórios os Embargos de Declaração opostos (acórdão, a fls. 544/545).

Em razões de Recurso de Revista, a Reclamada alega ser indevida a aplicação da multa em epígrafe, uma vez que se pretendia apenas o

pronunciamento sobre matéria veiculada em razões de Recurso Ordinário. Aponta ofensa ao art. 538, parágrafo único, do CPC e transcreve aresto para confronto de teses.

Sem razão.

Na decisão regional, não se viola o art. 538, parágrafo único, do CPC, pois, conforme se verifica, a penalidade em questão decorreu do fato de terem sido protelatórios os Embargos de Declaração opostos pela Reclamada – uma vez que ‘não se prestam os Embargos Declaratórios ao reexame de fatos e provas’ (fl. 545).

Ademais, os arestos transcritos a fls. 558/560 desservem para confronto de teses. O primeiro a fls. 558 e o quinto a fls. 559 são genéricos, no sentido de que fere a lógica reputar protelatório o Recurso quando utilizado por quem reclama o reconhecimento de seu direito. Nos demais julgados a fls. 558, apresentam-se pressupostos fáticos diversos do registrado pela Corte Regional. Os primeiros a fls. 559 são inservíveis, pois não possuem a fonte oficial de sua publicação, desatendendo ao preconizado na Súmula n.º 337/TST. E, no terceiro e no quinto a fls. 559 e no a fls. 560, debate-se a litigância de má-fé, tema não tratado pela Corte Regional.

Diante do exposto, não conheço do Recurso de Revista.”

Busca demonstrar a Reclamada que o artigo 538, § único, do CPC, visa coibir recursos desnecessários, porém não veda o direito ao recurso pautado em fundamentos sólidos, mesmo que não acolhidos pelo Julgador, como na hipótese dos autos.

O Recurso tem por fundamento violação do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Sem razão a Reclamada.

A Reclamada, conquanto sustente que seus Embargos de Declaração encontravam-se calcados em argumentos sólidos, não logrou demonstrar tal alegação.

Verifica-se, na hipótese, que a Reclamada buscou, em sede de Embargos de Declaração, desconstituir os fundamentos do acórdão prolatado pelo Tribunal Regional, ao insistir em fatos para os quais a Corte de origem havia negado sua existência ou lhe atribuído valor diverso.

Não se divisa, nesse contexto, violação do parágrafo único do artigo 538 do Código de Processo Civil e, por conseguinte, do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Não conheço do Recurso.

II - MÉRITO

HORAS EXTRAS - ACORDO DE COMPENSAÇÃO

Conhecido do Recurso de Embargos por violação do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, a conseqüência lógica é o seu provimento, para reconhecer a validade da utilização do módulo mensal para a compensação de jornada, nos moldes em que pactuada.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer dos Embargos apenas quanto ao tema "Horas Extras. Acordo de Compensação", por violação do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Dar-lhes provimento, no mérito, para reconhecer a validade da utilização do módulo mensal para a compensação de jornada, nos moldes em que pactuada.

Brasília, 4 de dezembro de 2008.

MARIA DE ASSIS CALSING
Ministra Relatora

PROC. Nº TST-E-ED-RR-575.355/1999.0

A C Ó R D Ã O

SDI-1

ACV/ckt

RECURSO DE EMBARGOS. RECURSO DE REVISTA CONHECIDO. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. PREVISÃO EM ACORDO COLETIVO DE PAGAMENTO, INDEPENDENTE DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO DE JORNADA. FLEXIBILIZAÇÃO. A C. Turma reconheceu como válida a previsão em acordo coletivo de pagamento de valor fixo, a título de horas extraordinárias, com o fim de transacionar eventual trabalho em sobrejornada de empregados inseridos na regra do art. 62, I, da CLT, afastando o direito às horas extraordinárias reconhecido pela eg. Corte *a quo*, em face de o empregado, motorista, ter rota prefixada que possibilita o controle de jornada. Tal entendimento, em consonância com o artigo 7º, inciso XXVI, valoriza a negociação nas relações de trabalho, reconhecendo as convenções e acordos coletivos de trabalho, estando em consonância com a norma constitucional. Logo, ileso o art. 7º, XXVI, da CF. Embargos não conhecidos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº **TST-E-ED-RR-575.355/1999.0**, em que é Embargante **VICENTE**

**DONIZETE FRANZONI e Embargada SPAIPA S.A. - INDÚSTRIA
BRASILEIRA DE BEBIDAS.**

A c. 2ª Turma, mediante o acórdão de fls. 412/424, da lavra do Exmo. Ministro Renato de Lacerda Paiva, conheceu do recurso de revista da reclamada quanto aos temas: "horas extras e reflexos - trabalho externo - validade do instrumento coletivo", por divergência jurisprudencial e deu-lhe provimento para excluir da condenação o pagamento da jornada extraordinária e respectivos consectários; "descontos salariais", por contrariedade à Súmula nº 342 do c. TST e deu-lhe provimento para excluir da condenação a devolução dos descontos a título de seguro de vida; e "correção monetária", por divergência jurisprudencial e deu-lhe provimento para estabelecer como época própria para aplicação dos índices de correção monetária, o mês subsequente ao da prestação de serviços, na forma da nova redação da Súmula nº 381 do c. TST; e não conheceu do recurso de revista quanto aos demais temas.

Dessa decisão foram opostos embargos de declaração pelo reclamante, fls. 426/428, ao argumento de que a decisão recorrida mostrou-se omissa quanto as horas extraordinárias decorrentes da prestação de serviços internos. Acolhidos os embargos de declaração para sanar obscuridade, sem imprimir-lhes efeito modificativo.

Inconformado, o reclamante opõe embargos, às fls. 435/449. Alega violação dos artigos 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal e 896 da CLT quanto as horas extraordinárias e reflexos - trabalho externo - validade do instrumento coletivo, ao argumento de que no caso dos autos restou comprovado que havia o controle da jornada de trabalho, possibilitando o conhecimento das horas extraordinárias diariamente praticadas, e que a norma coletiva seria aplicável nas hipóteses em que o trabalho externo era realizado sem qualquer fiscalização.

Aduz que os arestos apontados no recurso de revista são inaplicáveis. Traz arestos para confronto.

Não foi apresentada impugnação, conforme certidão de fl. 451.

Sem remessa dos autos à d. Procuradoria-Geral do Trabalho, nos termos do art. 82, II, do RITST.

É o relatório.

V O T O

I - HORAS EXTRAORDINÁRIAS. NÃO PAGAMENTO DE HORAS EXTRAORDINÁRIAS A TRABALHADOR EXTERNO CONTIDA EM ACORDO COLETIVO. CONHECIMENTO DO RECURSO DE REVISTA. VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT NÃO VERIFICADA.

RAZÕES DE NÃO-CONHECIMENTO

Insurge-se o reclamante contra o conhecimento do recurso de revista pela C. Turma, por divergência jurisprudencial, quanto ao tema, indicando violação do art. 896 da CLT, por entender que não havia decisão divergente, diante dos pressupostos consagrados na decisão regional, de que havia controle da jornada de trabalho.

Pretende, portanto, a parte o reexame da especificidade dos arestos colacionados, o que encontra óbice na Súmula 296 do C. TST, que dispõe:

Recurso. Divergência jurisprudencial. Especificidade. (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 37 da SDI-1) - Res. 129/2005 - DJ 20.04.05 II - Não ofende o art. 896 da CLT decisão de Turma que, examinando premissas concretas de especificidade da divergência colacionada no apelo revisional, conclui pelo conhecimento ou desconhecimento do recurso. (ex-OJ nº 37 - Inserida em 01.02.1995)

Assim sendo, não é possível se verificar a ofensa do art. 896 da CLT.

Não conheço.

II - HORAS EXTRAORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE VALIDADE A ACORDO COLETIVO PREVENDO O NÃO PAGAMENTO DE HORAS EXTRAORDINÁRIAS A TRABALHADOR EXTERNO. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL E DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL.

RAZÕES DE NÃO-CONHECIMENTO

De início, sustenta o reclamante que a decisão deve ser reformada, por ofensa ao art. 7º, XXIX, da Constituição Federal, ao argumento de que a norma coletiva não determinou que o empregado que realiza serviço externo e esteja submetido a controle de jornada de trabalho esteja inserido na previsão. Traz arestos a confronto, sobre a inaplicabilidade do acordo coletivo celebrado pela empresa SPAIPA.

Os arestos colacionados não permitem se verificar dissenso jurisprudencial. O primeiro, de fls. 442/443, não adentrou no mérito do tema, na medida em que não conhecido por ausência de pressuposto intrínseco. O segundo de fls. 443/444, de mesmo modo, faz incidir o óbice de requisito intrínseco, não adentrando ao mérito do tema. O terceiro, de fls. 445/447, não trata de acordo coletivo prevendo o não pagamento de horas extraordinárias a trabalhador externo. O último, de fls. 447/449, apenas se refere a jornada externa, quando se trata de empregado sujeito a controle de jornada, sem adentrar na questão específica do caso dos autos, da previsão em acordo coletivo de não pagamento das horas extraordinárias ao trabalhador em jornada externa.

Por fim, quanto à pretensão de demonstrar violação do art. 7º, XXIX, da Constituição Federal, a C. Turma buscou exatamente o reconhecimento da norma constitucional, na medida em que deu validade à previsão lá contida, levando em consideração o fato de que havia previsão de pagamento de 50 adicionais horas extraordinárias, sem implicar em qualquer tipo de controle ou fiscalização de jornada.

No caso em exame, o pedido de horas extraordinárias do trabalhador, motorista, foi acolhido porque

estava o empregado sob controle de jornada, em razão de rotas pré-estabelecidas, e mesmo havendo exceção de fixação de jornada de trabalho, por se tratar de trabalhador externo, foram consideradas horas extraordinárias aquelas trabalhadas após a oitava.

A existência de acordo coletivo, compensando eventual direito de horas extraordinárias com o pagamento de valor fixo, não pode ser deixado ao largo, eis que não se trata de direito irrenunciável a inviabilizar a flexibilizar, pois o art. 62, I, da CLT, já prelecionada a impossibilidade de fixação de jornada de trabalho ao trabalhador externo.

Dispõe o artigo 7º, inciso XXVI da Constituição Federal o "*reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho*", não havendo se falar em sua violação quando a v. decisão explicitamente busca dar validade ao seu conteúdo.

Pelo exposto, **não conheço** dos embargos.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer dos embargos.

Brasília, 03 de março de 2008.

ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA

Ministro Relator

PROC. Nº TST-E-RR-9.208/2005-037-12-00.8

A C Ó R D ã O

(Ac. SBDI-1)

BP/jl

**CAIXA ECONÔMICA FEDERAL.
AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO.**

"Havendo previsão em cláusula de norma coletiva de trabalho de pagamento mensal de auxílio cesta-alimentação somente a empregados em atividade, dando-lhe caráter indenizatório, é indevida a extensão desse benefício aos aposentados e pensionistas. Exegese do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal" (Orientação Jurisprudencial Transitória 61 da SBDI-1).

Recurso de Embargos de que se conhece e a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº **TST-E-RR-9.208/2005-037-12-00.8**, em que são Embargantes **CÉLIA FAUST DE AGUIAR E OUTROS** e Embargada **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF**.

A Oitava Turma (fls. 298/301) não conheceu do Recurso de Revista interposto pelos reclamantes quanto ao tema "auxílio cesta-alimentação. Previsão em norma coletiva. Não extensão aos aposentados".

Irresignados, os reclamantes interpõem Recurso de Embargos (fls. 318/332). Apontam ofensa a dispositivos de lei e da Constituição da República e contrariedade a Súmula, desta Corte, bem como transcrevem arestos para confronto de teses.

Foi oferecida impugnação (fls. 335/338).

O Recurso não foi submetido a parecer do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

Satisfeitos os pressupostos genéricos de admissibilidade.

1. CONHECIMENTO

1.1. AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. NÃO EXTENSÃO AOS APOSENTADOS

A Turma, quanto ao tema em destaque, não conheceu do Recurso de Revista interpostos pelos reclamantes, assim consignando em sua ementa:

“RECURSO DE REVISTA. AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO CEF. OJ TRANSITÓRIA Nº 61 DA SBDI-1/TST. Segundo a iterativa, notória e atual jurisprudência desta Corte, consubstanciada na OJ Transitória nº 61 da SBDI-1/TST, o benefício da cesta-alimentação, previsto em norma coletiva, destina-se apenas aos empregados em atividade, e não aos pensionistas e aposentados, ante o princípio inserido no artigo 7º, XXVI, da CF/88, que prestigia a representação sindical e seus instrumentos de atuação, as convenções e os acordos coletivos de trabalho, desde que observadas as normas imperativas e cogentes inderrogáveis por vontade das partes. Recurso de revista não conhecido” (fls. 298).

Os reclamantes sustentam que o benefício denominado “auxílio cesta-alimentação”, criado por meio de norma coletiva, deve ser estendido aos aposentados e aos pensionistas. Apontam violação aos arts. 5º, inc. XXXVI, da Constituição da República, 468 da CLT e contrariedade à Súmula 288, desta Corte. Transcrevem arestos para confronto de teses.

Nos termos do art. 894, inc. II da CLT, com a redação conferida pela Lei 11.496/2007, “cabem embargos (...) das decisões das Turmas que divergirem entre si, ou das decisões proferidas pela Seção de Dissídios Individuais, salvo se a decisão recorrida estiver em consonância com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal”.

Assim, publicado o acórdão recorrido na vigência da Lei 11.496/2007, somente é cabível recurso de embargos por divergência jurisprudencial. Nessas circunstâncias, a indicação de afronta a disposição de lei e da Constituição da República em nada aproveitam os embargantes.

O aresto trazido para confronto de teses a fls. 325/326 é divergente ao consignar que a intenção da CEF foi a de mascarar um reajuste do auxílio-alimentação para os empregados da ativa e não repassá-lo aos aposentados e pensionistas, acrescentando que *“deve a cesta-alimentação ser paga também aos aposentados e pensionistas”*.

CONHEÇO por divergência jurisprudencial.

2. MÉRITO

2.1 AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. NÃO EXTENSÃO AOS APOSENTADOS

É certo que este Tribunal tem entendido que a determinação de supressão do pagamento de auxílio-alimentação aos aposentados e aos pensionistas da Caixa Econômica Federal, oriunda do Ministério da Fazenda, não atinge os ex-empregados que já percebiam o benefício por força de norma interna instituída pela empresa em 1975, que se incorporou ao contrato de trabalho de empregados (Orientação Jurisprudencial Transitória 51 da SDI-1).

No entanto, o direito dos aposentados e dos pensionistas ao auxílio-alimentação, observados os mesmos critérios para o pagamento do pessoal em atividade, decorre de norma interna da reclamada e de construção jurisprudencial que

se cristalizou com a edição da Orientação Jurisprudencial 250 da SDI-1 (atual Orientação Jurisprudencial Transitória 51), não estando esse direito previsto em norma legal. Não se trata aqui de normas imperativas e cogentes, inderrogáveis, assim, pela vontade das partes, tais como as normas relativas a segurança e higiene do trabalho. Dessa forma, não consta do rol dos direitos trabalhistas irrenunciáveis e indisponíveis o direito dos aposentados ao auxílio-alimentação nos mesmos moldes em que foi concedido aos empregados em atividade.

A flexibilização no Direito do Trabalho, fundada na autonomia coletiva privada, permite a obtenção de benefícios para os empregados, com concessões mútuas. Portanto, se as partes decidiram estabelecer o pagamento do auxílio cesta-alimentação apenas para os empregados da ativa, não é possível estender esse benefício aos aposentados e aos pensionistas, sob pena de incorrer em violação ao art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República.

Nesse sentido, lembro os seguintes precedentes desta Corte:

“EMBARGOS. CEF. AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO. PREVISÃO EM ACORDO COLETIVO. DEVIDO APENAS AOS EMPREGADOS EM ATIVIDADE. NÃO-CONHECIMENTO. Esta Corte Superior, em reiteradas decisões, vem se manifestando no sentido de prestigiar o pactuado em norma coletiva, à luz do princípio da autonomia da vontade coletiva, previsto no artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição da República. Assim, havendo previsão expressa em acordo coletivo de que o benefício auxílio cesta-alimentação destina-se, tão-só, aos empregados em atividade, dada sua natureza indenizatória, não faz jus os reclamantes, empregados aposentados, à referida parcela.” (E-RR-2.446/2004-001-07-00, SBDI-I, Rel. Min. Vantuil Abdala, DJ de 08/02/2008.)

“EMBARGOS. AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO. Nos termos da jurisprudência dominante neste Tribunal Superior, deve ser prestigiado

o acordo coletivo de trabalho mediante o qual se instituiu o benefício denominado auxílio cesta-alimentação, impondo-se a restrição do seu percebimento aos empregados da reclamada em atividade, em face da natureza indenizatória da vantagem. Tal entendimento não viola os artigos 9º, 458 e 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, 5º, inciso XXXVI, e 194, parágrafo único, da Constituição Federal e 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Tampouco contraria as diretrizes consolidadas nas Súmulas de nos 51, 241 e 288 desta Corte uniformizadora e na antiga Orientação Jurisprudencial nº 250 da SBDI-I. Embargos não conhecidos.” (E-RR-1.311/2004-007-03-00, SBDI-I, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DJ de 21/9/2007.)

“RECURSO DE EMBARGOS. AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO. NORMA COLETIVA. ARTIGO 7º, XXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. APOSENTADOS E PENSIONISTAS. Segundo a jurisprudência desta Corte, o benefício da cesta-alimentação, previsto em norma coletiva, destina-se apenas aos empregados em atividade, e não aos pensionistas e aposentados, ante o princípio inserido no artigo da CF que prestigia a representação sindical e seus instrumentos de atuação, as convenções e os acordos coletivos de trabalho, desde que observadas as normas imperativas e cogentes inderrogáveis por vontade das partes. Recurso de Embargos de que não se conhece.” (E-RR-1.176/2004-002-03-00, SBDI-I, Rel. Min. Dora Maria da Costa, DJ de 03/08/2007.)

Assim, de fato, verifica-se que a decisão da Turma está em consonância com a Orientação Jurisprudencial Transitória 61 da SBDI-1, de seguinte teor:

“AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO PREVISTO EM NORMA COLETIVA. CEF. CLÁUSULA QUE ESTABELECE NATUREZA INDENIZATÓRIA À PARCELA. EXTENSÃO AOS APOSENTADOS E PENSIONISTAS. IMPOSSIBILIDADE. DJ

14.03.2008

Havendo previsão em cláusula de norma coletiva de trabalho de pagamento mensal de auxílio cesta-alimentação somente a empregados em atividade, dando-lhe caráter indenizatório, é indevida a extensão desse benefício aos aposentados e pensionistas. Exegese do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal”

Dessa forma, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Embargos.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do Recurso de Embargos por divergência jurisprudencial e, no mérito, negar-lhe provimento. Brasília, 14 de maio de 2009.

JOÃO BATISTA BRITO PEREIRA
Ministro Relator

PROC. Nº TST-E-ED-RR-5.165/2005-004-22-00.6
A C Ó R D Ã O
SBDI-1

EMBARGOS. CEF. AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO. NORMA COLETIVA. NÃO EXTENSÃO AOS APOSENTADOS E PENSIONISTAS. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL TRANSITÓRIA Nº 61 DA SBDI-1 DO TST. NOVA REDAÇÃO DO ART. 894 DA CLT, CONFERIDA PELA LEI Nº 11.496/2007.

Nos termos da atual redação do art. 894 da CLT, conferida pela Lei nº 11.496/2007, o recurso de embargos só se viabiliza por conflito pretoriano entre Turmas desta Corte, ou entre Turmas e a SBDI. Assim, tendo sido interposto este apelo já na vigência da referida Lei nº 11.496/2007, imprópria a invocação de ofensa a dispositivo de lei ou à Constituição a justificar o conhecimento dos embargos. Ademais, o paradigma apresentado está superado pela jurisprudência sedimentada do TST, consoante disposto na Orientação Jurisprudencial Transitória nº 61 da SBDI-1: "Havendo previsão em cláusula de norma coletiva de trabalho de pagamento mensal de auxílio cesta-alimentação somente a empregados em atividade, dando-lhe caráter indenizatório, é indevida a extensão desse benefício aos aposentados e pensionistas. Exegese do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal".
Embargos **não conhecidos**.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº **TST-E-ED-RR-5.165/2005-004-22-00.6**, em que é Embargante **MARIA DE LOURDES LIMA PINHEIRO** e são Embargadas **FUNDAÇÃO DOS ECONOMIÁRIOS FEDERAIS - FUNCEF** e **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF**.

A Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, pelo acórdão de fls. 276-282, conheceu do recurso de revista da reclamada, por violação do artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal e, no mérito, deu-lhe provimento para restabelecer a sentença pela qual se julgou improcedente a ação, ao fundamento de que o

auxílio cesta-alimentação é devido apenas aos empregados da ativa, não se estendendo aos aposentados e pensionistas.

Foram opostos embargos de declaração pela reclamante, os quais foram rejeitados, tendo sido imposta a multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC, por entender protelatório o recurso, consoante se verifica do teor do acórdão de fls. 295-298.

Inconformada, a reclamante interpõe embargos à SBDI-1, às fls. 303-311 (via fac-símile) e 313-320 (originais). Alega que o acordo coletivo que determina o pagamento do auxílio cesta-alimentação apenas aos empregados da ativa afronta o princípio da isonomia entre esses e os aposentados. Requer a anulação da multa de 1% aplicada pela Turma, por não ter condições financeiras para arcar com tal encargo. Aponta violação dos artigos 5º, inciso XXXV, e 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal. Colaciona aresto a confronto.

Impugnação apresentada às fls. 324-343.

Os autos não foram remetidos ao douto Ministério Público do Trabalho para emissão de parecer, nos termos do artigo 83 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho. É o relatório.

V O T O

EMBARGOS. CEF. AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO. NORMA COLETIVA. NÃO EXTENSÃO AOS APOSENTADOS E PENSIONISTAS. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL TRANSITÓRIA Nº 61 DA SBDI-1 DO TST. CONHECIMENTO. NOVA REDAÇÃO DO ART. 894 DA CLT, CONFERIDA PELA LEI Nº 11.496/2007

CONHECIMENTO

A Turma conheceu do recurso de revista da reclamada, por violação do artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal e, no mérito, deu-lhe provimento para restabelecer a sentença pela qual se julgou improcedente a ação.

Eis o teor da ementa:

“CESTA-ALIMENTAÇÃO INSTITUÍDA PELA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (CEF) NÃO-EXTENSÃO AOS INATIVOS - PACTUAÇÃO POR MEIO DE INSTRUMENTO COLETIVO - VALIDADE.

1. O art. 7º, XXVI, da CF estabelece o reconhecimento dos acordos e das convenções coletivas de trabalho.

2. Assim sendo, se a categoria pactuou, mediante instrumento normativo, a instituição da cesta-alimentação, limitando sua percepção aos empregados da ativa, não respeitar essa pactuação é tornar inócua a norma coletiva e letra morta a disposição constitucional.

3. Nesse contexto, o posicionamento abraçado pelo Tribunal Regional, no sentido de desconsiderar o convencionado, implica a desnecessidade de se formalizar instrumento coletivo pactuando condições de trabalho, pois, de um modo ou de outro, a pactuação não surtiria os efeitos perseguidos pelas partes convenientes, quando submetida ao crivo do Judiciário Trabalhista.

4. Ademais, cumpre registrar que a ajuda-alimentação que foi estendida aos inativos por força de decisão judicial, na esteira da Orientação Jurisprudencial Transitória 51 da SBDI-1 do TST, não assegura, por si só, idêntica conclusão quanto à extensão do benefício da cesta-alimentação. Ocorre que o mencionado auxílio-alimentação foi estendido porque, em determinado momento, a Caixa Econômica Federal cessou de pagar, por deliberação unilateral da sua Diretoria, a benesse aos empregados inativos, quando estes já vinham recebendo, de há muito, a liberalidade patronal, mesmo na inatividade. Essa é a gênese da referida orientação jurisprudencial, que teve amparo nas Súmulas 51 e 288 do TST.

5. Assim sendo, se o art. 7º, XXVI, da CF, na esteira das Convenções 98 e 154 da OIT, estimula e valoriza a negociação coletiva, seria dele fazer letra morta e atentar contra o princípio da boa-fé, desprezar o acordado entre as partes e impor a extensão do benefício aos inativos, quando, pela teoria do conglobamento, o instrumento normativo, ao conter cláusula de flexibilização em matéria não afeta à medicina e segurança do trabalho (naturalmente infensas à flexibilização), foi aceito pela categoria profissional por conter outras vantagens compensatórias para o trabalhador.

6. Nesse compasso, a decisão recorrida viola diretamente a norma constitucional, quando repudia expressamente a norma coletiva, que versou sobre direito não avesso à negociação coletiva, devendo ser reformada, a fim de que o licitamente acordado prevaleça sobre o legislado.

Recurso de revista parcialmente conhecido e provido”

A reclamante, nas razões de embargos, alega que o acordo coletivo determinando o pagamento do auxílio cesta-alimentação apenas aos empregados da ativa afronta o princípio da isonomia entre esses e os aposentados, configurando-se, assim, a intenção da reclamada de fraudar o direito da reclamante. Aponta violação dos artigos 5º, inciso XXXV, e 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal. Colaciona arestos a confronto.

Nos termos da atual redação do art. 894 da CLT, conferida pela Lei nº 11.496/2007, o recurso de embargos só se viabiliza por conflito pretoriano entre Turmas desta Corte, ou entre Turmas e a SBDI. Assim, tendo sido interposto este apelo já na vigência da referida Lei nº 11.496/2007, imprópria a invocação de ofensa à Constituição a justificar o conhecimento dos embargos.

Por outro lado, os arestos trazidos à colação estão superados pela jurisprudência consolidada desta Corte, consoante se extrai do teor da Orientação Jurisprudencial Transitória nº 61 da SBDI-1:

“AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO PREVISTO EM NORMA COLETIVA. CEF. CLÁUSULA QUE ESTABELECE NATUREZA INDENIZATÓRIA À PARCELA. EXTENSÃO AOS APOSENTADOS E PENSIONISTAS. IMPOSSIBILIDADE.

Havendo previsão em cláusula de norma coletiva de trabalho de pagamento mensal de auxílio cesta-alimentação somente a empregados em atividade, dando-lhe caráter indenizatório, é indevida a extensão desse benefício aos aposentados e pensionistas. Exegese do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal”.

Assim, não merece conhecimento o recurso de embargos do reclamante ante o óbice do artigo 896, § 4º, da CLT.

Não conheço, pois.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso de embargos.

Brasília, 27 de novembro de 2008.

VANTUIL ABDALA
Ministro Relator

PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-2132/2002-014-08-00.5

A C Ó R D ã O

(Ac. SDI-1)

BP/lb

ABONO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. PREVISÃO EM ACORDO COLETIVO. CONCESSÃO APENAS AOS EMPREGADOS EM ATIVIDADE. EXTENSÃO AOS INATIVOS. IMPOSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 346 DA SDI-1.

A flexibilização no Direito do Trabalho, fundada na autonomia coletiva privada, permite a obtenção de benefícios para os empregados com concessões mútuas. Portanto, se as partes decidiram, mediante acordo coletivo, estabelecer o pagamento do abono salarial de forma indenizatória apenas para os empregados da ativa, não é possível estender esse benefício aos aposentados e aos pensionistas nem dar natureza diversa da fixada, sob pena de se incorrer em violação ao art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República. Inteligência da Orientação Jurisprudencial 346 da SDI-1.

Recurso de Embargos de que não se conhece.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº **TST-E-ED-RR-2132/2002-014-08-00.5**, em que é Embargante **ÁLVARO ALVES DE OLIVEIRA FILHO E OUTROS** e Embargados **BANCO DO ESTADO DO PARÁ S.A., CAIXA DE PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA AOS FUNCIONÁRIOS DO BANPARÁ - CAFBEP**.

A Segunda Turma, a fls. 485/496, deu provimento ao Recurso de Revista interposto pelos reclamados

quanto ao tema "abono previsto por acordo coletivo - complementação de aposentadoria".

Irresignados, os reclamantes interpõem Recurso de Embargos (fls. 516/522). Apontam contrariedade à Súmula 126 do TST e transcrevem arestos para confronto de teses.

Foi oferecida impugnação (fls. 545/547).

O Recurso não foi submetido a parecer do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

Satisfeitos os pressupostos genéricos de admissibilidade.

1. CONHECIMENTO

1.1. ABONO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. EXTENSÃO AOS APOSENTADOS

Os fundamentos expendidos pela Turma para dar provimento ao Recurso de Revista quanto ao tema em destaque estão sintetizados na seguinte ementa:

“ABONO PREVISTO POR ACORDO COLETIVO – NATUREZA JURÍDICA. Não há como desconsiderar a particularidade contida no instrumento normativo pactuado entre as partes que limitou *exclusivamente* ao pessoal da ativa o direito à percepção de abonos como forma de retribuição da produtividade, tendo em vista que atribuiu-lhe caráter nitidamente indenizatório. É que a autonomia privada coletiva restou elevada a nível constitucional pela Carta Maior de 1988 (artigo 7º, inciso XXIV), e, portanto, merece ser privilegiada. Recurso de revista conhecido e provido.” (fls. 485)

Os reclamantes insurgem-se contra o conhecimento do Recurso de Revista sob o fundamento de que contrariada a Súmula 126 do TST. Argumentam que a Turma decidiu com base em premissa fática não consignada pelo Tribunal Regional em relação à natureza indenizatória da parcela. Transcrevem arestos para confronto de teses.

Após a vigência da Lei 11.496/2007, que deu nova redação ao art. 894 da CLT, somente é cabível recurso de embargos por divergência jurisprudencial. Essa alteração operada no art. 894 da CLT teve por objetivo a elevação da função da SDI na uniformização da jurisprudência trabalhista, não mais prevalecendo a atividade revisional das decisões proferidas pela Turma quanto ao conhecimento do recurso de revista. Nessas circunstâncias, a indicação de contrariedade à Súmula 126 do TST é inútil, pois, por via transversa, traz a pretensão de revisão do conhecimento do Recurso de Revista, e não uniformização de jurisprudência sobre a questão de mérito.

Quanto ao mérito, a jurisprudência desta Corte revela decisões unânimes em torno da tese de que, em virtude do disposto no art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República, devem ser observadas as condições ajustadas em normas coletivas que não violem dispositivo de lei, como na hipótese presente.

A flexibilização no Direito do Trabalho, fundada na autonomia coletiva privada, permite a obtenção de benefícios para os empregados com concessões mútuas. Portanto, se as partes decidiram, mediante acordo coletivo, estabelecer o pagamento do abono salarial de forma indenizatória apenas para os empregados da ativa, não é possível estender esse benefício aos aposentados e aos pensionistas nem dar natureza diversa da fixada, sob pena de se incorrer em violação ao art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República.

Nesse sentido são os seguintes precedentes desta Subseção:

“EMBARGOS. RECURSO DE REVISTA. CONHECIMENTO. ABONO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. PREVISÃO EM ACORDO COLETIVO. ART. 7º, INCISO XXVI, DA CF/88. A norma inserida no Acordo Coletivo de Trabalho, pela qual o abono tinha natureza indenizatória, e seria limitada apenas aos ativos, não pode ser interpretada de forma diversa, ou seja, conferindo-lhe natureza salarial, e extensiva aos inativos, porque há de prevalecer o que foi estipulado entre as partes, e priorizada a autonomia de vontades que, uma vez não reconhecida, torna inócua a norma coletiva, e desconsidera o que estabelece o art. 7º, inciso XXVI, da CF/88, que reconhece as convenções e acordos coletivos de trabalho. Violação direta do art. 7º, inciso XXVI, da CF/88. Configuração. Ausência de violação do art. 896 da CLT. Embargos não conhecidos” (E-ED-RR-1.027/2002-003-22-00, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ de 19/12/2006) .

“ABONO CONCEDIDO AOS EMPREGADOS DA ATIVA COM BASE EM NORMAS COLETIVAS A TÍTULO DE PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. EXTENSÃO AOS EMPREGADOS INATIVOS. NATUREZA JURÍDICA. Com o advento da atual Constituição Federal deu-se a flexibilização dos direitos trabalhistas e surgiu uma nova representação sindical, mais fortalecida e encarregada de mediar as negociações de classe entre os signatários que transacionam direitos e obrigações. Tal papel encontra-se sedimentado no inciso XXVI do artigo 7º da própria Constituição Federal, que, expressamente, reconheceu a validade das convenções e acordos coletivos de trabalho. Assim, em respeito à norma estabelecida no citado dispositivo constitucional, é de ser reconhecer a validade da norma coletiva que não estabeleceu a natureza salarial do abono, tampouco a estendeu aos empregados inativos. Embargos não conhecidos” (E-RR-44.405/2002-900-11-00, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ de 20/10/2006) .

“CAIXA DE PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA AOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DA AMAZÔNIA S.A. - CAPAF. ABONO SALARIAL. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NORMA COLETIVA. A jurisprudência desta Corte revela decisões unânimes em torno da tese de que, em virtude do disposto no art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República, devem ser observadas as condições ajustadas em normas coletivas que não violem dispositivo de lei, como na hipótese presente. De fato, a norma em que se pactuou a natureza indenizatória do abono salarial e sua concessão apenas aos empregados da ativa é oriunda de negociação coletiva, que é uma forma de ajuste de interesses, do qual participou o sindicato representativo da categoria profissional. A flexibilização no Direito do Trabalho, fundada na autonomia coletiva privada, permite a obtenção de benefícios para os empregados com concessões mútuas. Portanto, se as partes decidiram, mediante acordo coletivo, estabelecer o pagamento do abono salarial de forma indenizatória apenas para os empregados da ativa, não é possível estender esse benefício aos aposentados e aos pensionistas nem dar natureza diversa da fixada, sob pena de se incorrer em violação ao art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República. Trata-se de um acordo coletivo cuja validade formal não foi questionada nem retirou vantagens dos reclamantes. Recurso de Embargos de que não se conhece” (E-RR-769.766/2001, Relator Min. João Batista Brito Pereira, DJ de 24/3/2006).

Nesse sentido também a Orientação Jurisprudencial 346 da SDI-1, assim expressa:

“ABONO PREVISTO EM NORMA COLETIVA. NATUREZA INDENIZATÓRIA. CONCESSÃO APENAS AOS EMPREGADOS EM ATIVIDADE. EXTENSÃO AOS INATIVOS. IMPOSSIBILIDADE. A decisão que estende aos inativos a concessão de abono de natureza jurídica indenizatória, previsto em norma coletiva apenas para os empregados em atividade, a ser pago de uma única vez, e confere natureza salarial à parcela, afronta o art. 7º, XXVI, da CF/88.”

Assim, estando a decisão da Turma em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte e com a inteligência a Orientação Jurisprudencial 346 da SDI-1 fica inviabilizado o confronto de teses, a teor do art. 894, inc. II, *in fine*, da CLT.

Dessa forma, NÃO CONHEÇO.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do Recurso de Embargos.

Brasília, 23 de abril de 2009.

JOÃO BATISTA BRITO PEREIRA
Ministro Relator

PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-772999/2001.7

A C Ó R D ã O

(Ac. SDI-1)

GMLBC/vfh/jr/1

EMBARGOS. ENERSUL. ACORDO COLETIVO. INDENIZAÇÃO POR TEMPO DE SERVIÇO. CLÁUSULA NORMATIVA PREVENDO A INCORPORAÇÃO DA VANTAGEM. REPERCUSSÃO NOS CONTRATOS DE TRABALHO VIGENTES À ÉPOCA. SÚMULA N.º 277 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. INAPLICABILIDADE. 1. Tem decidido esta Corte uniformizadora que, conquanto a Súmula n.º 277 faça referência específica às sentenças normativas, sua incidência deve alcançar também as condições de trabalho instituídas mediante acordo ou convenção coletivos de trabalho. **2.** No caso concreto, a cláusula normativa por meio da qual se instituiu a indenização por tempo de serviço determinava a incorporação da vantagem aos contratos de trabalho que se encontravam em curso na vigência do acordo coletivo. **3.** Impõe-se, em circunstâncias que tais, a observância do pactuado coletivamente, em razão do disposto no artigo 7º, XXVI, da Constituição da República, não havendo falar na incidência do artigo 613, IV, da Consolidação das Leis do Trabalho, bem assim do entendimento consagrado no indigitado verbete sumular. Precedentes da SBDI-I do TST. **4.** Recurso de embargos conhecido e não provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista n.º **TST-E-ED-RR-772999/2001.7**, em que é Embargante **EMPRESA ENERGÉTICA DE**

MATO GROSSO DO SUL S.A. - ENERSUL e Embargado JOÃO BATISTA LOPES FILHO.

A egrégia Terceira Turma desta Corte superior, mediante acórdão prolatado às fls. 271/276, complementado às fls. 296/298, conheceu do recurso de revista interposto pelo reclamante especificamente quanto ao tema "indenização por tempo de serviço prevista em acordo coletivo de trabalho - incorporação", por violação do artigo 7º, XXVI, da Constituição da República. No mérito, deu-lhe provimento para condenar a reclamada ao pagamento da indenização proporcional ao tempo de serviço, nos termos do acordo coletivo de 1990.

Inconformada, interpõe a reclamada recurso de embargos às fls. 300/316. Insurge-se contra o conhecimento e o provimento do recurso de revista interposto pelo reclamante, transcrevendo arestos para confronto de teses.

Impugnação apresentada às fls. 356/369.

Dispensada a remessa dos autos à d. Procuradoria-Geral do Trabalho, à míngua de interesse público a tutelar.

É o relatório.

V O T O

CONHECIMENTO

1 - PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL.

O apelo é tempestivo (acórdão prolatado em sede de embargos de declaração publicado em 22/8/2008, sexta-feira, conforme certidão lavrada à fl. 299, e razões recursais protocolizadas em 1º/9/2008, à fl. 300). O depósito recursal foi efetuado acima do valor da condenação (fl. 317) e as custas recolhidas à fl. 353. A reclamada está regularmente representada nos autos, consoante procuração acostada à fl. 242 e substabelecimento à fl. 243.

2 - PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL.

INDENIZAÇÃO POR TEMPO DE SERVIÇO PREVISTA EM ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. INCORPORAÇÃO AO CONTRATO DE TRABALHO.

A colenda Terceira Turma conheceu do recurso de revista interposto pelo reclamante, que versava o tema "indenização por tempo de serviço prevista em acordo coletivo de trabalho - incorporação", por violação do artigo 7º, XXVI, da Constituição da República. No mérito, deu-lhe provimento para condenar a reclamada ao pagamento da indenização proporcional ao tempo de serviço, nos termos do acordo coletivo de 1990. Consignou, na ocasião, os seguintes fundamentos, às fls. 272/276:

A Corte Regional manteve a sentença de improcedência quanto ao pedido de indenização por tempo de serviço, nos seguintes termos:

“O autor pretende a reforma da decisão a quo que lhe indeferiu o pedido de indenização por tempo de serviço, fulcrado no acordo coletivo de 1990, eis que dispensado sem justo motivo. Referido acordo coletivo, além de prever indenização correspondente a uma remuneração mensal por ano de serviço prestado à empresa, nas hipóteses de dispensa sem justa causa, acrescentou que aquele direito era definitivo, incorporando-se aos contratos de trabalho e se constituindo em direito adquirido (fl. 21). A r. decisão indeferiu o pleito com base no art. 613, IV, da CLT, e Enunciado n.º 277, do TST. Ao nosso ver, merece ser mantida. Os acordos e convenções coletivas criam direitos e condições de trabalho que serão observados durante período determinado, porém elas jamais terão a possibilidade de se perpetuarem, burlando a própria legislação que as sustenta. O art. 613, II, da CLT, estabelece que as convenções e acordos coletivos deverão especificar o seu período de vigência, enquanto que o art. 614, § 3º, da CLT, é expresso ao proibir estipulação de vigência superior a dois anos. O acordo coletivo ou a convenção coletiva que contiver cláusula de vigência que supere o limite de dois anos estará violando a lei e, portanto, a referida cláusula não terá validade. Existem razões específicas para que se não permita a vigência de cláusulas por períodos muito longos, quais sejam: a

constante modificação da sociedade e, principalmente, no âmbito do mercado de trabalho, onde alterações estruturais, globalizantes ou até mesmo financeiras (recessão ou explosão de consumo, hiperinflação, etc...), impossibilitam que acordos ou convenções coletivas tenham uma vigência perene, sob pena, inclusive, de inviabilizar os próprios contratos de trabalho, trazendo prejuízos ao trabalhador que o instrumento coletivo visou beneficiar. O acordo coletivo poderia sim, fixar uma indenização proporcional aliás, nem de nulidade estamos falando... falamos de ineficácia!!! O acordo coletivo de 1990 não tem mais vigência e, portanto, os direitos ali estabelecidos não podem ser invocados ou exercitados em período posterior. Não se trata de desrespeitar acordo coletivo, apenas se estabelece que é aplicável o acordo coletivo vigente à época da ruptura do contrato de trabalho do autor. Se o reclamante foi demitido em 1998, prevalece o acordo coletivo de 1998 e não o de 1990. Mantenho a r. decisão que indeferiu a indenização vindicada, pois não reconhecido o direito adquirido ou a perenidade da cláusula convencional de 1990 (fls. 191-2)".

Acrescido no acórdão em que julgados os embargos de declaração:

“Exatamente por não ter admitido a vigência do acordo coletivo invocado, sendo substituído por outro, vigente à época da ruptura contratual, o qual não prevê o direito vindicado, é que não se pode falar em inobservância do disposto nos artigos 5º, XXXVI, e 7º, XXVI, da Constituição Federal (fl. 203)".

Argumenta o recorrente que a indenização por despedida sem justa causa, prevista no acordo coletivo de 1990, constitui direito adquirido dos empregados representados pela entidade sindical que participou do pacto, uma vez que nele assegurada a incorporação da referida indenização aos contratos de trabalho dos empregados admitidos até então. Defende a inaplicabilidade da Súmula 277 do TST, ao caso, por dizer respeito exclusivamente à sentença normativa, não disciplinando acordos ou convenções coletivas de trabalho. Indica violação dos arts. 5º, XXXVI e 7º, XXVI, da Lei Maior e divergência jurisprudencial.

A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a indenização por tempo de serviço, prevista no acordo coletivo de 1990, se incorporou definitivamente aos contratos de trabalho que se encontravam em curso na vigência na norma coletiva, conforme

expressamente assegurado no próprio acordo coletivo, com a conseqüente inaplicabilidade da Súmula 277 do TST à hipótese.

Por outro lado, o inciso XXVI do art. 7º da Constituição da República consagra, como princípio basilar das relações de trabalho, o “*reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho*”. Assim, constatado que o acordo coletivo instituidor da indenização por tempo de serviço expressamente prevê a sua incorporação definitiva aos contratos de trabalho em vigor durante o período de validade da norma, ofende o preceito constitucional transcrito a decisão que, intervindo no livre exercício da vontade das partes acordantes, modifica os efeitos do pactuado ao não conceder a indenização pretendida. Nesse sentido, a jurisprudência assente desta Corte:

“EMBARGOS INTERPOSTOS ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI N.º 11.496/2007 - PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO EMBARGADO POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. A matéria posta nos Embargos de Declaração reveste-se de natureza jurídica. Assim, nos termos do item III da Súmula n.º 297 do TST, não há falar em prejuízo, condicionante da declaração de nulidade. Inteligência do artigo 794 da CLT. ENERSUL - INDENIZAÇÃO POR TEMPO DE SERVIÇO - INCORPORAÇÃO DEFINITIVA - ACORDO COLETIVO. A Reclamante postulou o pagamento de indenização por tempo de serviço, em decorrência de dispensa imotivada estipulada no Acordo Coletivo firmado em 1990. É inaplicável à espécie a Súmula n.º 277 do TST, porque a incorporação definitiva ao contrato de trabalho foi expressamente prevista na norma coletiva. O fato de não haver sido renovada significa que os empregados admitidos posteriormente a sua vigência não estão abrangidos pelo benefício. Ileso, também, o artigo 613, IV, da CLT. Precedentes SBDI-1. Embargos conhecidos e desprovidos (E-RR - 31609/2002-900-24-00.3, Relatora: Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ 09.11.2007)”.

(...)

Conheço, pois, da revista por afronta ao art. 7º, XXVI, da Lei Maior.

2. MÉRITO

Conhecido o recurso, por afronta a preceito da Constituição Federal, o corolário lógico é o provimento para condenar a reclamada

ao pagamento da indenização proporcional por tempo de serviço, nos termos do acordo coletivo de 1990.

Inconformada com tal decisão, interpõe a reclamada recurso de embargos às fls. 300/316. Pugna pela reforma da decisão, postulando a aplicação ao caso em tela do disposto na Súmula n.º 277 do Tribunal Superior do Trabalho. Sustenta que, *"ainda que a Cláusula 4ª do ACT de 1990 tenha estabelecido que a vantagem então deferida incorporar-se-ia aos contratos individuais de trabalho, o fato é que o artigo 613, IV, da CLT e a Súmula n.º 277/TST impedem a ultratividade da norma coletiva"* (fl. 333). Transcreve arestos para confronto de teses.

O aresto colacionado às fls. 323/326 (cópia na íntegra, extraída do sítio do TST, juntada às fls. 339/343), oriundo da colenda Sexta Turma deste Tribunal Superior, permite o conhecimento do recurso, uma vez que, examinando matéria idêntica à versada nestes autos, em processo em que figura como parte a mesma reclamada, assevera que *"as condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos"*. Consta, ainda, do aresto paradigma que, *"não obstante a hipótese dos autos não versar sobre sentença normativa, importa considerar-se que o entendimento iterativo desta Corte é o de que a Súmula n.º 277 aplica-se, de igual sorte, às condições de trabalho previstas em acordo ou convenção coletiva de trabalho"*.

Conheço dos embargos por divergência jurisprudencial.

II - MÉRITO

Tem decidido esta Corte uniformizadora que, conquanto a Súmula n.º 277 faça referência específica às sentenças normativas, sua incidência deve alcançar também as condições de trabalho instituídas mediante acordo ou convenção coletivos de trabalho.

A cláusula normativa por meio da qual se criou a indenização por tempo de serviço, consoante se extrai do quadro fático delineado pela Corte de origem e transcrito na decisão embargada, determinava a incorporação da vantagem aos contratos de trabalho que se encontravam em curso na vigência do acordo coletivo.

Como bem destacado pela Turma no julgamento do recurso de revista, impõe-se a observância do pactuado coletivamente em razão do disposto no artigo 7º, XXVI, da Constituição da República, que *"consagra, como princípio basilar das relações de trabalho, o 'reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho'"*. Igualmente acertada a conclusão no sentido de que *"ofende o preceito constitucional transcrito a decisão que, intervindo no livre exercício da vontade das partes acordantes, modifica os efeitos do pactuado ao não conceder a indenização pretendida"*.

Importante ressaltar que, embora a rescisão do contrato tenha-se verificado em 1998, vigorando a norma coletiva até 1995, a determinação peremptória no sentido da incorporação da vantagem aos contratos coletivos em vigor à época - caso do reclamante - importou a integração definitiva da vantagem ao patrimônio jurídico individual do obreiro.

Nesse contexto, tem-se por inaplicável à hipótese o disposto no artigo 613, IV, da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como o entendimento consagrado na Súmula nº 277 desta colenda Corte superior.

No mesmo sentido, destacam-se os seguintes precedentes desta colenda SBDI-I:

**ENERSUL. INDENIZAÇÃO POR TEMPO DE SERVIÇO.
INCORPORAÇÃO EM DEFINITIVO. ACORDO COLETIVO.**

Deve-se prestigiar o pactuado entre empregados e empregadores por meio de convenções e acordos coletivos de trabalho, sob pena de violação ao disposto no art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República. A flexibilização no Direito do Trabalho, fundada na autonomia coletiva privada, permite a obtenção de benefícios para os

empregados e os empregadores, com concessões mútuas. Portanto, se as partes decidiram incorporar aos contratos individuais de trabalho, de forma definitiva, a **indenização** por tempo de serviço em face de dispensa sem justa causa é inaplicável a restrição prevista na Súmula 277 do TST. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se dá provimento. (E-RR-796883/2001.5, relator Ministro Vantuil Abdala, publicado no DJU de 14/11/2008)

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007, QUE DEU NOVA REDAÇÃO DO ART. 894 DA CLT. I - EMBARGOS DA RECLAMADA. EMBARGOS. AGRAVO DE INSTRUMENTO. NÃO-CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA Nº 422/TST. APLICAÇÃO. A Corte adota entendimento pelo qual não se conhece do recurso quando as razões do Recorrente não impugnam os fundamentos da decisão recorrida, como na hipótese (Súmula nº 422/TST). **Recurso de Embargos não conhecido. II - EMBARGOS DO RECLAMANTE - ACORDO COLETIVO. VIGÊNCIA. REPERCUSSÃO NO CONTRATO DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR TEMPO DE SERVIÇO.** A SBDI-1 na sessão de julgamento do dia 12-12-2006, ao apreciar o processo nº TST-ERR-776.678/2001, adotou a tese no sentido de que: -Deve-se prestigiar o pactuado entre empregados e empregadores por meio de convenções e acordos coletivos de trabalho, sob pena de violação ao disposto no art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República. A flexibilização no Direito do Trabalho, fundada na autonomia coletiva privada, permite a obtenção de benefícios para os empregados e os empregadores com concessões mútuas. Portanto, se as partes decidiram incorporar aos contratos individuais de trabalho de forma definitiva a indenização por tempo de serviço em face de dispensa sem justa causa é inaplicável a restrição prevista na Súmula 277 do TST.- **Recurso de Embargos conhecido e provido.** (E-ED-AIRR e RR-775582/2001.4, relator Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, publicado no DJU de 30/5/2008)

EMBARGOS - ENERSUL - INDENIZAÇÃO POR TEMPO DE SERVIÇO - INCORPORAÇÃO DEFINITIVA - ACORDO COLETIVO 1. A Reclamante postulou o pagamento de **indenização** por tempo de serviço em decorrência de dispensa imotivada, estipulada no Acordo Coletivo firmado em 1990. É inaplicável à espécie a Súmula nº 277 do TST, porque a incorporação definitiva ao contrato de trabalho foi expressamente prevista na norma coletiva. O fato de não haver sido renovada significa que os empregados admitidos posteriormente a sua vigência não estão abrangidos pelo benefício. Precedentes da SBDI-1. 2. Afastado o fundamento do acórdão regional, e verificado que a defesa continha outros fundamentos, faz-se necessário o retorno dos autos ao Tribunal de origem, sob pena de supressão de instância. Embargos conhecidos e providos. (E-RR-1076/2004-001-24-00.0, relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, publicado no DJU de 4/4/2008)

Diante do exposto, **nego provimento** ao recurso de embargos.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer dos embargos por divergência jurisprudencial e, no mérito, negar-lhes provimento.

Brasília, 12 de março de 2009.

LELIO BENTES CORRÊA
Ministro Relator

PROCESSO Nº TST-E-RR-2547/2002-902-02-00.5

A C Ó R D ã O

(Ac. SBDI-I)

GMLBC/vv/iz/1

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.496/2007. CABIMENTO. ARTIGO 894, II, DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. A fim de merecer enquadramento no permissivo do artigo 894, II, da CLT, com a nova redação conferida pela Lei n.º 11.496/2007, os embargos devem demonstrar a ocorrência de dissenso entre decisões proferidas por Turmas desta Corte superior, ou destas com julgados da Seção de Dissídios Individuais. A partir do advento da nova lei, não se conhece de recurso de embargos com base em violação de dispositivo de lei ou da Constituição da República. Recurso de embargos não conhecido.

NORMA COLETIVA - VIGÊNCIA - GARANTIA DE EMPREGO - NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELOS RECLAMANTES - SÚMULA N.º 277 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - Correto o posicionamento adotado pela Turma, no sentido de não conhecer do recurso de revista interposto à decisão proferida pelo Tribunal Regional em consonância com o entendimento consagrado na Súmula n.º 227 desta Corte uniformizadora, segundo a qual *"as condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos"*. Embargos de que não se conhece.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista n.º **TST-E-RR-2547/2002-902-02-00.5**, em que são Embargantes **JOSIAS LOURENÇO E OUTROS** e é Embargada **FERROBAN - FERROVIAS BANDEIRANTES S/A**.

A colenda Terceira Turma desta Corte superior, mediante acórdão prolatado às fls. 327/331, não conheceu do recurso de revista interposto pelos reclamantes quanto aos temas "norma coletiva - vigência - garantia de emprego" e "ruptura contratual - coação moral", ante o óbice das Súmulas de n.ºs 277 e 126 deste Tribunal Superior, respectivamente.

Inconformados, interpõem os reclamantes o presente recurso de embargos com fundamento no artigo 894, **b**, da Consolidação das Leis do Trabalho, consoante razões que aduzem às fls. 339/344. Insurgem-se contra o não-conhecimento de seu recurso de revista, esgrimindo com afronta aos artigos 9º, 444, 614, § 3º, e 896, **a** e **b**, da Consolidação das Leis do Trabalho, 6º, §§ 1º e 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, e 7º, inciso XXVI, da Constituição da República. Sustentam a má-aplicação da Súmula n.º 277 desta Corte uniformizadora na hipótese dos autos.

Ao recurso foi apresentada impugnação, às fls. 346/354.

Dispensada a remessa dos autos à douta Procuradoria-Geral do Trabalho, à míngua de interesse público a tutelar.

É o relatório.

V O T O

CONHECIMENTO

1 - PRESSUPOSTOS GENÉRICOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL.

O apelo é tempestivo. O acórdão foi publicado em 29/2/2008, sexta-feira, conforme certidão lavrada à fl. 332, e as razões recursais protocolizadas via fac-símile em 7/3/2008, à fl. 333. Os originais vieram aos autos em 11/3/2008 (fl. 339). A

subscritora do recurso encontra-se devidamente habilitada, consoante procuração acostada às fls. 33/35.

2 - PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL.

2.1. NORMA COLETIVA - VIGÊNCIA - GARANTIA DE EMPREGO.

A colenda Terceira Turma desta Corte superior não conheceu do recurso de revista interposto pelos reclamantes quanto ao tema em destaque, ante o óbice da Súmula de n.º 277 deste Tribunal Superior. Consignou, na ocasião, os seguintes fundamentos, às fls. 328/330:

"Os reclamantes insurgem-se contra o não-reconhecimento da aquisição da garantia de emprego durante a vigência de norma coletiva, pelo implemento de condição expressamente prevista em norma coletiva. Transcrevem aresto nesse sentido, que, todavia, não se presta à Revista, por ser oriundo de Turma do TST. Apontam ainda violação aos arts. 5º, 6º da LICC, 5º, XXXVI, e 7º, XXVI, da Constituição Federal. Afirmam que o benefício instituído de comum acordo, de natureza normativa, não sofre as limitações do art. 614, §3º, da CLT.

O Regional, a fls.248-252, determinou que:

"Os autores aforaram ação objetivando a declaração de nulidade da ruptura do contrato de trabalho entendendo terem direito à reintegração no emprego por força da cláusula coletiva, número 4.49, firmada entre a reclamada FEPASA e o sindicato da categoria, inserida no contrato coletivo de trabalho ano 1983.

Interpretam, igualmente os recorrentes, que a cláusula coletiva em questão foi mantida por continuados

doze anos, vindo, desta forma, integrar o contrato individual de trabalho e, conseqüentemente amalgamar-se ao patrimônio jurídico dos reclamantes. Aduzem também que a novel cláusula coletiva, de número 4.49.1, estabelecida no contrato coletivo de trabalho a partir de janeiro de 1995 e que procedeu a extinção da garantia de emprego é ilícita, tal como disciplina o art. 468 da CLT.

Contrariando as assertivas dos autores, a reclamada em defesa argumenta que o contrato coletivo de trabalho assinado em 1995, negociado com a participação do sindicato da categoria, veio expressamente desconstituir as disposições pertinentes à garantia de emprego, eliminando-a e, em seu lugar substituiu-a por indenização.

Observa-se da leitura e da análise da **cláusula 4.49.1** do Contrato Coletivo de Trabalho do ano 1995/1996, (doc.35 do 1º vol. apartado) que ela teve a inequívoca intenção de exterminar com a garantia de emprego lançada no pacto de mesma natureza concretizado em 1983. Dispôs expressamente:

'Esta cláusula elimina em caráter definitivo e irrevogável todas as disposições referentes à Garantia de Emprego vigentes até 31/12/94, conforme item 4.49 e seus subitens do Contrato Coletivo de Trabalho vigente no biênio 93/94...'

A dúvida que se instalou produz a seguinte questão jurídica:

É lícita a alteração contratual que produziu anteriormente um direito e pode este benefício ter se inserido de forma intocável no contrato de trabalho?

Entendemos que é possível e por isso legítima e lícita alteração de cláusula coletiva. Não fere direitos, bem como não se enquadra na hipótese de afronta à Carta Política de 1988, nem o art. 6º, parágrafo 1º da Lei de

Introdução ao Código Civil, ou seja, regras que disciplinam o instituto do direito adquirido.

Neste sentido dispõe o E. 277 da CLT, embora se referindo à Sentença Normativa, mas o alcance é o mesmo, tendo em conta a necessária flexibilidade que deve permear as relações de trabalho em decorrência de sua dinâmica e da realidade entre capital e trabalho. Dispõe o Enunciado de súmula 277:

'As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos.'

Se o princípio acima ilustrado se aplica a normas oriundas de decisões originárias do Poder Judiciário, muito mais se assentam para aquelas decorrentes de convenção ou acordo coletivo de trabalho, onde as regras são ditadas pelas próprias partes, dentro do seu universo de interesses, possibilidades e deveres, adequando-se às mudanças da economia, às circunstâncias que as ditaram e à instituição de novas vantagens, sempre visando o proveito e a conveniência das partes convenientes.

Por fim, a regra inserida no art. 613, inciso II da CLT, estabelece obrigatoriamente tempo de vigência das cláusulas coletivas, autorizando sua prorrogação, denúncia e revogação parcial ou total. Aqui encontramos a residência do princípio de que as cláusulas coletivas, ao inverso de serem intocáveis e incrustáveis definitivamente no contrato individual de trabalho, são passíveis de extinção sem ferir direito adquirido. Regra geral, as cláusulas coletivas se extinguem quando se fazem extintos o acordo ou a convenção coletiva de trabalho.

No caso em tela, o novo Contrato Coletivo de Trabalho deu por finalizada

definitivamente a cláusula anterior que criava a estabilidade no emprego, substituindo-a por uma indenização. Tentar a sua ultratividade, ainda depois de seu fenecimento é torná-la artificial, por isso, sem aplicabilidade no mundo jurídico.

Neste passo, também de se ponderar que a vingar a exegese de que a cláusula 4.49 fixada em 1983, vigeria permanentemente e que a novel 4.49.1 só poderia atingir aqueles trabalhadores contratados a partir de sua entrada em vigor, levaria à morte os princípios da flexibilidade, da atualidade e das concessões mútuas que se revestem os instrumentos normativos, como é o caso dos Contratos Coletivos de Trabalho, tornando letra morta as regras do Direito Coletivo que trata o Título VI da CLT. Com certeza, estaríamos falando em estagnação das relações de trabalho.

Dentro destes princípios aborda com costumeira perspicácia, visão e conhecimento jurídico, o insigne Jurista **Valentin Carrion**, nas suas últimas memórias, na obra 'Comentários...' 25ª edição, ano 2000, fl. 452:

'A permanência de tais vantagens: a doutrina européia, uma parte da brasileira e o TST (Súmula 277) recusam esta sobrevida; entre eles Campos Batalha e Orlando Gomes. A incorporação definitiva aos contratos individuais é repelida por Octávio Bueno Magano ('Convenção Coletiva de Trabalho') e Arion Sayão Romita. O argumento de que todas as vantagens se integram definitivamente ao patrimônio do empregado é verdadeiro apenas em parte, pois tratando-se de norma provisória (a termo) e de alteração promovida pela fonte de direito que a instituiu e não mero capricho do empregador, o princípio se enfraquece. Ainda é verdade que outros princípios contemporâneos se opõem à sobrevida dos efeitos das normas coletivas mortas,

como lembra Orlando Teixeira da Costa ('Sobrevivência...', Revel e confessa. Synthesis 10/101, 1990), que são o de dar-se todo prestígio à convenção coletiva nova, facilitando-a, e o princípio da flexibilização, que tem por finalidade a adaptação das normas às necessidades da produção e combate ao desemprego. As novas tendências, consistentes na adaptação da realidade da produção à possível flexibilização, **levam a considerar revogadas todas as normas das convenções anteriores, sem exceção.** Alteramos, assim, o que sobre o assunto defendemos nas edições anteriores desta obra. Dessa forma o interesse coletivo e a realidade podem adaptar-se **para que a norma coletiva seja 'o terno sob medida'** que é sua razão de ser. Em certo modo, a CF, autorizando a redução do salário, o mais delicado dos direitos (art. 7º, VI), mediante convenção ou acordo coletivo, evidencia esse entendimento; o mesmo fazia a L. 7788/89, art. 1º, parágrafo único, não obstante haja sido revogada por outras razões' (grifamos).

De todo o exposto, não se tem caracterizado a ofensa a direito adquirido dos reclamantes, ante o caráter provisório de que se reveste a natureza jurídica das cláusulas coletivas que vigoram no prazo de validade nelas fixado, como reza o Enunciado de Súmula 277 do c. TST, podendo ser revistas e revogadas tal como disciplinado pelo art. 615 da CLT, que é o dispositivo legal aplicável à hipótese, e não o artigo 444 do Diploma Consolidado, como querem os recorrentes.

Não há pois garantia de emprego, pelo que se há de examinar a questão relativa à ruptura do pacto laboral em face da adesão dos reclamantes ao Plano de Acordo Bilateral Incentivado.'

A decisão regional encontra-se em perfeita consonância com a Súmula n.º 277 do TST, que estipula que as

condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos. Logo, inexistem as violações apontadas pelos reclamantes. Pelo exposto, **não conheço do recurso**".

Contra tal decisão interpõem os reclamantes recurso de embargos, argüindo afronta aos artigos 614, § 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, e 6º, §§ 1º e 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Argumentam, ainda, com a má-aplicação da Súmula n.º 277 desta Corte uniformizadora à hipótese dos autos, ao fundamento de que a discussão não se cinge à vigência limitada das normas coletivas, mas à possibilidade de *"os acordos ou convenções, mesmo com vigência limitada no tempo, criarem direitos permanentes, definitivos"* (fl. 341).

Cumprе salientar, inicialmente, que, tendo sido o presente recurso de embargos interposto na vigência da Lei n.º 11.496/07, o seu cabimento fica adstrito à configuração de divergência entre decisões proferidas por Turmas desta Corte superior, ou destas com julgados da Seção de Dissídios Individuais, salvo se a decisão recorrida estiver em consonância com orientação jurisprudencial, ou súmula do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal.

Despiciendo, dessa forma, o exame do recurso quanto às apontadas violações aos artigos 614, § 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, e 6º, §§ 1º e 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

No que tange à má-aplicação da Súmula n.º 277 deste Tribunal Superior, alegada pelos embargantes nas razões de embargos, extrai-se da transcrição do acórdão prolatado pela Turma que os reclamantes pretendem a sua reintegração no emprego, sob a alegação de que o direito a estabilidade assegurado aos empregados da Fepasa em cláusula coletiva de trabalho, mantida por doze anos, integra-se definitivamente ao patrimônio do obreiro, por força da garantia constitucional do direito adquirido. Tal pretensão, no entanto, contraria a jurisprudência pacífica desta Corte

uniformizadora, cristalizada na aludida súmula, no sentido de que as vantagens avençadas sustentam-se durante a vigência do instrumento coletivo, não se incorporando, em definitivo, ao contrato de trabalho dos reclamantes, consoante se observa do teor da Súmula n.º 277 do TST, a seguir transcrita:

“SENTENÇA NORMATIVA - VIGÊNCIA - REPERCUSSÃO NOS CONTRATOS DE TRABALHO. As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos”.

Conclui-se, daí, que a decisão proferida não destoa do referido verbete sumular, antes lhe dá correta aplicação à hipótese dos autos.

Importante frisar que, embora se reconheça a possibilidade de as partes avençarem determinadas vantagens com caráter permanente, esta não é a hipótese dos autos, visto que a garantia de emprego, embora pactuada reiteradamente, o fora pelo período de vigência da norma coletiva. Tal é a ilação que se extrai do próprio argumento recursal, calcado na circunstância de que o benefício fora pactuado sucessivamente por doze anos e, em 1995, substituído por indenização.

Atente-se, no mesmo sentido da tese ora esposada, para os seguintes precedentes deste Órgão uniformizador:

“NORMA COLETIVA QUE PREVIA ESTABILIDADE NO EMPREGO. NÃO-RENOVAÇÃO EM ACORDO COLETIVO POSTERIOR. A flexibilização no Direito do Trabalho, fundada na autonomia coletiva privada, permite a obtenção de benefícios para os empregados com concessões mútuas. Portanto, se as partes decidiram, mediante acordo coletivo, substituir a garantia de emprego pelo pagamento de parcelas indenizatórias, não é possível considerar nula a dispensa do empregado, em razão de pretensa estabilidade, sob pena de se incorrer em violação ao art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República. Ademais, segundo a orientação emanada da Súmula 277 do TST, as condições de trabalho instituídas mediante sentença normativa,

acordos e convenções coletivas vigoram pelo prazo estipulado, não integrando de forma definitiva o contrato de trabalho.

Recurso de Embargos de que se conhece e a que se nega provimento” (E-RR-2395/2000-019-02-00.7, Relator Ministro João Batista Brito Pereira, DJ 19/5/2006).

“EMBARGOS. GARANTIA DE EMPREGO PREVISTA EM NORMA COLETIVA. SUBSTITUIÇÃO POR INDENIZAÇÃO EM CASO DE DISPENSA UNILATERAL. INCORPORAÇÃO AO CONTRATO DE TRABALHO. Não obstante as normas convencionais anteriores estipulem a garantia de emprego aos empregados que contassem com quatro anos de trabalho ou mais, e ainda que o Reclamante tenha implementado a condição, a cláusula coletiva a ser observada era a que estava em vigor à época da dispensa do Reclamante, e que não mais estipulava a garantia de emprego, mas previa apenas a indenização na hipótese de dispensa unilateral, em respeito à vontade das partes estipulada no Contrato Coletivo de Trabalho, que substituiu a garantia de emprego pela indenização em caso de dispensa unilateral. Ausência de violação literal do artigo 5º, inciso XXXVI, da CF/88. Embargos não conhecidos” (E-RR-578191/1999.1, Relator Ministro Carlos, Alberto Reis de Paula, DJ 24/6/03).

Não conheço dos embargos.

2.2. RUPTURA CONTRATUAL. COAÇÃO MORAL

A Turma houve por bem não conhecer do recurso de revista interposto pelos reclamantes, no particular, ante o óbice da Súmula n.º 126 deste Tribunal Superior do Trabalho. Eis os termos da decisão, lançados às fls. 330/331:

“Os reclamantes relatam que a adesão ao PABI foi eivada do vício da coação moral, e não manifestação espontânea dos empregados, conforme definido pelo Regional. Apontam violação aos arts. 98 do Código Civil e 9º da CLT. Transcreve arestos com a intenção de demonstrar a existência de divergência jurisprudencial.

O Regional, a fls.253-254, consignou que:

'Sustentam os recorrentes que a prevalecer o entendimento de que o Enunciado 227 do TST é aplicável ao caso, ainda assim sofreram prejuízos. Alegam que a cláusula que substitui a garantia de emprego foi substituída por outra que garantia indenização na rescisão unilateral e que a reclamada introduziu forma de dissolução do contrato de trabalho visando reduzir o montante indenizatório que consistia em rescisão bilateral, pela qual o empregado aderiu ao Plano de Acordo Bilateral Incentivado - PABI.

Alegam ainda que foi propagado pela reclamada que não aplicaria a modalidade de ruptura contratual unilateral acima de determinado valor indenizatório, bem como para aqueles que integravam o corpo gerencial da empresa, restando para estes a adesão ao PABI ou manutenção do ócio forçado, as ameaças de transferência sem absolutamente nenhuma necessidade, e que os acordos firmados nestas circunstâncias são nulos, porque só beneficiaram uma das partes, com redução da importância paga a título de indenização. Buscam, assim, a nulidade do acordado, para que lhes seja reconhecido o direito de receber a indenização cabível por dispensa sem justa causa.

O Contrato Coletivo de Trabalho 1997/1998 na cláusula 4.49.1.2 (doc.n.37, 1º vol.apartado) menciona expressamente a hipótese de 'Acordo Bilateral' para desligamento.

Não houve infringência ao art.9º da CLT, porquanto não desvirtuado, impedido ou fraudado qualquer preceito celetista.

Totalmente descabida a pretensão dos recorrentes de ver subsidiariamente aplicados ao presente caso os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, legislação específica

destinada a regular relações que não guardam qualquer semelhança com as havidas entre empregado e empregador.

Não produziram os autores qualquer prova de que foram constrangidos a assinar os documentos de f.42, 52, e 62, e como observado pelo Juízo *a quo* somente prova robusta de vício de consentimento poderia justificar a nulidade do ato, o que não ocorreu no caso, haja vista que nenhuma comprovação há nos autos de que tenham os reclamantes sofrido ameaças, ou que a ré tenha transferido abusivamente algum funcionário, sem real necessidade.

O documento de f.82, vem contrariar a tese dos recorrentes de que não havia rescisão unilateral por iniciativa da recorrida, e que àqueles que não aderissem ao PABI restava apenas submeter-se às represálias do empregador. Tanto que o funcionário referido no item 8.8 da exordial (f.20), recusou as propostas de adesão ao Plano de Acordo Bilateral e foi dispensado sem justa causa.

Assim, verifica-se que as adesões dos autores ao PABI constituem-se atos jurídicos perfeitos e acabados, espelhando aceitação espontânea válida e perfeita, celebrada entre os atores do contrato de trabalho, contanto ainda as rescisões com a homologação do seu Sindicato.

Válida a manifestação de vontade dos recorrentes ao firmarem os termos de rescisão e já quitados os direitos decorrentes daquela transação, nada mais lhes é devido.

Mantém-se.'

A percepção da existência de coação moral, em caso, demandaria o revolvimento do conjunto fático e probatório dos autos, expediente vedado pela Súmula n.º 126 do TST, na medida em que o Regional afirma categoricamente que os reclamantes não

sofreram nenhuma espécie de coação, tendo aderido ao plano espontaneamente.
Pelo exposto, não conheço do recurso”.

Sustentam os reclamantes, nas razões recursais, que tal decisão importou em ofensa aos artigos 9º, 444 e 896, **a e b**, da Consolidação das Leis do Trabalho, e 7º, inciso XXVI, da Constituição da República. Alegam que a coação patronal, ao contrário do que consignado na decisão proferida pela Turma, restou cabalmente comprovada, ante a confissão da empresa, que não infirmou as alegações iniciais dos reclamantes. Sustentam, de outro lado, a nulidade do Plano de Acordo Bilateral Incentivado - PABI, instituído pela reclamada, ao fundamento de que *“representa uma modalidade de dispensa não contemplada na norma coletiva”* (fl. 343).

Os embargos, contudo, não comportam conhecimento.

Da leitura das razões dos embargos resulta claro que o recurso não foi corretamente enquadrado nos termos do disposto no artigo 894, inciso II, da Consolidação das Leis do Trabalho, com a nova redação da Lei n.º 11.496/07, uma vez que não cuidaram os embargantes de trazer a colação arestos divergentes oriundos de outras Turmas ou de uma das Subseções Especializadas em Dissídios Individuais do TST, ou mesmo indicar contrariedade a orientação jurisprudencial ou súmula desta Corte uniformizadora. Limitaram-se, ao revés, a alegar violação de dispositivo de lei e da Constituição da República - fundamento que, consoante já visto no item anterior, não tem o condão de impulsionar o recurso de embargos.

Despiciendo, dessa forma, o exame dos embargos quanto às apontadas violações aos artigos 9º, 444 e 896, **a e b**, da Consolidação das Leis do Trabalho, e 7º, inciso XXVI, da Constituição da República.

Diante do exposto, **não conheço** dos embargos.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer dos embargos.

Brasília, 20 de novembro de 2008.

LELIO BENTES CORRÊA
Ministro Relator

PROC. Nº TST-E-ED-RR-1013/2002-032-15-00.9

A C Ó R D ã O

SBDI-1

RECURSO DE EMBARGOS. DECISÃO EMBARGADA PUBLICADA NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 11.496/2007. ACÓRDÃO TURMÁRIO COMPLEMENTAR PUBLICADO EM 19/12/2008.

BANESPA. ACORDO COLETIVO E CONVENÇÃO COLETIVA. PREVALÊNCIA. TEORIA DO CONGLOBAMENTO.

1. Os Reclamantes pleitearam as diferenças decorrentes do reajuste salarial previsto na Convenção Coletiva firmada entre a FENABAN e os sindicatos dos bancários, com lastro no Regulamento de Pessoal do Banco, que garante aos jubilados o mesmo reajustamento salarial concedido aos empregados da ativa.

2. Esta Corte tem adotado o entendimento de que, na hipótese, o Acordo Coletivo que estabeleceu a manutenção do emprego é norma mais favorável à categoria profissional e deve prevalecer integralmente, em detrimento da Convenção Coletiva, em homenagem à teoria do conglobamento, segundo a qual as convenções e acordos coletivos são considerados e interpretados em seu conjunto de normas, e não de forma pontual, de modo que a adoção de um exclui a aplicação do outro, afastando-se a possibilidade de simbiose entre dois ou mais instrumentos normativos.

3. Havendo acordo homologado em dissídio coletivo, não se vislumbra a aplicação de reajuste previsto em convenção coletiva aos empregados aposentados do BANESPA, restando afastado o fundamento de que se trata de norma mais benéfica.

4. Assim, a pretensão ao reajuste da complementação de aposentadoria com índice previsto na Convenção Coletiva de Trabalho e não contemplado no Acordo Coletivo

aplicável aos empregados do reclamado contraria o aventado princípio do conglobamento. No caso concreto, os reclamantes não optaram pela Convenção Coletiva de Trabalho; apenas pretendem pinçar do seu texto cláusula específica.

5. Se a convenção coletiva não é aplicável aos empregados em atividade, por força do acordo coletivo homologado judicialmente, também não será aplicável aos aposentados, que têm os reajustes salariais atrelados àqueles em atividade, por expressa disposição regulamentar.

6. Precedentes da SBDI-1: E-ED-RR-1236/2002-074-15-40.2, Rel. Min. **Aloysio Corrêa da Veiga**, DEJT de 17/04/2009; E-ED-RR-1019/2002-092-15-00.0, Rel. Min. **João Batista Brito Pereira**, DEJT de 13/03/2009; E-RR-1525/2005-004-21-00.6, Rel. Min. **Vantuil Abdala**, DEJT de 13/03/2009; E-RR-709/2002-002-21-40.8, Rel. Min. **Maria Cristina Irigoyen Peduzzi**, DJ de 26/10/2007.

7. Recurso de embargos parcialmente conhecido e desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº **TST-E-ED-RR-1013/2002-032-15-00.9**, em que são Embargantes **ALVISE TREVISAN E OUTROS** e é Embargado **BANCO SANTANDER BANESPA S.A.**

A douta **Oitava** Turma do Tribunal Superior do Trabalho, mediante voto-condutor do eminente Ministra **Maria Cristina Irigoyen Peduzzi**, não conheceu do recurso de revista dos Reclamantes, no qual pleiteavam as diferenças decorrentes do reajuste salarial previsto na Convenção Coletiva firmada entre a FENABAN e os sindicatos dos bancários, com lastro no Regulamento de Pessoal do Banco, que garante aos jubilados o mesmo reajustamento salarial concedido aos empregados da ativa. (fls. 1042/1046 e 1059/1062).

Os Reclamantes interpõem recurso de embargos à SBDI-1, às fls. 1065/1088, com fundamento no artigo 894, da CLT,

arguindo preliminar de nulidade da decisão impugnada por negativa de prestação jurisdicional. No mérito, insurgem-se pretendendo o reajuste concedido em Convenção Coletiva de Trabalho em detrimento do Acordo Coletivo. Alegam violação dos artigos 620 da CLT; 5º, XXXVI, 7º, *caput*, XXVI, 201, § 4º, da Constituição Federal. Trazem arestos para confronto de teses. (fls. 1065/1088).

Ao recurso foi apresentada impugnação às fls. 1090/1091.

Os autos não foram encaminhados ao Ministério Público do Trabalho, nos termos regimentais.É o relatório.

V O T O

1. CONHECIMENTO

Satisfeitos os requisitos gerais de admissibilidade, passo ao exame das condições próprias dos embargos.

1.1. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

RAZÕES DE NÃO-CONHECIMENTO

Os Reclamantes arguem a prefacial substancialmente em face de que não teriam sido apreciadas todas as circunstâncias fáticas trazidas no recurso de revista, mormente quanto aos seguintes aspectos:

“1º - O Acordo Coletivo de Trabalho trocou o aumento salarial concedido em Convenção Coletiva de Trabalho por estabilidade de 12 meses no emprego;

2º - que consta da ata da reunião realizada perante esse colendo TST que Acordo Coletivo de Trabalho ‘como não poderia deixar de ser, diz respeito apenas aos trabalhadores da ativa’;

3º - esclarecesse se inclusão, compulsória, não negociada, dos inativos no Acordo Coletivo de Trabalho tem amparo legal e se não transgredir o inciso XXVI, do art. 7º, da CF/88. Por se tratar de acordo coletivo homologado pelo Tribunal Superior do Trabalho requereu também a apreciação da violação ao artigo 5º, inciso XXXVI, da CF, por ofensa a coisa julgada, já que restou decidido que o acordo não abrangeria os empregados aposentados;

4º - se há algum pedido na ação fundamentado no Acordo Coletivo de Trabalho (inaplicável aos Embargantes);

5º - que seja apreciado o princípio da boa-fé nas negociações coletivas e seu tal princípio foi cumprido pelo Banco ao incluir os inativos no Acordo Coletivo de Trabalho quando estava ciente de que assim não seria feito;

6º - a violação do artigo 620, da CLT, e do artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal;

7º - que consta do Acordo Coletivo em discussão, cláusula 78ª, com o título de 'ABRANGÊNCIA', que 'As cláusulas do presente Acordo Coletivo aplicam-se a todos os empregados do BANESPA, lotados nas suas dependências, em todo o território nacional;

8º - violação ao artigo 7º, caput, da CF, que determina a melhoria da condição social dos trabalhadores;

9º - violação aos artigos 194, parágrafo único, e 201, parágrafo 4º, da CF/88, em razão da contrariedade ao princípio da irredutibilidade dos vencimentos, bem como do reajustamento obrigatório, em caráter definitivo, para manutenção do valor real dos benefícios.”

Alinham seu Recurso de Embargos por divergência jurisprudencial que entendem espelhar o respeito aos artigos 5º, XXXV e LV, e 93, IX, da CF/88.

O Recurso, entretanto, não alcança conhecimento.

As razões de decidir foram juridicamente declinadas tanto no acórdão turmário principal, quanto nos embargos declaratórios complementares que se seguiram. Eis o teor da decisão dos embargos de declaração:

“Os Embargantes alegam que o v. acórdão foi omissivo, desconsiderando tratarem-se de aposentados. Apontam os artigos 5º, XXXVI, 7º, XXVI, 194, VI, e 201, § 4º, da Constituição.

No julgamento, a C. Turma consignou tratar-se de controvérsia semelhante à outros julgados, em que foi registrado que a aplicação da norma mais favorável ao empregado deve ser compreendida de forma sistemática, ou seja, considerando-se o contexto em que se insere a norma.

Assim, foi mantida a decisão das instâncias ordinárias, alinhada com a jurisprudência desta Corte, firmada no sentido de que o artigo 620 da CLT revela a teoria do conglobamento, pela qual as normas são

consideradas e interpretadas em conjunto, e, não, da forma isolada pretendida pelos Embargantes. Nesses termos, do mesmo modo que nos precedentes invocados, é irrelevante a circunstância de os Embargantes estarem na inatividade.

Como se vê da leitura dos Embargos de Declaração, os Reclamantes, em verdade, investem contra o entendimento esposado no acórdão embargado, em sua essência. Não se cogita, pois, em pertinência dos Embargos de Declaração, nos termos do artigo 897-A, da CLT.

Ausentes as hipóteses do art. 535, incisos I e II, do CPC, rejeito os Embargos de Declaração.” (fls. 1061/1062)

Por outro lado, como se sabe, de acordo com a nova redação do inciso II do art. 894 da CLT, conferida pela Lei n.º 11.496, de 22/6/2007, vigente a partir do dia 24/9/2007, somente são cabíveis embargos quando demonstrada divergência jurisprudencial entre Turmas do Tribunal Superior do Trabalho ou entre essas e a SBDI.

Ora, a violação aos artigos 93, IX, da Constituição Federal; 458 do CPC, e 832 da CLT, invocada pelo ora embargante, não impulsiona o conhecimento do recurso de embargos, pois escapa do alcance da nova redação do inciso II do artigo 894 da CLT.

Cumprê ressaltar, ainda, que, em se tratando de negativa de prestação jurisdicional, não há como se verificar a apontada divergência jurisprudencial, à medida que para a configuração da divergência jurisprudencial é imprescindível “a existência de teses diversas na interpretação de um mesmo dispositivo legal, embora idênticos os fatos que as ensejaram”, conforme dispõe o item I da Súmula n.º 296 do Tribunal Superior do Trabalho, o que não é possível em hipóteses como a dos autos, pois os fatos que caracterizam a negativa de prestação jurisdicional dificilmente se repetem em autos diversos, pois dependem da abrangência da argumentação expendida no recurso e nos embargos de declaração da parte e da resposta oferecida pelo juízo.

Observe-se, no mesmo sentido do entendimento ora consignado, os seguintes precedentes desta colenda SBDI-1:

“RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.496/07 - PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DO ACÓRDÃO EMBARGADO - AUSÊNCIA DE TESE MERITÓRIA A SER CONFRONTADA COM OS ARESTOS PARADIGMAS COTEJADOS NOS EMBARGOS - INDICAÇÃO DE OFENSA A DISPOSITIVOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS - PRESSUPOSTO INTRÍNSECO NÃO CAPITULADO NO INCISO II DO ART. 894 DA CLT. De acordo com a nova redação do inciso II do art. 894 da CLT, conferida pela Lei n.º 11.496, de 22/6/2007, vigente a partir do dia 24/9/2007, somente são cabíveis embargos quando demonstrada divergência jurisprudencial entre Turmas do Tribunal Superior do Trabalho ou entre essas e a Seção de Dissídios Individuais. Conseqüentemente, a violação dos arts. 832 e 897-A da CLT; 458, item II, do CPC e 5º, incisos XXXV e LV, e 93, inciso IX, da Constituição Federal, invocada pela ora embargante, não impulsiona o conhecimento do recurso de embargos, pois escapa do alcance da nova redação do inciso II do art. 894 da CLT. Cumpre ressaltar, ainda, que, em se tratando de negativa de prestação jurisdicional, não há como se verificar a apontada divergência jurisprudencial, à medida que inexistente tese jurídica no acórdão turmário a ser confrontada com os arestos paradigmas cotejados nas razões destes embargos. Com efeito, a negativa de prestação jurisdicional caracteriza-se quando o juízo deixa de se manifestar a respeito de questão invocada pela parte, mesmo quando instado a fazê-lo mediante a oposição dos competentes embargos de declaração, não se cogitando de interpretação de nenhum dispositivo legal. Para a configuração da divergência jurisprudencial é imprescindível a existência de teses diversas na interpretação de um mesmo dispositivo legal, embora idênticos os fatos que as ensejaram, conforme dispõe o item I da Súmula n.º 296 do Tribunal Superior do Trabalho, o que não é possível em hipóteses como a dos autos, pois os fatos que caracterizam a negativa de prestação jurisdicional dificilmente se repetem em autos diversos, pois dependem da abrangência da argumentação expendida no recurso e nos embargos de declaração da parte e da resposta oferecida pelo juízo. Por todo o exposto, mostra-se inviável o enquadramento dos embargos no comando do item II da alínea b do art. 894 da CLT. Recurso

de embargos não conhecido” (E-ED-RR-6349/2003-001-12-00, relator Ministro Vieira de Mello Filho, publicado no DJU de 25/4/2008).

“EMBARGOS SUJEITOS À SISTEMÁTICA DA LEI N.º 11.496/07 - PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO EMBARGADO POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - MATÉRIA ESTRANHA AO NOVO ESCOPO DOS EMBARGOS 1. Publicado o acórdão embargado posteriormente ao início da vigência da Lei n.º 11.496/07, os presentes Embargos sujeitam-se à nova redação do artigo 894, inciso II, da CLT. 2. A impugnação contra eventual deficiência de fundamentação de decisão não se insere no novo âmbito de competência desta C. Seção, que se dirige exclusivamente à uniformização da jurisprudência das Turmas do Eg. TST” (E-RR-54943/2002-900-02-00, relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, publicado no DJU de 2/5/2008).

Ante o exposto, **não conheço**.

1.2. COMPLEMENTAÇÃO APOSENTADORIA. BANESPA. CONVENÇÃO COLETIVA E ACORDO COLETIVO. PREVALÊNCIA.

Como relatado, a c. Turma não conheceu do recurso de revista dos reclamantes, em que se pretendia a prevalência da Convenção Coletiva como norma mais benéfica, por violação do artigo 620 da CLT. Assentou na fundamentação dessa decisão o seguinte:

“O acórdão regional rejeitou o pedido dos Autores, sob o fundamento de que os empregados em atividade não tiveram reajuste salarial, não se justificando o que pretendem, sobre a complementação de aposentadoria. Concluiu que não ocorreu ofensa ao artigo 620 da CLT, restando prejudicada a postulação de aplicação da norma mais favorável, tendo em vista a teoria do conglobamento (fls. 907/909).

Trata-se de controvérsia semelhante à de outro julgado (**AIRR-20/2006-089-15-40.2, 8ª Turma, 05/03/2008**), em que tive a oportunidade de registrar que um dos princípios do Direito do Trabalho é o da aplicação da norma mais favorável ao empregado. No entanto, deve ser compreendido de forma sistemática, ou seja, considerando-se o contexto em que se insere a norma.

Da mesma forma que as instâncias ordinárias, a jurisprudência desta Corte firma-se no sentido de que o artigo 620 da CLT revela a teoria

do conglobamento, pela qual as normas são consideradas e interpretadas em conjunto, e, não, da forma isolada pretendida pelo Agravante. No mesmo sentido, cito os seguintes precedentes:

TST-RR-357/2002-085-15-00.6, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, 4ª Turma, DJ de 22/10/04; TST-RR-1.287/2003-038-03-00.2, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, 4ª Turma, DJ de 04/03/05; TST-RR-1.009/2002-074-15-00.2, Rel. Min. José Simpliciano Fernandes, 2ª Turma, DJ de 08/04/05; TST-RR-108/2002-002-20-00.6, Rel. Min. Vantuil Abdala, 3ª Turma, DJ de 15/10/04.

Consoante se evidencia, restaram incólumes os dispositivos indicados. Incidem também o art. 896, § 4º, da CLT e a Súmula nº 333 do TST.

Não conheço.” (fls. 1043/1045)

Nas razões de embargos, os reclamantes interpõem embargos, pretendendo a aplicação da Convenção Coletiva do Trabalho. Argumenta que o Banco reclamado firmou Acordo Coletivo de Trabalho no qual substituiu, para o pessoal da ativa, o reajuste de 5,5% por estabilidade no emprego para o período de 2001/2002. Todavia, a situação seria outra em relação aos aposentados, pois a garantia de emprego estabelecida no Acordo não tem qualquer aplicabilidade a eles, deixando-os sem reajuste, motivo por que deve ser aplicada a Convenção Coletiva, norma mais favorável ao trabalhador. Alega violação dos artigos 620 da CLT; 5º, XXXVI, 7º, *caput*, XXVI, 201, § 4º, da Constituição Federal. Traz arestos para confronto de teses.

O recurso alcança conhecimento.

O julgado acostado às fls. 1080/1081, autoriza o conhecimento dos presentes embargos, por trazer tese oposta à adotada no v. acórdão ora embargado, no sentido da prevalência da Convenção Coletiva sobre o Acordo Coletivo.

Conheço dos embargos por divergência jurisprudencial.

2. MÉRITO

Não socorre aos reclamantes a denúncia de violação do artigo 620 da CLT.

Com efeito, o **art. 620 da CLT** reza que:

“Art. 620. As condições estabelecidas em Convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo”.

Averigua-se, de início, que o citado dispositivo legal quando fala em **“condições”** no **plural**, nos leva à conclusão de que o legislador não se afastou da **teoria do conglobamento**, segundo a qual cada instrumento normativo deve ser considerado **no seu todo**, e não cláusula a cláusula isoladamente.

O art. 620 da CLT deve ser harmonizado com o princípio constitucional que reflete o respeito às decisões judiciais transitadas em julgado (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal) e também com o comando do art. 7º, XXVI, Carta Magna, que garante o reconhecimento dos acordos e convenções coletivas.

Havendo acordo coletivo homologado em dissídio coletivo, não se vislumbra a aplicação de reajuste previsto em convenção coletiva aos empregados aposentados do Banespa, restando afastado o fundamento de que se trata de norma mais benéfica.

Se a convenção coletiva não é aplicável aos empregados em atividade, por força do acordo coletivo homologado judicialmente, também não será aplicável aos aposentados, que têm os reajustes salariais atrelados àqueles que se encontram em atividade, por expressa disposição regulamentar.

O entendimento jurisprudencial dominante nesta Corte revela-se no sentido de que, em razão do respeito ao princípio da unicidade das normas coletivas, aplica-se a teoria do conglobamento.

É oportuno citar trecho do acórdão da lavra do eminente Ministro **Ives Gandra da Silva Martins Filho**, que bem enfrentou essa questão, **verbis**:

“Pinçar isoladamente, de instrumentos normativos diversos, as **cláusulas mais benéficas** para o empregado ou reputar **inválidas cláusulas flexibilizadoras de direitos** concernentes a remuneração ou jornada (passíveis de flexibilização, na esteira do art. 7º, VI, XIII e XIV, da CF), olvidando que a cláusula vantajosa ou desvantajosa para o empregado somente é instituída em face de **compensação com outras vantagens ou desvantagens**, seria **quebrar o equilíbrio negocial**,

desestimulando a concessão de vantagens alternativas, desconsideradas em face do que se consubstanciaria em **superlativo protecionismo** por parte do Estado-Juiz.

Nesse sentido segue também a lição de **Maurício Godinho Delgado**:

‘A teoria do conglobamento é certamente a mais adequada à operacionalização do critério hierárquico normativo preponderante no Direito do Trabalho. A seu favor tem a virtude de não incorporar as apontadas distorções da teoria da acumulação, além de ser a única teoria a harmonizar a flexibilidade do critério hierárquico justralhista com a essencial noção de sistema inerente à idéia de Direito – e de ciência.

A superioridade da orientação teórica do conglobamento fez com que o próprio legislador claramente se reportasse a essa orientação, em situação de conflito de normas jurídicas. De fato, a Lei nº 7.064/82, que dispõe sobre a situação de trabalhadores brasileiros contratados ou transferidos para prestarem serviços no exterior, socorreu-se da teoria do conglobamento no contraponto entre a lei territorial externa e a lei brasileira originária. Observe-se, nessa linha, o texto do art. 3º, III, do mencionado diploma legal: ‘a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria’. (...).

Ressalte-se, por fim, que o parâmetro para se proceder à comparação da norma mais favorável não será o indivíduo, tomado isoladamente, mas a coletividade interessada (categoria, por exemplo) ou o trabalhador objetivamente considerado como membro de uma categoria ou segmento, inserido em um quadro de natureza global. Como se nota, também por esse aspecto, o critério do conglobamento emerge como o mais adequado na dinâmica de apreensão da norma trabalhista mais favorável” (“Curso de Direito do Trabalho”, LTr, 2ª Edição, p. 182).

Exegese diversa dada ao art. 620 da CLT (como também ao art. 7º, VI, XIII, XIV e XXVI, da CF), com a desconsideração da teoria do conglobamento, apenas contribuiria para o **desestímulo à negociação coletiva**, implicando substituição das soluções autônomas pelas heterônomas para os conflitos coletivos do trabalho, pela multiplicação dos dissídios coletivos e retorno ao **paternalismo estatal**, incompatível com o atual estágio de evolução das relações capital-trabalho.

Assim sendo, **não se admite a aplicação isolada de norma de Convenção Coletiva de Trabalho (CCT)**, quando reguladas as relações de trabalho, no âmbito da empresa, por Acordo Coletivo de Trabalho (ACT), a menos que se adote a CCT por completo, o que não foi pretendido pelos Reclamantes, que **apenas postularam o reajuste de 8,5% da complementação de aposentadoria previsto na Convenção Coletiva de Trabalho de 2004/2005**, celebrada entre a FENABAN – Federação Nacional dos Bancos e os sindicatos dos bancários.”

Assim sendo, a pretensão ao reajuste da complementação de aposentadoria com índice previsto na Convenção Coletiva de Trabalho e não contemplado no Acordo Coletivo aplicável aos empregados do reclamado contraria o princípio do conglobamento, que repudia a escolha de norma isolada mais favorável ao empregado, entre dois instrumentos coletivos, e prestigia a adoção do instrumento coletivo mais benéfico à categoria. Tem-se, no caso concreto, que os reclamantes não optaram pela Convenção Coletiva de Trabalho; apenas pretendem pinçar do seu texto cláusula específica.

Vale, por oportuno, transcrever as decisões reiteradas desta c. SBDI-1, envolvendo o Embargado (Banespa):

“PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. A Turma, mediante a decisão recorrida, apresentou solução para o conflito, embora contrária ao interesse dos embargantes, configurando-se efetiva prestação jurisdicional. ACORDO COLETIVO. NORMA ESPECÍFICA E MAIS BENÉFICA. PREVALÊNCIA SOBRE CONVENÇÃO COLETIVA FIRMADA ENTRE A FENABAN E OS SINDICATOS DOS BANCÁRIOS FIXANDO REAJUSTE SALARIAL. TEORIA DO CONGLOBAMENTO 1. Esta Corte tem adotado o entendimento de que, na hipótese, o Acordo Coletivo que estabeleceu a manutenção do emprego é norma mais favorável à categoria profissional e deve prevalecer integralmente, em detrimento da Convenção Coletiva, em observância à teoria do **conglobamento**, segundo a qual os instrumentos normativos devem ser considerados cada qual em seu conjunto de normas, de modo que a adoção de um exclui a aplicação do outro, afastando-se a possibilidade de simbiose entre dois ou mais instrumentos normativos. 2. A pretensão a reajuste da complementação de aposentadoria com índice

previsto na Convenção Coletiva de Trabalho e não contemplado no Acordo Coletivo aplicável aos empregados da reclamada contraria o princípio do conglobamento, que repudia a escolha de norma isolada mais favorável ao empregado, entre dois instrumentos coletivos, e prestigia a adoção do instrumento coletivo mais benéfico à categoria. No caso concreto, o reclamante não optou pela Convenção Coletiva de Trabalho; apenas pretende pinçar do seu texto cláusula específica. Recurso de Embargos de que se conhece em parte e a que se nega provimento.” (TST-E-ED-RR - 1019/2002-092-15-00.0, Ministro João Batista Brito Pereira, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DJ 13/03/2009)

“EMBARGOS. NOVA REDAÇÃO DO ART. 894 DA CLT CONFERIDA PELA LEI Nº 11.496/2007. BANESPA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA - REAJUSTE SALARIAL E ABONO PREVISTOS EM CONVENÇÃO COLETIVA E NÃO RATIFICADOS EM ACORDO COLETIVO. APLICAÇÃO DA TEORIA DO CONGLOBAMENTO Conforme jurisprudência consagrada nesta Corte, não há o direito de os aposentados do **Banespa** terem a complementação dos proventos de sua aposentadoria corrigidos com base no reajuste salarial previsto na convenção coletiva dos bancários, quando há acordo coletivo homologado em dissídio coletivo específico para os empregados dessa empresa negociando a garantia de emprego em detrimento do reajuste salarial previsto anteriormente na referida convenção coletiva. Se a convenção coletiva não é aplicável aos empregados ativos, por força do acordo coletivo homologado judicialmente, também não será aplicável aos aposentados, que têm os reajustes salariais atrelados aos dos ativos, por expressa disposição regulamentar. Embargos **conhecidos e desprovidos.**” (TST-E-RR - 1525/2005-004-21-00.6, Ministro Vantuil Abdala, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DJ 13/03/2009)

RECURSO DE EMBARGOS. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA BANESPA. CONVENÇÃO COLETIVA X ACORDO COLETIVO. PREVALÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR REAJUSTE PREVISTO EM CONVENÇÃO COLETIVA DOS BANCÁRIOS AOS APOSENTADOS, QUANDO NÃO APLICADO AOS EMPREGADOS DA ATIVA, POR FORÇA DE ACORDO COLETIVO HOMOLOGADO NOS AUTOS DE DISSÍDIO

COLETIVO E EM RESPEITO AO REGULAMENTO INTERNO DO BANCO. Havendo acordo coletivo, homologado em dissídio coletivo, não se vislumbra a aplicação de reajuste previsto em convenção coletiva aos empregados aposentados do BANESPA, restando afastado o fundamento de que se trata de norma mais benéfica. Outro princípio, constitucional, há de ser observado, qual seja, o respeito às decisões judiciais transitadas em julgado. Inteligência do art. 5º, XXXVI, da Carta Magna. O art. 620 da CLT deve ser harmonizado com esse princípio constitucional e, também, com o comando do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, que garante o reconhecimento dos acordos e convenções coletivas. Se a convenção coletiva não é aplicável aos empregados em atividade, por força do acordo coletivo homologado judicialmente, também não será aplicável aos aposentados, que têm os reajustes salariais atrelados aqueles em atividade, por expressa disposição regulamentar. Embargos conhecidos e não providos.” (TST-E-ED-RR - 1024/2002-074-15-00.0, Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DJ 08/02/2008)

EMBARGOS INTERPOSTOS ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007 - COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA REAJUSTE SALARIAL E ABONO - PREVALÊNCIA DO ACORDO COLETIVO ADOÇÃO DA TEORIA DO CONGLOBAMENTO O pedido dos Autores foi rejeitado sob o fundamento de que os empregados, em atividade, não tiveram reajuste salarial, não se justificando o que pretendido, sobre a complementação de aposentadoria. O acórdão embargado concluiu que não ocorreu ofensa ao artigo 620, da CLT, restando prejudicada a postulação de aplicação da norma mais favorável, tendo em vista a teoria do conglobamento. Um dos princípios do Direito do Trabalho é o da aplicação da norma mais favorável ao empregado. No entanto, deve ser compreendido de forma sistemática, ou seja, considerando-se o contexto em que inserida a norma. A jurisprudência desta Corte firma-se no sentido de que o artigo 620 da CLT revela a teoria do conglobamento, pela qual as normas são consideradas e interpretadas em conjunto, e não da forma isolada, pretendida pelos Embargantes corrente. Embargos conhecidos e desprovidos.” (TST-E-RR-709/2002-002-21-40.8, Rel. Min. Maria

Cristina Irigoyen Peduzzi Subseção I Especializada em Dissídios , DJ - 26/10/2007)

Diante do todo exposto, mantenho o entendimento da douta Turma quanto à prevalência do Acordo Coletivo sobre a Convenção Coletiva, entendo ser indevido o pagamento do reajuste de 5,5% aos aposentados.

Nego provimento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer dos embargos quanto à nulidade por negativa de prestação jurisdicional. Por unanimidade, conhecer dos embargos no tocante ao tema "complementação de aposentadoria - abono e reajuste salarial - inativos - convenção coletiva e a não prevalência sobre cláusula constante em acordo coletivo", por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negar-lhes provimento.

Brasília, 14 de maio de 2009.

CAPUTO BASTOS
Ministro Relator

PROCESSO Nº TST-E-RR-696630/2000.5

A C Ó R D Ã O

(Ac. SDI-1)

GMLBC/md/iz/1

**PRESCRIÇÃO. PREVISÃO EM ACORDO
COLETIVO DE PRAZO INFERIOR AO
DA CONSTITUIÇÃO. INVIABILIDADE.
VIOLAÇÃO DO ARTIGO 896 DA
CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO
TRABALHO NÃO CONFIGURADA.**

1. Correto o entendimento adotado pela colenda Turma no sentido de não conhecer do recurso de revista, confirmando, assim, a decisão proferida pelo Tribunal Regional, mediante a qual se reputou inválida cláusula de acordo coletivo por meio da qual estipulado prazo prescricional inferior ao fixado nos artigos 7º, XXVI, a, da Constituição da República e 611, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho. 2. É certo que a Carta Magna de 1988 alçou à dignidade constitucional o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho como fontes formais do Direito do Trabalho (artigo 7º, XXVI). Daí não resulta, todavia, a consagração de poder flexibilizador ilimitado, impondo-se a observância das normas de conteúdo mínimo e caráter cogente, assecuratórias dos direitos fundamentais dos trabalhadores. 3. Não se admite, portanto, que acordos e convenções coletivos de trabalho venham a estabelecer prazos mais exíguos para a postulação, em juízo, de tutela judicial para direitos violados, do que aqueles previstos na própria

Constituição da República, sob pena de afronta a norma de ordem pública. 4. Não há cogitar, portanto, na hipótese, em violação literal do disposto no artigo 7º, XXVI, da Constituição da República. 5. Incólume o artigo 896 da CLT. Recurso de embargos não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista n.º **TST-E-RR-696630/2000.5**, em que é Embargante **BANDAG DO BRASIL LTDA.** e Embargado **JOSÉ LEONÍDIO VICENTE.**

A egrégia Quarta Turma desta Corte superior, por meio do acórdão prolatado às fls. 118/124, não conheceu integralmente do recurso de revista interposto pela reclamada especificamente quanto aos temas "prescrição previsão em acordo coletivo de prazo inferior ao da Constituição - inviabilidade" e "participação nos lucros relativa aos meses laborados no ano de 1997 - violação dos artigos 5º, II, e 7º, I, da CF/88", por entender não violados os artigos 7º, XXVI, da Constituição da República e 611, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Salientou, quanto ao segundo tema, carecer o inconformismo da necessária fundamentação.

Inconformada, interpõe a reclamada o presente recurso de embargos às fls. 127/130, alegando afronta ao artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Insiste no cabimento do seu recurso de revista, por violação do artigo 7º, XXVI, da Constituição da República.

Ao recurso não foi apresentada impugnação, consoante se extrai da certidão lavrada à fl. 131.

Autos não submetidos a parecer da douta Procuradoria-Geral do Trabalho, à míngua de interesse público a tutelar.

É o relatório.

V O T O

CONHECIMENTO

1 - PRESSUPOSTOS GENÉRICOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL.

O recurso é tempestivo (acórdão publicado em 21/5/2004, sexta-feira, conforme certidão lavrada à fl. 125 e razões recursais protocolizadas em 31/5/2004, à fl. 127). O depósito recursal foi efetuado no valor total arbitrado à condenação (fls. 60 e 96) e as custas, recolhidas às fls. 61 e 97. A reclamada está regularmente representada nos autos, consoante procuração acostada à fl. 27 e substabelecimento, à fl. 113.

2 - PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL.

2.1 - PRESCRIÇÃO. PREVISÃO EM ACORDO COLETIVO DE PRAZO INFERIOR AO FIXADO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INVIABILIDADE.

A egrégia Quarta Turma desta Corte superior não conheceu do recurso de revista interposto pela reclamada quanto ao tema em epígrafe. Valeu-se, para tanto, dos seguintes fundamentos:

“Ao apreciar a questão o Regional assim se manifestou (fl. 82):

‘A reclamada pugna pela validade da cláusula 7ª do acordo de fls. 06/10, sob pena de infração dos arts. 611, § 1º, da CLT e 7º, XXVI, da CF.

Porém, olvida-se de que, se por um lado, um dos princípios sobre

liberdade sindical - o da autonomia privada coletiva - significa, em suma, a auto-regulação dos interesses pelos respectivos grupos, por outro lado diz respeito a condições de trabalho sempre mais favoráveis aos empregados.

A cláusula mencionada (fls. 07) em nada favorece o obreiro, na medida em que estabelece prazo prescricional bem inferior ao previsto na Constituição Federal, art. 7º, XXIX, 'a'.

Desse modo, deve ser considerada nula, como bem decidiu o Juízo de origem, não havendo qualquer infração aos artigos declinados.

Mantenho a r. sentença no particular.'

Alega o recorrente, que a tese adotada pelo Regional, de que a cláusula convencional é nula, não pode prosperar, pois afronta aos arts. 611, §1º da CLT e 7º, XXVI da CF/88. Ademais afirma, a cláusula deve ser considerada válida, eis que o autor se beneficiou de todas as normas coletivas da categoria, em todo o período contratual. Alega divergência jurisprudencial.

Sem razão.

Quanto a divergência jurisprudencial, trazida à colação (fl. 93), não é capaz, nos termos do art. 896, 'a' da CLT, com a redação dada pela Lei 9.756/98, de ensejar o recurso revisional, eis que proveniente de Turma desta Casa.

No que diz respeito à alegação de violação legal e constitucional, melhor sorte não lhe assiste, eis que a convenção coletiva, fixada pela categoria, não pode afrontar a Lei Maior, sendo nula a cláusula coletiva que estabelece prazo prescricional inferior ao fixado no art. 7ª, XXIX, 'a' do texto constitucional, não

incidindo em violação aos arts. 611, §1º, da CLT e 7º, XXVI, da CF/88, a decisão regional que assim conclui.

Ademais, o avanço da flexibilização do direito do trabalho esbarra em normas de ordem pública que limita o exercício da autonomia privada coletiva, quando não admite que se estipule em negociação coletiva disposições contrárias à suas disposições. Nesta limitação se encontram as normas constitucionais de eficácia plena, ou imediata que sobre direitos sociais (CF/88 art.7º e incisos), quando não contém expressamente previsão de acordo ou convenção coletiva para flexibilizá-la, como é o caso do art. 7º, XXIX da Constituição Federal de 1988.

NÃO CONHEÇO."

Pugna a reclamada pela reforma do julgado. Alega que não há falar em nulidade da cláusula convencional, uma vez que o reclamante beneficiou-se de todas as normas coletivas de sua categoria durante a vigência do contrato de trabalho. Salienta que referida cláusula resultou de manifestação expressa da vontade das partes, encontrando-se o reclamante devidamente representado por seu sindicato de classe. Requer, outrossim, o exame da questão relativa ao descumprimento do prazo previsto na referida cláusula para a postulação da participação nos lucros. Esgrime com afronta aos artigos 7º, XXVI, da Constituição da República e 896 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Não assiste razão à embargante.

Cinge-se a controvérsia a definir sobre a validade ou não de previsão contida em norma coletiva, no sentido da fixação de prazo prescricional inferior ao legalmente estabelecido.

Consignou a Corte de origem que a cláusula 7ª do acordo coletivo, reputada inválida, em nada favorece o obreiro, uma vez que estabelece prazo prescricional bem

inferior àquele previsto no artigo 7º, XXIX, da Constituição Federal.

Com efeito, as normas coletivas não se sobrepõem à lei, em se tratando de garantias fundamentais, ou normas de ordem pública. É certo que a Carta Magna de 1988 alçou à dignidade constitucional o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho como fontes formais do Direito do Trabalho (artigo 7º, XXVI). Daí não resulta, todavia, a consagração de poder flexibilizador ilimitado, impondo-se a observância das normas de caráter cogente e de ordem pública.

Não se admite, assim, que acordos e convenções coletivos de trabalho venham a estabelecer prazos mais exíguos para a postulação, em juízo, de tutela judicial para direitos violados, do que aqueles previstos na própria Constituição da República, sob pena de afronta a norma de ordem pública.

Nesse contexto, não há reparos a fazer na decisão ora embargada, mediante a qual não se reconheceu a alegada afronta aos artigos 7º, XXVI, da Carta Magna e 611, § 1º, da CLT, em face da decretação da nulidade da cláusula de acordo coletivo, por meio da qual se estipulara prazo prescricional inferior àquele previsto na Constituição da República.

Quanto à alegação de ter o reclamante pleiteado a participação nos lucros somente com a propositura da ação, verifica-se que tal alegação não foi examinada pela colenda Turma, tendo em vista que a recorrente deixou de apontar divergência jurisprudencial, bem como violação de dispositivo de lei ou da Constituição da República, carecendo, portanto, da necessária fundamentação o recurso de revista. A ora embargante nem sequer reporta-se ao óbice de índole processual consignado na decisão proferida pela Turma, encontrando-se também o presente recurso de embargos carente de fundamentação, nos termos da Súmula n.º 422 do Tribunal Superior do Trabalho.

Incólume o artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, **não conheço** dos embargos.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso de embargos.
Brasília, 20 de novembro de 2008.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

LELIO BENTES CORRÊA

Ministro Relator

PROC. N.º TST-E-RR-9.339/2001-008-09-00.2
A C Ó R D Ã O
SBDI-I
LBC/md/jv

EMBARGOS. HORA NOTURNA DE SESSENTA MINUTOS. CLÁUSULA COLETIVA. A norma insculpida no artigo 73, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho reveste-se de ordem pública, de notório caráter tutelar, visando ao resguardo da saúde do trabalhador, ante as condições adversas resultantes do trabalho noturno. Mesmo em se tratando de trabalho com jornada diferenciada, persistem as condições adversas, o que torna inafastável a observância da jornada reduzida. Não há, assim, como caracterizar, no caso concreto, a alegada ofensa ao artigo 7º, XXVI, da Constituição da República, por se tratar, na hipótese, de aplicação de norma especial, de caráter público e, portanto, cogente. Por fim, a Orientação Jurisprudencial n.º 127 da SBDI-I do TST já assentou que, mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988, a redução da hora noturna subsiste. Embargos conhecidos e providos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos dos Embargos em Recurso de Revista n.º **TST-E-RR-9.339/2001-008-09-00.2**, em que é embargante **JORGE LUIZ PEREIRA** e embargada **METROPOLITANA VIGILÂNCIA COMERCIAL E INDUSTRIAL LTDA.**

A colenda Segunda Turma desta Corte superior, mediante acórdão prolatado às fls. 208/215, conheceu do recurso de revista interposto pela reclamada, quanto ao tema "hora noturna de 60 minutos - cláusula coletiva", por violação do artigo 7º, XXVI, da Constituição da República, e, no mérito, deu-lhe provimento para

excluir da condenação o pagamento de diferenças relativas ao adicional noturno.

Inconformado, interpõe o reclamante recurso de embargos à SBDI-I, com fundamento no artigo 894 da Consolidação das Leis do Trabalho, mediante as razões que aduz às fls. 233/241. Sustenta que não há como reconhecer validade à cláusula 33, letra **e**, da Convenção Coletiva de Trabalho, por meio da qual se estabeleceu, para a hora noturna, a duração de sessenta minutos. Esgrime com afronta aos artigos 73, § 1º, e 611, § 1º, da CLT e 7º, *caput* e inciso XXVI, da Constituição Federal. Transcreve arestos para confronto de teses.

Não foi apresentada impugnação ao recurso, consoante se extrai da certidão lavrada à fl. 245.

Dispensada a remessa destes autos à douta Procuradoria-Geral do Trabalho, à míngua de interesse público a tutelar.

É o relatório.

V O T O

I - CONHECIMENTO

1 - PRESSUPOSTOS GENÉRICOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL.

O apelo é tempestivo. O acórdão foi publicado em 11/4/2006, sexta-feira, conforme certidão lavrada à fl. 216, e as razões recursais protocolizadas em 24/4/2006, à fl. 217, via fac-símile. Os originais vieram aos autos à fl. 230, em 25/4/2006. Ressalte-se que o prazo recursal teve início em 17/4/2006, por não ter havido expediente nesta Corte superior no período de 12 a 14/4/2006 - Semana Santa -, nos termos do artigo 62, II, da Lei n.º 5.010/66. Custas recolhidas pela reclamada, à fl. 134. O reclamante está regularmente representado nos autos, consoante procuração acostada à fl. 9 e substabelecimento à fl. 242.

2 - PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS DE ADMISSIBILIDADE

RECURSAL.

HORA NOTURNA DE SESSENTA MINUTOS. CLÁUSULA COLETIVA.

O recurso de revista foi conhecido pela Turma, no particular. A decisão colegiada encontra-se vazada nos seguintes termos, às fls. 213/214:

“Entendeu o Regional que cláusula de convenção coletiva de trabalho em que se fixa a duração da hora noturna em sessenta minutos não tem validade, em face do disposto nos arts. 71, § 4º, e 73, § 1º, da CLT.

Esclareceu também o Regional o seguinte:

‘.....Porém, insta salientar que não se pode interpretar a redação do art. 7º, inc. XXVI da Constituição Federal, de forma a considerar válida a integralidade dos instrumentos coletivos, independentemente do fato de contrariar dispositivo de lei em prejuízo do empregado. Veja-se que o art. 7º, inc. XXVI da Carta Magna, apenas reconhece as Convenções e os Acordos Coletivos de Trabalho, como fonte do Direito do Trabalho, vez que nos referidos instrumentos são criadas normas e condições para a prestação de serviços, aplicáveis ao contrato de trabalho (art. 611 da CLT), competindo à Justiça do Trabalho declarar ou não a validade do conteúdo das cláusulas pactuadas (art. 114 da Constituição Federal, e artigos 623, parágrafo único, e 625 da CLT).

.....’ (fl. 153).

A Recorrente argumenta, em síntese, que ‘a hora noturna de 60 minutos instituída pela Cláusula 33ª do convenção coletivo’ encontra amparo no art. 611, § 1º, da CLT e no inciso XXVI do art. 7º da Constituição Federal de 1988.

Aponta violação dos arts. 5º, II, e 7º, III, VI e XXVI, da Constituição Federal e traz arestos à colação (fls. 191/192).

Este Tribunal Superior firmou entendimento a respeito da validade do acordo coletivo de trabalho celebrado pela entidade sindical representativa da classe dos trabalhadores, tendo como base a livre estipulação entre as partes, desde que respeitados os princípios de proteção ao trabalho.

Destarte, existindo cláusula em que se estipula a duração da jornada noturna em sessenta minutos, deve ser considerado válido o que ficou pactuado, ante o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho preconizado no inc. XXVI do art. 7º da Constituição Federal.

Logo, conheço do Recurso de Revista, por ofensa direta e literal ao mencionado dispositivo da Constituição Federal.

4.2 - MÉRITO

A despeito da tese adotada pela Corte de origem, de que cláusula de convenção coletiva de trabalho em que se fixa a duração da hora noturna em sessenta minutos não tem validade, este Tribunal Superior firmou entendimento que se contrapõe àquele, consoante decisão proferida nos seguintes processos, entre outros:

.....
Ante o exposto, em face do conhecimento do Recurso de Revista por violação de dispositivo da Constituição Federal - art. 7º, XXVI, dou-lhe provimento para excluir da condenação o pagamento de diferenças relativas ao adicional noturno”.

Inconformado, interpõe o reclamante recurso de embargos à SBDI-I. Sustenta que não há como reconhecer validade à cláusula 33, letra **e**, da Convenção Coletiva de Trabalho, por meio da qual se estabeleceu a hora noturna de sessenta minutos, uma vez que a letra **e** está totalmente vinculada ao acordo de compensação previsto na Cláusula 33, cuja invalidade foi reconhecida pela própria Turma. Salienda, ainda, ser inaceitável que o Sindicato, em flagrante inobservância ao conteúdo de normas cogentes, de índole protecionista, venha, por meio de acordo ou convenção coletiva, estabelecer cláusulas em que consagrada a renúncia, total ou parcial, de direitos individuais dos trabalhadores.

Assevera o embargante que, não obstante a possibilidade de flexibilização dos direitos trabalhistas por meio de negociação coletiva, tais normas não devem violar certos direitos mínimos assegurados aos trabalhadores por dispositivos da Constituição Federal e de outras leis infraconstitucionais. Esgrime com afronta aos artigos 73, § 1º, e 611, § 1º, da CLT e 7º, *caput* e inciso XXVI, da Constituição Federal, além de invocar a Súmula n.º 214 do Supremo Tribunal Federal. Transcreve arestos para confronto de teses.

O último aresto transcrito à fl. 236, oriundo da egrégia Quarta Turma, permite o conhecimento do recurso de embargos, uma vez que, ao contrário do entendimento expendido no acórdão embargado, consigna ser insuscetível de flexibilização por meio de acordos ou convenções coletivas a regra de higiene do trabalho

emanada do artigo 73, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, dada a sua natureza de norma de ordem pública, sendo certo que, em razão de sua finalidade - que é garantir a higidez física e mental do empregado - não há falar em conflito com o artigo 7º, XXVI, da Constituição da República.

Conheço do recurso de embargos, por divergência jurisprudencial.

II - MÉRITO

Cinge-se a controvérsia a definir a validade de cláusula de convenção coletiva por meio da qual se fixou a duração da hora noturna em sessenta minutos.

Frise-se, inicialmente, que laborava o reclamante no regime de trabalho de compensação de jornada 12 x 36, cujo acordo foi considerado inválido pelo Tribunal Regional, porque não observada a compensação por parte da reclamada.

A norma insculpida no artigo 73, § 1º, da CLT ostenta natureza de ordem pública, de notório caráter tutelar, visando ao resguardo da saúde do trabalhador, ante as condições adversas resultantes do trabalho noturno. Importante frisar que, ainda que se trate de trabalho com jornada diferenciada, persistem as condições adversas - o que torna inafastável a jornada reduzida. Não há, portanto, como pretender caracterizar, no caso concreto, a alegada ofensa ao artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal, por se configurar hipótese de aplicação de norma especial, de caráter público e, portanto, cogente. Nesse sentido, a corroborar o reconhecimento da natureza cogente e indisponível da redução da hora noturna, atente-se para os seguintes precedentes desta Corte superior:

“RECURSO DE EMBARGOS. RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE TURNO. PARCELA INSTITUÍDA POR CONVENÇÃO COLETIVA EM SUBSTITUIÇÃO AO ADICIONAL NOTURNO E HORA NOTURNA REDUZIDA. ILEGALIDADE DA CLÁUSULA. A controvérsia está em definir a legalidade ou não de cláusula de convenção coletiva de trabalho que

instituiu o ‘adicional de turno’, pago no percentual de 20% sobre o salário-base, acrescido do adicional de periculosidade, e que tem por objetivo substituir o adicional noturno e a hora noturna reduzida. A jurisprudência desta SBDI-1 tem-se orientado no sentido de que é necessário prestigiar e valorizar a negociação coletiva, assentada na boa-fé, como forma de composição dos conflitos pelos próprios interessados. Entretanto, o que não se tem admitido é norma coletiva que vem restringir direitos garantidos por normas de ordem pública, que dizem respeito à segurança e à saúde dos empregados. É precisamente o que ocorre no caso concreto, em que as partes ajustaram, em convenção coletiva de trabalho (homologado judicialmente fl. 103), cláusula prevendo o adicional de turno, com a finalidade de abranger o adicional noturno e a hora noturna reduzida. Ora, da simples leitura da cláusula coletiva verifica-se que não há benefício algum para o reclamante, que, por lei, já tem assegurado o adicional noturno de 20% sobre o valor da hora diurna, bem como a hora de trabalho noturno computada como de 52 minutos e 30 segundos, tal como dispõe o artigo 73 da CLT. Ressalte-se, ademais, que o cômputo do adicional de periculosidade no cálculo da horas extras já estava assegurado, de acordo com a Orientação Jurisprudencial n.º 259 da SBDI-1, de forma que a norma coletiva nada acrescentou ao que já estava assegurado por lei. Nesse contexto, correto o acórdão recorrido ao consignar a ilegalidade da cláusula coletiva que veio reduzir direitos já assegurados por lei. Ressalte-se que o artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal, não foi violado em sua literalidade, na medida em que assegura o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, mas não permite que cláusulas coletivas venham suprimir ou reduzir direitos mínimos assegurados na legislação trabalhista, ainda mais no caso do adicional noturno e da hora noturna reduzida, que, à toda evidência, têm por escopo onerar o trabalho prestado nesse período não apenas como forma de compensar o desgaste físico, psicológico e social a que está submetido o trabalhador que labora em período noturno, mas também evitar acidentes de trabalho mais propensos durante o tempo em que biologicamente seria destinado ao descanso do trabalhador. Recurso de embargos conhecido e não provido” (E-ED-RR-454.994/1998, SBDI-I, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DJU de 30/11/2007).

“HORA NOTURNA REDUZIDA. COMPATIBILIDADE COM O REGIME DE TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. Não é possível vislumbrar afronta direta e literal do art. 7º, XIV, da Lei Maior, no tocante à aplicação da hora noturna reduzida ao labor em turnos ininterruptos de revezamento, pois o referido preceito constitucional apenas

estipula o direito à jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva, nada dispondo acerca da duração da hora noturna aplicável a essa espécie de atividade. A jurisprudência reiterada desta Corte Superior segue no sentido de que o labor noturno e o submetido a turnos ininterruptos de revezamento comportam fatores distintos de desgaste do empregado, a ensejar, cada um, compensação independente. Precedentes da SDI-I. Súmula 333/TST. Recurso de embargos não-conhecido” (E-RR-760.077/2001.1, SBDI-I, Relatora Ministra Rosa Maria Weber, DJU de 5/10/2007).

“ACORDO DE COMPENSAÇÃO. ESCALA 12X36. HORAS EXTRAS. NÃO CONCESSÃO DE INTERVALO INTRAJORNADA. HORA NOTURNA REDUZIDA. INOBSERVÂNCIA. 1. Vulnera o artigo 896 da CLT acórdão de Turma do TST que, mediante invocação inadequada da Súmula n.º 297, não conhece de recurso de revista devidamente fundamentado em violação aos artigos 71, § 4º, 73, § 1º, também da CLT. 2. Empregado que labora em regime de compensação de 12x36 horas, ainda que encetada mediante acordo tácito, faz jus ao intervalo intrajornada e à hora noturna reduzida, por tratar-se de direitos assegurados em normas de ordem pública (arts. 71, § 4º, e 73, § 1º, da CLT) e, portanto, indisponíveis pela vontade das partes, uma vez que tutelares da higiene, saúde e segurança do trabalho. 3. Embargos conhecidos e providos” (E-ED-RR-1343/1999-002-17-00.5, SBDI-I, Relator Ministro João Oreste Dalazen, DJU de 6/10/2006).

Frise-se, ainda, que a Orientação Jurisprudencial n.º 127 da SBDI-I do TST consagra tese no sentido de que, mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988, a redução da hora noturna subsiste.

Observe-se, por fim, que em caso idêntico ao presente, esta colenda SBDI-1 posicionou-se no mesmo sentido ora proposto, quando do julgamento do processo TST-E-ED-RR-1.086/2001-023-09-00, publicado no DJU de 1º/8/2008, de minha relatoria, cuja ementa é a seguinte:

“JORNADA 12x36. HORA NOTURNA REDUZIDA. ACORDO COLETIVO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 896 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO NÃO CONFIGURADA. A norma insculpida no artigo 73, § 1º, da CLT reveste-se de ordem pública, de notório caráter tutelar, visando ao resguardo da saúde do trabalhador, ante as

condições adversas resultantes do trabalho noturno. Mesmo em se tratando de trabalho com jornada diferenciada, persistem as condições adversas, o que torna inafastável a jornada reduzida. Não há, assim, como caracterizar, no caso concreto, a alegada ofensa ao artigo 7º, XXVI, da Constituição da República, por se tratar, na hipótese, da aplicação de norma especial, de caráter público e, portanto, cogente. Por fim, a Orientação Jurisprudencial nº 127 da SBDI-1 do TST já assentou que, mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988, a redução da hora noturna subsiste. Embargos não conhecidos.

Com esses fundamentos, **dou provimento** ao recurso de embargos interposto pelo reclamante para restabelecer a decisão proferida pelo Tribunal Regional, no particular.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de embargos por divergência jurisprudencial e, no mérito, dar-lhe provimento para restabelecer a decisão proferida pelo Tribunal Regional, no particular.

Brasília, 13 de outubro de 2008.

LELIO BENTES CORRÊA
Relator

PROC. Nº TST-E-ED-RR-67/2001-121-15-00.0

A C Ó R D Ã O

SBDI-1

GMHSP/APF/ct/smf

EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. PETROBRAS. PLANO DE CARREIRA. INEXISTÊNCIA DE CRITÉRIOS DE ANTIGUIDADE E MERECIMENTO. A ausência de critérios de antiguidade e merecimento constitui irregularidade insanável, uma vez que a lei condiciona a validade do quadro de carreira, como obstáculo à equiparação salarial, à observância destes critérios (art. 461, § 2º, da CLT). Ainda que se considere que a chancela sindical validaria o quadro de pessoal organizado em carreira, à pretensão da reclamada opõe-se o fato de que a anuência do sindicato não dispensa a estrita observância da lei, como assinalam r. julgados da SBDI-1/TST, sob pena de total esvaziamento da regra consolidada (art. 461). Recurso de embargos conhecido e improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº **TST-E-ED-RR-67/2001-121-15-00.0**, em que é Embargante **PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS** e Embargado **JESUS JOSÉ VILELA**.

A e. 8ª Turma, por meio do v. acórdão às fls. 280-287, complementado às fls. 687-690, conheceu e deu provimento ao recurso de revista do reclamante, por divergência jurisprudencial, para deferir a equiparação salarial pleiteada.

A reclamada interpõe recurso de embargos (fls. 693-699). Alega, em síntese, que o quadro de carreira homologado por instrumento coletivo prescinde de chancela do Ministério do Trabalho; e que a ausência de critérios de promoção por antiguidade e merecimento em quadro de carreira homologado por instrumento coletivo constitui óbice ao pedido de equiparação salarial. Transcreve arestos para cotejo.

O reclamante não apresentou impugnação (fl. 735), sendo dispensada a remessa dos autos ao douto Ministério Público do Trabalho em face do art. 83, § 2º, inciso II, do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

O recurso de embargos é tempestivo (fls. 691 e 693), está subscrito por advogada devidamente habilitada (fls. 650-651, 701-703) e regularmente preparado (fls. 598 e 700).

1 - CONHECIMENTO

1.1 - QUADRO DE CARREIRA - INEXISTÊNCIA DE CRITÉRIOS DE PROMOÇÕES POR ANTIGUIDADE E MEREcimento

A e. 8ª Turma decidiu a controvérsia ao seguinte fundamento:

“Segundo premissas fáticas trazidas pelo acórdão regional, a Corte a quo indeferiu o pedido de equiparação

salarial ante a existência de quadro de carreira na empresa reclamada.

Asseverou, ainda, aquele Colegiado, que o Plano de Cargos da reclamada, a despeito de não possuir critério de promoção por antigüidade, era válido, já que referendado por meio de acordos coletivos de trabalho.

A previsão do artigo 461 da CLT, ao impor o tratamento salarial isonômico, quando excepciona a regra, diz:

“Art. 461. (..)

§ 2º. Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira, hipótese em que as promoções deverão obedecer aos critérios de antigüidade e merecimento.

§ 3º. No caso do parágrafo anterior, as promoções deverão ser feitas alternadamente por merecimento e por antigüidade, dentro de cada categoria profissional.”
(Sublinhei.)

Essa exigência se harmoniza com o constitucional princípio da igualdade, pois visa a impedir práticas discriminatórias, principalmente, quando se trata, como no caso, de sociedade de economia mista, a qual também está sujeita aos princípios insculpidos no artigo 37 da Constituição de 1988, donde se evidenciam aqueles dirigidos à impessoalidade, moralidade e eficiência - este último, inclusive - que ficaram seriamente comprometidos em caso de descumprimento da igualdade entre os trabalhadores.

Incontroverso, pois, que **o Plano de Cargos da reclamada, o qual foi equiparado a quadro de carreira pelo Regional, é carente de requisito legal exigido pelo dispositivo celetário acima mencionado, qual seja previsão de promoção alternada pelos critérios de antigüidade e merecimento, ante à inexistência do primeiro.**

Diante desse quadro fático, convém citar as seguintes decisões desta Corte Superior, envolvendo a mesma questão e a mesma reclamada:

**‘RECURSO DE REVISTA EQUIPARAÇÃO
SALARIAL - QUADRO DE CARREIRA
INEXISTÊNCIA DE PROMOÇÕES POR**

ANTIGÜIDADE 1. Conforme a previsão dos §§ 2º e 3º do art. 461 da CLT, a condição para que o quadro de carreira tenha efeito modificativo do direito à equiparação salarial é que, além de prévia homologação, contenha duplo critério de promoção, que, de forma alternada, premie por merecimento e antigüidade. 2. Na espécie, como registrado pelo acórdão regional, o quadro de carreira não previa promoções por antigüidade nem prova de homologação, motivos pelos quais não produz os efeitos desejados pela Recorrente.’ (RR-1.162/2003-251-02-00.4, 3ª Turma, Min. Rel. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ de 10/8/2007)

‘RECURSO DE REVISTA. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. QUADRO DE CARREIRA VALIDADO POR ACORDO COLETIVO. A decisão regional que indefere pedido de equiparação salarial com base apenas no óbice resultante da existência de quadro de carreira, e este não contempla o critério de antigüidade, mas somente o de merecimento, atenta contra o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 461 da CLT, indo de encontro ao princípio isonômico que o instituto da equiparação visa resguardar. Recurso conhecido e provido.’ (RR-883/2003-126-15-00.8, 6ª Turma, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ de 12/05/2006)

‘RECURSO DE REVISTA. PETROBRÁS. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. QUADRO DE CARREIRA. O quadro de pessoal organizado em carreira que constitui óbice à equiparação salarial objeto do art. 461 da CLT é o que contém previsão de promoções alternadas por antigüidade e merecimento a cada uma das categorias profissionais por ele abrangidas, a teor dos parágrafos 2º e 3º daquele preceito. Não demonstrada tal condição, como consigna o acórdão regional recorrido, não há como reconhecê-lo como fator impeditivo da pretensão isonômica deduzida e acolhida, diante do preenchimento dos requisitos legais. Violação do art. 461, 2º, da CLT não configurada. Divergência jurisprudencial não demonstrada. Recurso de revista de que não se conhece.’ (RR 590.025/1999, 5ª Turma, Rel. Min. Rosa Maria Weber, DJ - 05/08/2005)

‘RECURSO DE REVISTA EQUIPARAÇÃO SALARIAL - QUADRO DE CARREIRA INEXISTÊNCIA DE PROMOÇÕES POR ANTIGÜIDADE 1. Conforme a previsão dos §§ 2º e 3º do art. 461 da CLT, a condição para que o quadro de carreira tenha efeito modificativo do direito à

equiparação salarial é que, além de prévia homologação, contenha duplo critério de promoção, que, de forma alternada, premie por merecimento e antigüidade. 2. Na espécie, como registrado pelo acórdão regional, o quadro de carreira não previa promoções por antigüidade, motivo por que não produz os efeitos desejados pela Recorrente.’ (RR-73.126/2003-900-02-00.7, 3ª Turma, Min. Rel. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ de 29/9/2006).

Cumpre registrar, inclusive, que o entendimento esposado no precedente acima transcrito foi convalidado pela Subseção de Dissídios Individuais 1 desta Corte, conforme se vê na ementa que ora se reproduz:

‘EMBARGOS. RECURSO DE REVISTA NÃO CONHECIDO. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. VALIDAÇÃO. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS DE PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE. EQUIPARAÇÃO SALARIAL DEFERIDA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 896 DA CLT NÃO RECONHECIDA . O artigo 461, § 2º, da CLT, indicado como violado pela reclamada, dispõe que não será possível acolher pedido de equiparação salarial, quando a empresa tiver pessoal organizado em carreira, hipótese em que as promoções ocorrerão por merecimento e antigüidade. No caso, o Plano de Cargos mostrou-se inválido não atingindo o fim proposto ante a ausência de critério de promoção por antigüidade. Neste sentido, não há que se falar na excludente ao pedido de equiparação salarial, porque o fato que impossibilitaria o reconhecimento da equiparação salarial não se encontra presente. Também deve ser afastada a tese de que o deferimento da equiparação salarial teria violado o artigo 7º, XXVI, da Carta Magna, porque não foi negado o reconhecimento à negociação coletiva, que atesta, por força de decisão em Dissídio Coletivo do C. TST que o Sindicato da categoria, deu como válido o quadro de carreira da reclamada. Entendeu-se que não poderia ocorrer negociação fundada em descumprimento do disposto no artigo 461 da CLT. Concluiu-se, pois, que uma vez admitido o Plano de Cargos e Salários da empresa fundado sem o critério de promoção, estar-se-ia esvaziando o comando contido no artigo 461 da CLT que

prevê o critério de merecimento e antigüidade. Embargos não conhecidos.’ (ED-ED-RR-73.126/2003-900-02-00.7, Min. Rel. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ de 9/11/2007).

Diante desses fundamentos, conheço do recurso de revista por violação do artigo 461, §§ 2º e 3º, da CLT.

II – MÉRITO.

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. QUADRO DE CARREIRA INVÁLIDO.

Em razão do conhecimento do apelo por violação do artigo 461, §§ 2º e 3º, da CLT, corolário é dar-lhe provimento para, reformando o acórdão regional, deferir ao reclamante as diferenças salariais pleiteadas, fruto da equiparação salarial, conforme item 8 da exordial (fl. 4), observada a prescrição quinquenal.” (sem destaques no original)

Irresignada, a reclamada interpõe recurso de embargos (fls. 693-699). Alega que o quadro de carreira homologado por instrumento coletivo prescinde de chancela do Ministério do Trabalho, e que a ausência de critérios de promoção por antigüidade e merecimento em quadro de carreira homologado por instrumento coletivo constitui óbice ao pedido de equiparação salarial.

Denuncia violação do artigo 7º, XXVI, da CF e colaciona arestos para cotejo de teses.

O recurso de embargos da reclamada alcança conhecimento.

Com efeito, o segundo paradigma transcrito à fl. 694, da lavra do Exmo. Ministro Ives Gandra Martins Filho, demonstra divergência jurisprudencial específica, nos termos da Súmula nº 296 do TST, ao adotar a tese de que *“In casu, o Regional consignou que o Plano de Cargos e Salários da Reclamada, que prevê promoções apenas por merecimento, tem sido reconhecido nacionalmente, tanto pela Federação Única dos Petroleiros, quanto pelo Sindicato de Trabalhadores na Indústria da Destilação e Refinação de Petróleo, e convalidado por normas coletivas juntadas aos autos. 3. Nesse contexto, não há como invalidar o plano, ante o que dispõe o inciso XXVI do art. 7º da Carta Magna. Trata-se*

de hipótese típica de prevalência do negociado sobre o legislado, em flexibilização autorizada pela própria Carta Política, revelando-se, portanto, impertinente a pretensão obreira de equiparação salarial”.

Conheço, portanto, do recurso de embargos por divergência jurisprudencial.

2 - MÉRITO

2.1 - QUADRO DE CARREIRA - INEXISTÊNCIA DE CRITÉRIOS DE PROMOÇÕES POR ANTIGUIDADE E MERECIMENTO

O acórdão embargado noticia que não há no quadro de carreira da reclamada previsão de promoções por antiguidade e merecimento. A reclamada, por sua vez, argumenta que a chancela sindical no quadro de carreira em exame supre a ausência dos requisitos previstos no artigo 461 da CLT, constituindo óbice ao pedido de equiparação salarial.

A decisão embargada deve ser mantida em razão do reconhecimento da ausência de critérios de promoção por antiguidade e merecimento.

Com efeito, a ausência de critérios de antiguidade e merecimento constitui irregularidade insanável, uma vez que a lei estabelece dois critérios de promoção a serem regulados no Plano de Cargos e Salários, antiguidade e merecimento (art. 461, § 2º, da CLT). **Some-se a isso o entendimento de que não se pode reconhecer negociação coletiva balizada em descumprimento do artigo 461 da CLT.**

Nesse passo, reporto-me aos fundamentos asseverados em voto da lavra da Ministra Dora Maria da Costa, *in verbis*:

“Essa exigência se harmoniza com o constitucional princípio da igualdade, pois visa impedir práticas discriminatórias, principalmente, quando se trata, como no caso, de sociedade de economia mista, a qual também está sujeita aos princípios insculpidos no artigo 37 da Constituição de 1988, donde se

evidencia aqueles dirigidos à impessoalidade, moralidade e eficiência - este último, inclusive - que ficaram seriamente comprometidos em caso de descumprimento da igualdade entre os trabalhadores.” (Processo nº TST-RR-145/2003-087-15-00, Relatora: Ministra Dora Maria da Costa, DJ: 09/05/2008)

E é nessa diretriz que vem se firmando a jurisprudência do TST:

“EQUIPARAÇÃO SALARIAL. QUADRO DE CARREIRA. CRITÉRIOS DE MERECIMENTO E ANTIGÜIDADE. Os requisitos de validade de um quadro de carreira, nos termos do art. 461, § 2º, da CLT e da Súmula 6 desta Corte, consistem na sua homologação por autoridade competente e na existência de promoção por critérios de antigüidade e merecimento. Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento. (Processo nº TST-RR-780/2001-121-15-00.4, Órgão Julgador: 5ª Turma, Relator: Exmo. Ministro Brito Pereira, DJ: 11/04/2008)”.

“EQUIPARAÇÃO SALARIAL. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. PROMOÇÃO POR ANTIGÜIDADE. AUSÊNCIA
1. Os requisitos de validade de um quadro de carreira, nos termos do artigo 461, § 2º, da CLT, não podem ser supridos pela homologação por autoridade competente. Ainda que tenha havido homologação, se ausente um dos critérios inscritos no § 2º do artigo 461 da CLT, o Plano de Cargos e Salários não se revela apto a afastar o direito do empregado à equiparação salarial. 2. Recurso de revista a que se dá provimento para restabelecer a sentença que acolhe o pedido de equiparação salarial.” (Processo nº TST-RR-1441/2003-019-03-40.2, Órgão Julgador: 1ª Turma, Relator: Exmo. João Oreste Dalazen, DJ:30/09/20050”.

“EMBARGOS. RECURSO DE REVISTA NÃO CONHECIDO. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. VALIDAÇÃO. NEGOCIAÇÃO

COLETIVA. AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS DE PROMOÇÃO POR ANTIGÜIDADE. EQUIPARAÇÃO SALARIAL DEFERIDA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 896 DA CLT NÃO RECONHECIDA . O artigo 461, § 2º, da CLT, indicado como violado pela reclamada, dispõe que não será possível acolher pedido de equiparação salarial, quando a empresa tiver pessoal organizado em carreira, hipótese em que as promoções ocorrerão por merecimento e antigüidade. No caso, o Plano de Cargos mostrou-se inválido não atingindo o fim proposto ante a ausência de critério de promoção por antigüidade. Neste sentido, não há que se falar na excludente ao pedido de equiparação salarial, porque o fato que impossibilitaria o reconhecimento da equiparação salarial não se encontra presente. Também deve ser afastada a tese de que o deferimento da equiparação salarial teria violado o artigo 7º, XXVI, da Carta Magna, porque não foi negado o reconhecimento à negociação coletiva, que atesta, por força de decisão em Dissídio Coletivo do C. TST que o Sindicato da categoria, deu como válido o quadro de carreira da reclamada. Entendeu-se que não poderia ocorrer negociação fundada em descumprimento do disposto no artigo 461 da CLT. Concluiu-se, pois, que uma vez admitido o Plano de Cargos e Salários da empresa fundado sem o critério de promoção, estar-se-ia esvaziando o comando contido no artigo 461 da CLT que prevê o critério de merecimento e antigüidade. Embargos não conhecidos.” (Processo nº TST-RR-1441/2003-019-03-40.2, Órgão Julgador: SBDI-1/TST, Relator: Exmo. Aloysio Correa da Veiga, DJ:09/11/2007)”.

Pelo visto, ainda que se considere que a chancela sindical validaria o quadro de pessoal organizado em carreira, como decidiu este Colegiado recentemente, apesar do verbete sumular transcrito, à pretensão da reclamada opõe-se o fato de que a anuência do sindicato não dispensa a estrita observância da lei, como assinalam os r. julgados transcritos, sob pena de total esvaziamento da regra consolidada (art. 461).

Com esses fundamentos, nego provimento ao recurso de embargos.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer dos embargos por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negar-lhes provimento.

Brasília, 23 de abril de 2009.

HORÁCIO SENNA PIRES
Ministro Relator

PROCESSO Nº TST-E-RR-840/2006-104-03-00.3

A C Ó R D ã O

SDI-1

ACV/acc

RECURSO DE EMBARGOS. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. TROCA DE UNIFORME. LIMITE DE TOLERÂNCIA ESTABELECIDO. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. Deve ser remunerado como extraordinário o tempo gasto pelo empregado quando ultrapassar, no total, dez minutos da jornada de trabalho diária (art. 58, § 1º, da CLT e Súmula 366 do TST). Não se pode convalidar negociação que subtraia direitos assegurados por lei, ainda que celebrada coletivamente, sobretudo quando esta se contrapõe a norma mais benéfica, sob pena de se ampliar, por via transversa, a jornada de trabalho do empregado, não considerando como hora extraordinária o tempo em que ele fica à disposição do empregador. (precedentes: TST-E-ED-RR-138/2004-027-12-00.4, DJ - 01/08/2008, TST-E-ED-RR-467/2001-342-01-40, DJ de 27/06/2008, TST-E-RR-1.859/2005-331-04-00, DJ de 04/04/2008). Embargos conhecidos e desprovidos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº **TST-E-RR-840/2006-104-03-00.3**, em que é Embargante **SADIA S.A.** e Embargado **OZIEL ADRIANO BORGES**.

A c. Terceira Turma, mediante o v. acórdão de fls. 365/370, da lavra da Exma. Sra. Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, não conheceu do recurso de revista da reclamada quanto ao tema "horas extras - minutos residuais", por estar a decisão do Eg. TRT em consonância com a Súmula nº366/TST.

Inconformada, a reclamada opõe recurso de embargos, às fls. 372/379. Alega violação dos artigos 7º, XXVI e 8º, da Constituição Federal por desconsiderar disposição de convenção coletiva de trabalho e colaciona aresto para confronto de teses.

Não foi apresentada impugnação, conforme certidão de fl. 399.

Sem remessa dos autos à douta Procuradoria-Geral do Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83 do RITST.

É o relatório.

V O T O

HORAS EXTRAORDINÁRIAS. TROCA DE UNIFORME. MINUTOS RESIDUAIS.

CONHECIMENTO

A c. Turma não conheceu do recurso de revista da reclamada quanto ao tema "horas extras - minutos residuais", por estar a decisão do Eg. TRT em consonância com a Súmula nº366/TST. Consignou assim seu entendimento:

“(…)

No tocante aos ‘minutos residuais’, verifico que a revista não alcança trânsito pela indicada violação do art. 4º da CLT, uma vez que a decisão regional guarda perfeita sintonia com entendimento contido na Súmula 366/TST, que consagra a tolerância da variação de até cinco minutos por registro, na entrada e na saída, observado o limite máximo de dez minutos diários, verbis:

‘...’

Ademais, ressalto que a edição da Súmula 366/TST decorreu da conversão em verbete sumular das Orientações Jurisprudenciais 23 e 326 da SDI-1, sendo que a redação desta última traduzia expressamente o entendimento, uníssono nesta Corte, no sentido de que o tempo gasto pelo empregado com troca de uniforme, lanche e

higiene pessoal, dentro das dependências da empresa, após o registro de entrada e antes do registro de saída, é considerado tempo à disposição do empregador, equiparado, a teor do art. 4º consolidado, ao tempo de serviço efetivo, para fins de duração da jornada.

Por outro lado, após a vigência da Lei 10.243/2001, prevalece o critério estabelecido no art. 58, § 1º, da CLT, não obstante a existência de norma coletiva prevendo tolerância maior que aquela ali estabelecida para apuração das horas extras.

Nessa linha, menciono os seguintes precedentes da SDI-1 do TST:

‘...’

Assim, estando o acórdão regional em consonância com a jurisprudência pacífica e reiterada desta Corte, emergem como óbices ao prosseguimento da revista o art. 896, § 4º, da CLT e a Súmula 333/TST. Dessa forma, não há falar em divergência jurisprudencial, tampouco em violação dos arts. 7º, XXIX, e 8º da Constituição da República.

Não conheço do recurso.” (fls. 368/370)

Nas razões de embargos, a reclamada opõe recurso de embargos. Sustenta que não se trata de tolerância de minutos residuais no registro de ponto, na forma como disposto no artigo 58, § 1º, da CLT, mas de transação expressa de poucos minutos em que os empregados não estão prestando serviços, mas optam por realizar a sua troca de uniformes no estabelecimento da empresa ou estão em momentos de lazer pessoal. Pugna pela validade do acordo coletivo. Alega violação dos artigos 7º, XXVI e 8º, da Constituição Federal por desconsiderar disposição de convenção coletiva de trabalho e colaciona aresto para confronto de teses.

Nos termos do artigo 894, II, da CLT, não há como se apreciar a violação de dispositivos constitucionais apontadas. A análise dos embargos restringir-se-á apenas à configuração de dissenso jurisprudencial.

A reclamada logra demonstrar divergência válida e específica, por meio do aresto de fls. 377/378, oriundo da Sétima Turma, juntado na íntegra (fls. 381/396), que registra tese

no sentido de que, mesmo após a vigência da Lei 10.243/01, é válida flexibilização da jornada pela via da negociação coletiva, nos termos do artigo 7º, XIII, da Constituição Federal.

Conheço, por força do artigo 894, inciso II, da CLT.

MÉRITO

O entendimento predominante nesta Corte, desde a época da edição da Orientação Jurisprudencial 326 da SBDI-1, é no sentido de que o tempo gasto pelo empregado com a troca de uniforme, dentro das dependências da empresa, deve ser considerado como tempo à disposição do empregador e remunerado como hora extraordinária, mas apenas o período que ultrapassar a dez minutos da jornada de trabalho diária.

A Orientação Jurisprudencial nº 326 foi convertida na Súmula 366, que passou a tratar de forma específica a desconsideração das variações de horário do registro de ponto, de modo que o tempo que excedesse o limite máximo de dez minutos diários fosse computado na jornada normal.

Evidente, pois, que a inteligência contida na OJ nº 326 foi mantida, de modo que não se pode considerar como de efetivo serviço apenas o tempo até o limite de cinco minutos que o empregado consome no início da jornada para vestir o uniforme, como também os cinco minutos gastos no final do expediente ao se preparar para voltar para casa.

Assim, a jurisprudência deste Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciada na referida Súmula nº 366, é no sentido de que *"não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário do registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários. Se ultrapassado esse limite, será considerada como extra a totalidade do tempo que exceder a jornada normal. (ex-OJs nº 23 - Inserida em 03.06.1996 e nº 326 - DJ 09.12.2003)"*.

Isto porque o empregado necessitaria de um tempo razoável não só para a troca de uniforme como também para a

execução da obrigação prevista no artigo 74, § 2º, da CLT, anotando a hora de entrada e de saída em registro manual, mecânico ou eletrônico.

O fato de a norma coletiva prever um limite de tolerância maior não altera esse raciocínio.

Isto porque a Constituição Federal, ao mesmo tempo em que garante a eficácia das convenções e acordos coletivos de trabalho, inclusive permitindo a compensação e redução da jornada de trabalho, assegura condições mínimas de trabalho, sendo que a flexibilização atribuída à norma coletiva, conforme delimitado no v. acórdão, serviu para ampliar, por via transversa, a jornada de trabalho do empregado, não considerando como hora extraordinária o tempo em que ele fica à disposição do empregador.

De tal forma, não se constata a alegada afronta ao artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal, pois não se pode dar prevalência à negociação que subtraia direitos assegurados por lei, ainda que celebrada coletivamente, sobretudo quando esta se contrapõe à norma mais benéfica (artigo 58, § 1º, da CLT).

Nesse contexto, deve, então, ser mantida a decisão da C. Turma, porque em consonância com o entendimento consubstanciado na Súmula nº 366 deste C. Tribunal Superior do Trabalho.

Assim, não observado o limite máximo de dez minutos diários, estabelecido no artigo 58, § 1º, da CLT, assim como na Súmula nº 366 do TST, deve ser considerada como extraordinária a totalidade do tempo que exceder a jornada normal.

A c. SDI-1, nesse mesmo sentido, já se pronunciou, como se pode observar dos seguintes precedentes:

“EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. DECISÃO EMBARGADA PUBLICADA DEPOIS DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007. HORAS EXTRAS. TROCA DE UNIFORMES. NORMA COLETIVA POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 10.243/2001. Esta Corte Superior, em reiterados julgamentos, tem decidido que a partir da publicação da Lei 10.243/2001, devem ser

observados os ditames do artigo 58, § 1º, da CLT em detrimento de norma coletiva disciplinando em sentido contrário ao aludido dispositivo de forma menos benéfica ao trabalhador e Embargos não conhecidos. (TST-E-ED-RR-138/2004-027-12-00.4 , SBDI-1, Relator Ministro Horácio Senna Pires, DJ - 01/08/2008)

“RECURSO DE EMBARGOS DO RECLAMANTE. MINUTOS QUE ANTECEDEM E QUE SUCEDEM A JORNADA DE TRABALHO. INSTRUMENTO NORMATIVO QUE PREVIA A DESCONSIDERAÇÃO DE TRINTA MINUTOS. SÚMULA N.º 366 DO TST. PROVIMENTO. 1. A questão relativa à percepção das horas extras decorrentes da contagem minuto a minuto resultou de uma construção jurisprudencial surgida a partir da interpretação do art. 4.º da CLT que, nos moldes da Súmula n.º 366 do TST, prevê que serão desconsideradas como jornada extraordinária as variações de horário do registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários. 2. Há de se observar, ainda, que, mesmo antes da edição da Lei n.º 10.243/2001, que introduziu o § 1.º ao art. 58 da CLT, as horas extras decorrentes do tempo destinado ao registro de ponto devem observar os termos do anteriormente mencionado precedente jurisprudencial. 3. Ressalte-se, por fim, que não há de se cogitar de violação do art. 7.º, XXVI, da Constituição Federal, pois, embora o referido dispositivo arrole, entre os direitos do trabalhador, a necessidade de reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, por certo tal direito não se volta contra o próprio trabalhador, no que se refere à verificação acerca do tempo em que se considera que esteve à disposição do empregador, tendo em vista, primeiramente, a avaliação perpetrada pela jurisprudência com base na análise dos termos do art. 4.º da CLT, e posteriormente os expressos termos legais adotados pela Lei n.º 10243/2001. Recurso de Embargos conhecido em parte e provido.” (TST-E-ED-RR-467/2001-342-01-40 , SBDI-1, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, DJ - 27/06/2008)

“RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.469/2007, QUE DEU NOVA REDAÇÃO

AO ART. 894 DA CLT. HORAS EXTRAS. CONTAGEM MINUTO A MINUTO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA VIGÊNCIA - § 1º AO ARTIGO 58 DA CLT INCLUÍDO PELA LEI Nº 10.243/2001. A jurisprudência desta Corte, tem-se posicionado no sentido de que a partir da vigência da Lei nº 10.243/2001, deve ser observado o critério estabelecido no § 1º do art. 58 da CLT, independentemente da existência de norma coletiva prevendo a tolerância de 15 (quinze) minutos antes ou depois da jornada, para apuração das horas extras. Recurso de Embargos conhecido e não provido.” (TST-E-RR-1859/2005-331-04-00, SBDI-1, Relator Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, DJ de 04/04/2008)

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso de embargos.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer dos embargos por divergência jurisprudencial e, no mérito, negar-lhes provimento.

Brasília, 02 de abril de 2009.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA

Ministro Relator

PROCESSO Nº TST-E-RR-2610/2004-003-12-00.3

A C Ó R D ã O

(Ac. SDI-1)

GMLBC/vv/jr

**RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A
ÉGIDE DA LEI N.º 11.416/2007. HORAS
EXTRAS. MINUTOS RESIDUAIS.
NEGOCIAÇÃO COLETIVA. LIMITES. LEI
N.º 10.243/2001.** Correto o
entendimento adotado pela colenda
Turma no sentido de considerar
inválida cláusula de acordo coletivo
estipulando tempo superior ao limite
máximo estabelecido no artigo 58, §
1º, da Consolidação das Leis do
Trabalho para a desconsideração dos
minutos destinados à marcação do
ponto. Com efeito, com a edição da
Lei n.º 10.243, de 19/6/2001, que
alterou o referido artigo 58 da CLT,
erigiu-se regra no sentido de serem
desconsideradas no cômputo das horas
extras as variações de horário no
registro de ponto, observado o
limite máximo de dez minutos diários
na jornada normal. Nesse contexto,
em face da superveniência de
dispositivo legal regulando a
matéria, o campo deixou de ser
próprio para a negociação coletiva,
não se admitindo que acordos e
convenções coletivos de trabalho
venham elastecer o limite máximo
fixado na lei, em desrespeito às
condições mínimas essenciais à
preservação da dignidade, saúde e
segurança do trabalhador. Recurso de
embargos conhecido e não provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos dos
Embargos em Recurso de Revista n.º **TST-E-RR-2610/2004-003-12-00.3**, em
que é Embargante **AGROAVÍCOLA VÊNETO LTDA.** e Embargada **ANA MARIA
MATEUS.**

A egrégia Segunda Turma desta Corte superior, por
meio do acórdão prolatado às fls. 517/529, conheceu do recurso de
revista interposto pela reclamada quanto ao tema "horas extras -
troca de uniforme - minutos que antecedem e sucedem a jornada de

trabalho - previsão em norma coletiva - período posterior ao advento da Lei n.º 10.243/2001", por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negou-lhe provimento.

Inconformada, interpõe a reclamada o presente recurso de embargos à SBDI-I, mediante razões aduzidas às fls. 531/568. Esgrime com afronta ao artigo 7º, XXVI, da Constituição da República, além de transcrever arestos para confronto de teses.

Ao recurso não foi apresentada impugnação, consoante se extrai da certidão lavrada à fl. 570.

Dispensada a remessa dos autos à douta Procuradoria-Geral do Trabalho, à míngua de interesse público a tutelar.

É o relatório.

V O T O

I - CONHECIMENTO

1 - PRESSUPOSTOS GENÉRICOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL.

O apelo é tempestivo (acórdão publicado em 24/4/2008, sexta-feira, conforme certidão lavrada à fl. 530, e razões recursais protocolizadas em 30/4/2008, à fl. 531). O subscritor do recurso encontra-se devidamente habilitado, consoante procuração acostada à fl. 343. Custas processuais recolhidas pela reclamada (fl. 499) e depósito recursal efetuado no valor da condenação (fl. 498).

2 - PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL.

HORAS EXTRAS. TROCA DE UNIFORME. MINUTOS QUE ANTEDECEM E SUCEDEM A JORNADA DE TRABALHO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. PERÍODO POSTERIOR AO ADVENTO DA LEI N.º 10.243/2001.

A egrégia Segunda Turma desta Corte superior conheceu do recurso de revista interposto pela reclamada quanto ao tema em epígrafe, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negou-lhe provimento. Valeu-se, para tanto, dos seguintes fundamentos, aduzidos às fls. 521/525:

O sistema de proteção e prevalência da autonomia privada coletiva encontra limites nos princípios e normas que compõem o ordenamento jurídico como um todo. Desta forma, na medida em que se privilegia a

negociação coletiva, a flexibilização das normas encontra limites no sistema jurídico, garantindo-se direitos e benefícios básicos ao trabalhador. Dentre eles, limita-se a atuação dos sindicatos no tocante a cláusulas abusivas e que dispõem a respeito de renúncia de direitos. A elasticidade da norma é autorizada, desde que não tenha como consequência a desregulamentação ou negativa do direito instituído por norma legal. O direito decorrente de construção jurisprudencial, por sua vez, pode ser passível de flexibilização.

No caso, o Tribunal Regional de origem não reconheceu a validade dos instrumentos normativos com vigência a partir de 14/2/2002, que desconsideravam os minutos utilizados para a troca de uniforme, antes ou após a jornada, até o limite de 13 minutos. Portanto, considerando a situação fática consignada pelo Regional, no período anterior à Lei 10.243/2001, a matéria vinha sendo objeto de construção jurisprudencial, pois não havia previsão legal expressa a respeito do limite de tolerância possível, para fins de cômputo de horas extras. Contudo, a partir da vigência da Lei 10.243, de 19/6/2001, com a introdução do § 1º do artigo 58 da CLT, o direito pleiteado pela Autora passou a ser assegurado por lei, que estipulou o limite de cinco minutos que antecedem e cinco que sucedem a jornada de trabalho, ou seja, 10 minutos a cada jornada diária.

Nesse contexto, juridicamente, é inválida cláusula de norma autônoma coletiva relativa à ampliação da tolerância no registro de ponto superior ao limite de dez minutos a cada jornada diária, tendo em vista que, a partir do advento da Lei 10.243/2001, que acrescentou o art. 58, § 1º, da CLT, essa limitação passou a constituir patamar civilizatório mínimo assegurado em norma heterônoma. Assim, tendo em vista o princípio da adequação setorial negociada, os acordos ou convenções coletivas não podem renunciar direitos trabalhistas indisponíveis, conforme a doutrina do eminente Juiz Maurício Godinho Delgado, *verbis*:

“Pelo princípio da adequação setorial negociada as normas juscoletivas construídas para incidirem sobre uma certa comunidade econômico-profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justrabalista desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados. São dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justrabalhistas de

indissolubilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta). (...)

Também não prevalece a adequação setorial negociada se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta (e não indisponibilidade relativa), os quais não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva. Tais parcelas são aquelas imantadas por uma tutela de interesse público, por se constituírem de um patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontar a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho (arts. 1º, III e 170, *caput*, CF/88)” (Curso de Direito do Trabalho, Maurício Godinho Delgado. 3ª ed., São Paulo, LTr, 2004, págs. 850/851).

A jurisprudência do TST também vem acompanhando o entendimento de que, após o advento da Lei 10.243/01, a negociação coletiva que estabelece para troca de uniformes minutos residuais superiores a 10 minutos, a cada jornada, atenta contra o princípio insculpido no art. 9º da CLT, desconsidera o tempo legalmente considerado de serviço (art. 4º da CLT) e viola o art. 58, § 1º, da CLT, conforme se constata dos seguintes precedentes:

“RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. 1. HORAS EXTRAS. TROCA DE UNIFORME. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. LIMITES. EFEITO DA LEI N.º 10.243/01. ART. 58, § 1º, da CLT. 1. Até a edição da Lei n.º 10.243/2001, admitia-se, à falta de regra heterônoma que disciplinasse o tema, o elastecimento dos cinco minutos residuais pretéritos ou posteriores à jornada, via negociação coletiva, com sua desconsideração, no cômputo de horas extras. O vazio normativo foi preenchido pelo diploma legal, que acresceu o § 1º ao art. 58 da CLT, definindo, de forma imperativa e expressa, que os minutos residuais não podem ultrapassar o máximo de dez minutos diários. 2. A natureza jurídica das normas que regulam a duração do trabalho não decorre de mero capricho legislativo, mas guarda pertinência com o legítimo resguardo da dignidade do trabalhador (Constituição Federal, art. 1º, incisos III e IV; art. 4º, inciso II). São normas imperativas e de ordem pública. 3. A mesma Constituição que consagra acordos e convenções coletivas de trabalho, fixa direitos para a classe trabalhadora, que não subsistem sem a reserva de garantias mínimas, infensas à redução ou supressão por particulares e categorias (CLT, art. 9º). 4. O § 1º do art. 58 da CLT corresponde ao patamar civilizatório mínimo que rejeita a adequação negocial setorializada (Maurício Godinho Delgado). A instituição, em Lei, de um padrão máximo de tolerância para os minutos residuais impede que, em negociação coletiva, as partes

avancem em campo que o Poder Legislativo tomou a si. Não pode prevalecer cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho que reserve minutos residuais superiores a dez, a cada jornada. Recurso de revista não conhecido” (TST-RR-629607/2000.5, 3ª T., Min. Alberto Bresciani, DJ de 28/9/2007).

“RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. TEMPO GASTO COM TROCA DE UNIFORME. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. A previsão, em acordo coletivo, da tolerância de vinte minutos diários para troca de uniforme é válida apenas para o período anterior à edição da Lei n.º 10.243, de 19/6/2001. Referida lei alterou o disposto no artigo 58 da Consolidação das Leis do Trabalho, erigindo regra no sentido de se desconsiderar no cômputo das horas extras as variações de horário no registro de ponto, observado o limite máximo de dez minutos diários na jornada normal. Nesse contexto, deve-se considerar que, enquanto não havia dispositivo legal regulando a matéria, o campo era próprio para que os acordos e as convenções coletivas pudessem dispor a respeito observadas, por óbvio, as condições mínimas essenciais à preservação da dignidade, saúde e segurança do trabalhador. Inviável, contudo, a partir da edição do referido diploma legal, reconhecer validade a disposição menos benéfica para o empregado, ainda que consagrada em norma coletiva. Recurso de revista não conhecido” (TST-RR-355/2004-662-04-00.4, 1ª T., Min. Lelio Bentes, DJ de 09/11/2007).

“RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA HORAS EXTRAS. TROCA DE UNIFORME. MINUTOS RESIDUAIS. LAPSO TEMPORAL PRÉ-FIXADO. ACORDO COLETIVO. PERÍODO DE VIGÊNCIA ANTERIOR À LEI 10.243/01. VALIDADE. Em se tratando de contrato de trabalho anterior à vigência da Lei n.º 10.243, de 19.6.2001, viola o art. 7º, XXVI, da Constituição da República a inobservância do estatuído em norma coletiva, fruto de autocomposição, quanto aos minutos residuais, no caso, a sua desconsideração até dez minutos por registro para efeito de apuração das horas extras. Revista conhecida e provida no particular” (RR - 794769/2001.0, 6ª T., Min. Rosa Maria Weber, DJ de 13/04/2007).

No tocante à jurisprudência do TST, cumpre registrar, ainda, que a controvérsia a respeito do tempo destinado à troca de uniforme encontrava-se melhor explicitada no texto da Orientação Jurisprudencial 326 da SBDI-1, que, em maio de 2005, foi cancelada e incorporada à Súmula 366 do TST, que consagrou redação mais genérica. Naquela orientação se afirmava que o tempo gasto pelo empregado com troca de uniforme, dentro das dependências da empresa, após o registro de entrada e antes do registro de saída, considera-se tempo à disposição do

empregador, sendo remunerado como extra o período que ultrapassar, no total, a dez minutos da jornada de trabalho diária. Tal diretriz foi introduzida no mundo jurídico, que, mediante o art. 58, § 1º, da CLT, limitou a dez minutos diários o tempo a ser desconsiderado para o registro de ponto de forma geral, o que inclui a troca de uniforme.

Ante o exposto, o acórdão regional, ao considerar inválido instrumento normativo com vigência em período posterior ao advento da Lei 10.243, de 19/6/2001, não ofende o art. 7º, XXVI, da Constituição Federal.

Nego provimento.

Sustenta a reclamada, nas suas razões recursais, que se deve reconhecer validade à expressa disposição de cláusula convencional, com vigência a partir de 14/2/2002, aplicável à categoria, assecuratória de período de tolerância até o limite de treze minutos utilizados para a troca de uniforme, antes e após a jornada de trabalho, para a marcação do cartão de ponto. Pugna, assim, pela reforma do julgado, alegando que a decisão proferida pela Turma afronta o artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição da República, além de contrariar arestos transcritos para confronto de teses.

Cumpra salientar, inicialmente, que, tendo sido o presente recurso de embargos interposto na vigência da Lei n.º 11.496/2007, o seu cabimento fica adstrito à configuração de divergência entre decisões proferidas por Turmas desta Corte superior, ou destas com julgados da Seção de Dissídios Individuais, salvo se a decisão recorrida estiver em consonância com orientação jurisprudencial ou súmula do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal.

Despiciendo, dessa forma, o exame do recurso no que tange à apontada violação do artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição da República.

Quanto ao conflito de julgados, observa-se que o aresto colacionado às fls. 536/537, proveniente da Sétima Turma desta colenda Corte superior, permite o conhecimento do recurso por trazer tese contrária à decisão embargada. O modelo alude à prevalência da norma coletiva em casos que tais, mesmo quando pactuada sob a égide

da Lei n.º 10.243/2001. Diante da especificidade desse aresto, **conheço** dos embargos, por divergência jurisprudencial.

II - MÉRITO

Discute-se, nos autos, a validade de instrumento coletivo, firmado sob a égide da Lei n.º 10.243/2001, mediante o qual se ajustou a tolerância, até o limite de treze minutos utilizados na troca de uniformes, para a marcação do ponto, no início e término da jornada de trabalho.

O artigo 58 da Consolidação das Leis do Trabalho, alterado pela Lei n.º 10.243/2001, estabelece o limite máximo de dez minutos diários na jornada normal para a desconsideração, no cômputo das horas extras, das variações de horário no registro de ponto.

Enquanto não havia norma legal regulando a matéria, abriu-se espaço para que os acordos e as convenções coletivas pudessem dispor a respeito dos minutos residuais. Após o advento da referida lei, vem se orientando a jurisprudência desta Corte uniformizadora no sentido de reputar inválida cláusula de acordo ou de convenção coletiva de trabalho que disponha sobre o elastecimento do tempo necessário ao registro de horário, acima dos limites legais. Como se sabe, a flexibilização das normas trabalhistas encontra limite nos direitos mínimos constitucional e legalmente assegurados, a fim de possibilitar a realização do trabalho com a preservação das condições essenciais à dignidade, saúde e segurança do trabalhador.

Nesse sentido tem decidido esta Corte superior, conforme exemplificam os seguintes precedentes:

RECURSO DE EMBARGOS. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. MINUTOS QUE ANTECEDEM E SUCEDEM A JORNADA DE TRABALHO. LIMITE DE TOLERÂNCIA ESTABELECIDO. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. ARTIGO 58, § 1º, DA CLT. Deve ser remunerado como extraordinário o tempo gasto pelo empregado quando ultrapassar, no total, dez minutos da jornada de trabalho diária (art. 58, § 1º, da CLT e Súmula 366 do TST). Não se pode convalidar negociação que subtraia direitos assegurados por lei, ainda que celebrada coletivamente, sobretudo quando esta se contrapõe a norma mais benéfica, sob pena de se ampliar, por via transversa, a jornada de trabalho do

empregado, não considerando como hora extraordinária o tempo em que ele fica à disposição do empregador. (precedentes: TST-E-ED-RR-138/2004-027-12-00.4, DJ - 01/08/2008, TST-E-ED-RR-467/2001-342-01-40, DJ de 27/06/2008, TST-E-RR-1.859/2005-331-04-00, DJ de 04/04/2008). Embargos conhecidos e desprovidos. (E-ED-RR-4198/2003-003-12-00.5, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, DJU de 12/9/2008)

EMBARGOS REGIDOS PELA LEI N.º 11.496/2007 QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 894 DA CLT. TROCA DE UNIFORME. EFICÁCIA DE CLÁUSULA PREVISTA EM CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. MINUTOS RESIDUAIS. Após a vigência da Lei n.º 10.243/2001, prevalece o critério estabelecido no art. 58, § 1º, da CLT, não obstante a existência de norma coletiva prevendo tolerância maior que aquela ali estabelecida para apuração das horas extras. Embargos conhecidos e desprovidos. (E-RR-1.981/2005-003-12-00.9, Relator Ministro Vantuil Abdala, DJU de 5/9/2008)

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI N.º 11.496/2007, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 894 DA CLT. HORAS EXTRAS. CONTAGEM MINUTO A MINUTO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA VIGÊNCIA - § 1º DO ARTIGO 58 DA CLT INCLUÍDO PELA LEI N.º 10.243/2001. Arestos inespecíficos. Súmula n.º 296, I do TST. Recurso de Embargos não conhecido. (E-ED-RR-257/2004-027-12-00.7, Relator Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, DJU de 1º/8/2008)

RECURSO DE EMBARGOS DO RECLAMANTE. MINUTOS QUE ANTECEDEM E QUE SUCEDEM A JORNADA DE TRABALHO. INSTRUMENTO NORMATIVO QUE PREVIA A DESCONSIDERAÇÃO DE TRINTA MINUTOS. SÚMULA N.º 366 DO TST. PROVIMENTO. 1. A questão relativa à percepção das horas extras decorrentes da contagem minuto a minuto resultou de uma construção jurisprudencial surgida a partir da interpretação do art. 4.º da CLT que, nos moldes da Súmula n.º 366 do TST, prevê que serão desconsideradas como jornada extraordinária as variações de horário do registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários. 2. Há de se observar, ainda, que, mesmo antes da edição da Lei n.º 10.243/2001, que introduziu o § 1.º ao art. 58 da CLT, as horas

extras decorrentes do tempo destinado ao registro de ponto devem observar os termos do anteriormente mencionado precedente jurisprudencial. 3. Ressalte-se, por fim, que não há de se cogitar violação do art. 7.º, XXVI, da Constituição Federal, pois, embora o referido dispositivo arrole, entre os direitos do trabalhador, a necessidade de reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, por certo tal direito não se volta contra o próprio trabalhador, no que se refere à verificação acerca do tempo em que se considera que esteve à disposição do empregador, tendo em vista, primeiramente, a avaliação perpetrada pela jurisprudência com base na análise dos termos do art. 4.º da CLT, e posteriormente os expressos termos legais adotados pela Lei n.º 10243/2001. Recurso de Embargos conhecido em parte e provido. (E-ED-RR-467/2001-342-01-40.4, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, DJU de 27/6/2008)

EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. DECISÃO EMBARGADA PUBLICADA DEPOIS DA VIGÊNCIA DA LEI N.º 11.496/2007. HORAS EXTRAS. TROCA DE UNIFORMES. NORMA COLETIVA POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 10.243/2001. Esta Corte Superior, em reiterados julgamentos, tem decidido que a partir da publicação da Lei 10.243/2001, devem ser observados os ditames do artigo 58, § 1º, da CLT em detrimento de norma coletiva disciplinando em sentido contrário ao aludido dispositivo de forma menos benéfica ao trabalhador e Embargos não conhecidos. (E-ED-RR-138/2004-027-12-00.4, Relator Ministro Horácio Senna Pires, DJU de 1º/8/2008)

Por esses fundamentos, **nego provimento** ao recurso de embargos, mantendo, assim, a decisão proferida pela Turma.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de embargos por divergência jurisprudencial e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 02 de abril de 2009.

LELIO BENTES CORRÊA
Ministro Relator

PROC. Nº TST-E-RR-55/2005-281-04-00.1

A C Ó R D Ã O

SBDI-1

BP/ce

HORAS EXTRAS. CONTAGEM MINUTO A MINUTO. PACTUAÇÃO COLETIVA. LEI 10.243/2001 - ART. 58, § 1º, DA CLT. A cláusula coletiva que não reconhece direito que veio a ser assegurado por lei - art. 58, § 1º, da CLT, com a redação dada pela Lei 10.243/2001 - é letra morta; ultrapassada. Instrumento superior de criação de direitos, a lei é soberana e até que seja declarada inconstitucional prevalece. Recurso de Embargos de que não se conhece.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº **TST-E-RR-55/2005-281-04-00.1**, em que é Embargante **BRASILIT INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.** e Embargado **VANDERLEI CARDOSO.**

A Quarta Turma deste Tribunal, por meio do acórdão de fls. 592/599, deu provimento parcial ao Recurso de Revista interposto pela reclamada para, quanto ao pagamento das horas extras pretendidas, em relação aos minutos que antecedem e sucedem a marcação do ponto, determinar a observância dos instrumentos coletivos antes do advento da Lei 10.243/2001.

Irresignada, a reclamada interpõe Recurso de Embargos, a fls. 608/611. Pretende seja considerada a observância da cláusula coletiva também após a edição da Lei 10.243/2001, em razão da garantia constitucional. Articula com violação ao art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República.

Não foi oferecida impugnação (fls. 613).

O Recurso não foi submetido a parecer do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

Satisfeitos os pressupostos genéricos de admissibilidade.

1. CONHECIMENTO

1.1. HORAS EXTRAS. CONTAGEM MINUTO A MINUTO. PACTUAÇÃO COLETIVA. LEI 10.243/2001. ART. 58, § 1º, DA CLT

A Turma deu provimento parcial ao Recurso de Revista interposto pelo reclamado para, quanto ao pagamento, como extras, dos minutos que antecedem e sucedem a marcação do ponto, determinar a observância dos instrumentos coletivos antes do advento da Lei 10.243/2001, sob os seguintes fundamentos:

“HORAS EXTRAS. CONTAGEM MINUTO A MINUTO. PACTUAÇÃO COLETIVA

O Colegiado de origem consignou:

‘O MM. Juiz *a quo* deferiu o pagamento de horas extras excedentes da 44ª semanal, devendo ser desconsideradas na forma do artigo 58, parágrafo 1º, da CLT, as anotações de até cinco minutos antes e depois da jornada, no limite máximo de dez minutos diários, e abatidos os valores pagos sob o mesmo título.

O contrato se desenvolveu de 06.8.1996 até 01.9.2004.

A cláusula 24ª do acordos coletivos de 2000/2001 e 2001/2002 (fls. 219 e 210, respectivamente) permitem desconsiderar até (09) nove minutos antes do horário previsto para o início da jornada de trabalho e até 09 (nove) minutos do horário previsto para o seu término. No entanto, tais cláusulas normativas são ineficazes.

A partir da publicação da Lei nº 10.243/01, que inseriu o parágrafo primeiro no artigo 59 da CLT, dispondo que: Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário no registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários, prevalece a previsão legal sobre o ajuste coletivo. Com efeito, as regras de hermenêutica determinam a prevalência das fontes de direito heterônomas (lei) sobre as autônomas (norma coletiva), somente havendo cogitar da subversão de tal hierarquia quando estas são mais benéficas do que aquelas.

.....
No lapso anterior à vigência da norma transcrita, indubitavelmente, já não se admitia como eficaz a provisão normativa de desconsideração de lapsos superiores a cinco minutos em cada registro, quando não excedidos, exatamente nos termos do entendimento consubstanciado na Súmula nº 23 deste Egrégio TRT: HORAS EXTRAS. REGISTRO. CONTAGEM MINUTO A MINUTO. REVISÃO DA SÚMULA Nº 19. No período anterior à vigência da Lei nº 10.243, de 19.6.2001, o tempo despendido pelo empregado a cada registro no cartão-ponto, quando não exceder de 5 (cinco) minutos, não é considerado para a apuração de horas extras. No caso de excesso desses limites, as horas extras são contadas minuto a minuto. Esta orientação jurisprudencial é mais favorável à recorrente do quanto determinado em sentença (retroeficácia da lei), razão pela qual, há que se adotá-la.

Portanto, dá-se provimento parcial ao apelo, para determinar que, na apuração das jornadas, no lapso anterior à vigência da Lei nº 10.243/01, seja adotado o critério estabelecido na Súmula nº 23 deste Tribunal. (Fls. 564/565)´.

A recorrente pretende sejam observados os limites de tolerância destinados à marcação do ponto estabelecidos em norma coletiva. Aponta ofensa ao art. 7º, incisos VI, XIV e XXVI, da Carta Magna e divergência jurisprudencial, trazendo arestos para confronto.

É sabido que a matéria relativa às variações de horário no registro da marcação do ponto foi acrescida ao art. 58 da CLT pela Lei nº 10.243/2001, ficando expressamente previsto em seu § 1º que não serão descontadas nem computadas como jornada

extraordinária as variações de horário no registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários.

Embora o princípio do conglobamento, adotado na interpretação dos acordos e convenções coletivos, permita a redução de determinados direitos mediante a concessão de outras vantagens similares, de modo que no seu conjunto o ajuste se mostre razoavelmente equilibrado, não é admissível a utilização de instrumentos normativos para a preterição pura e simples de direito legalmente previsto.

Com efeito, o inciso XIII do art. 7º da Constituição, ao prever a possibilidade de redução da jornada laboral, por meio de acordo ou convenção coletiva, não autoriza a ilação de que os protagonistas das relações coletivas de trabalho possam ajustar a supressão integral de direito assegurado em lei.

Conquanto se deva prestigiar os acordos e convenções coletivas, por injunção do art. 7º, XXVI, da Constituição, em que se consagrou o princípio da autonomia privada da vontade coletiva, impõe-se sua submissão ao princípio da reserva legal. Do contrário, a manutenção de cláusulas dessa natureza implicaria conferir-lhes o status de lei em sentido estrito, em condições de lhes atribuir inusitado efeito derogatório de preceito legal.

Conclui-se, desse modo, que a declaração de ineficácia da cláusula, após a edição da Lei nº 10.243/2001, a qual acresceu o § 1º ao art. 58 da CLT, não vulnera o artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal, em virtude de ela achar-se, última instância, em consonância com o inciso II do artigo 5º e inciso I do artigo 22, ambos da Constituição da República.

No particular, acresça-se ainda a constatação de que, mesmo ignorando a precedência da lei em sentido estrito no cotejo com o instrumento normativo, tendo em conta o princípio da hierarquia formal das leis, consagrado no artigo 59 da Constituição, o conflito entre a disposição legal e a disposição convencional há de ser dirimida em prol daquela, por ser mais favorável ao empregado, segundo regra de hermenêutica própria do Direito do Trabalho.

Por essa mesma razão que, com referência ao período anterior ao advento da legislação supracitada, deve prevalecer a previsão normativa diante da ausência da flexibilização legal.

Assim, conheço do recurso, por violação ao art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, e dou-lhe parcial provimento para determinar a observância dos instrumentos coletivos no período anterior à edição da Lei nº 10.243/2001 (fls. 595/597).

A reclamada, por meio de Recurso de Embargos, pretende seja considerada a cláusula coletiva também após o advento da Lei 10.243/2001, em razão da garantia constitucional. Articula com a violação ao art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República.

Com efeito, ainda que sejam reconhecidos os Acordos e Convenções Coletivas de Trabalho, no âmbito das categorias, não podem as condições de trabalho estabelecidas por meio deles contrariarem a lei, salvo se em proveito do empregado; jamais em seu prejuízo.

A cláusula coletiva que não reconhece direito que veio a ser assegurado por lei - art. 58, § 1º, da CLT, com a redação dada pela Lei 10.243/2001 - é letra morta; ultrapassada. Instrumento superior de criação de direitos, a lei é soberana e até que seja declarada inconstitucional.

Não há violação ao art. 7º da Constituição, na hipótese.

NÃO CONHEÇO do Recurso de Embargos.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do Recurso de Embargos.

Brasília, 4 de dezembro de 2008.

JOÃO BATISTA BRITO PEREIRA
Ministro Relator

PROC. Nº TST-E-RR-1004/2005-017-12-00.4
A C Ó R D Ã O
SBDI-1
GMHSP/APF/smf

EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO EMBARGADO PUBLICADO EM DATA ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007. HORAS IN ITINERE. NORMA COLETIVA QUE PREVÊ A SUPRESSÃO DO DIREITO. INVALIDADE. PRINCÍPIO DA VALORIZAÇÃO SOCIAL DO TRABALHO. O pacto coletivo, também garantido pela Lei Maior, não empresta validade, por si só, à supressão ou diminuição de direitos trabalhistas indisponíveis. A flexibilização das condições de trabalho, em princípio possível em matéria de jornada de trabalho, não pode se sobrepor ao princípio da valorização social do trabalho (artigo 1º, IV, da CF). Nesse contexto, inviável o reconhecimento de norma coletiva que retira direitos mínimos do empregado. Acrescente-se, por fim, que o artigo 58 da CLT foi alterado pela Lei Complementar 123/2006, sendo acrescentado o parágrafo 3º, que passou a admitir a flexibilização de horas *in itinere* para empresas de pequeno porte e microempresas, e em situações fixadas na própria Lei, mas não autorizou a supressão do direito definido no parágrafo anterior. Recurso de embargos conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº **TST-E-RR-1004/2005-017-12-00.4**, em que é Embargante **PEDRO MACIEL** e Embargados **MASISA MADEIRAS LTDA. e CERLI DE LIMA VEIGA - ME.**

A e. 5ª Turma, por meio do acórdão às fls. 235-238, não conheceu do recurso de revista do Reclamante, mantendo o acórdão do TRT que validara a cláusula da norma coletiva que isenta a Reclamada do pagamento de horas *in itinere*.

Irresignada, a Reclamada interpõe recurso de embargos (fls. 243-248), argumentando pela nulidade da negociação coletiva. Afirma que “o Regional fez constar que houve tão-somente a presunção de que os empregados tiveram uma vantagem em troca da pretensa renúncia ao direito de recebimento das horas *in itinere*...” (fl. 246). Denuncia malferimento dos artigos 4º, 9º, 58, § 2º, 444, 468 e 896, todos da CLT, bem como contrariedade à Súmula 90/TST.

Impugnação às fls. 250-263, não sendo hipótese de remessa dos autos ao d. Ministério Público do Trabalho, nos termos do artigo 83, II, do RITST.

É o relatório.

V O T O

1 - CONHECIMENTO

O recurso de embargos é tempestivo (fls. 239 e 244), está subscrito por advogado devidamente habilitado (fls. 6, 209 e 242).

Passa-se ao exame dos pressupostos intrínsecos de admissibilidade.

A e. 5ª Turma, por meio do acórdão às fls. 235-238, não conheceu do recurso de revista do Reclamante, mantendo o acórdão do TRT que validara a cláusula da norma coletiva que isenta a Reclamada do pagamento de horas *in itinere*. Seus fundamentos:

“O Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região deu provimento ao recurso ordinário interposto pela segunda Reclamada para, reformando a sentença, excluir da condenação o pagamento das horas *in itinere*. Para assim decidir, consignou os seguintes fundamentos, *verbis*:

‘Segundo consta do Termo de Audiência à fl. 16, convencionaram as partes que 90% (noventa por cento) do

trabalho do autor ocorreu no Município de Rio Negrinho e 10% (dez por cento), no Município de Mafra.

Com efeito, dispõe o art. 611 da CLT que a:
(*Omissis...*)

Como se vê, o referido dispositivo legal define que as normas coletivas aplicáveis são aquelas vigentes no âmbito das relações individuais de trabalho, no presente caso, no Município de Rio Negrinho.

Desta feita, tenho como aplicável na hipótese dos autos a Convenção Coletiva de Trabalho anexada às fls. 50-57, cuja base territorial é Rio Negrinho.

Consta da referida norma coletiva cláusula de renúncia ao recebimento de horas *in itinere*, como revela a cláusula 31, a seguir transcrita:

‘As empresas que fornecem transporte ou vale transporte, se necessário, aos empregados quando solicitado pelos mesmos para deslocamento até o local de trabalho e respectivo retorno, poderão efetuar o desconto a este título de valores não superiores a 1% (um por cento) do salário do empregado ou 2% (dois por cento) do menor piso da categoria, prevalecendo o menor. O tempo despendido para o referido transporte não será considerado horas in itinere’ (grifei).

As normas coletivas devem ser respeitadas, consoante disposição do art. 8º e seus incisos da Constituição Federal.

O Sindicato operário formulou normas coletivas que autorizam o não-pagamento das horas *in itinere*, presumindo-se que a categoria obreira obteve vantagens em troca dessa renúncia.

A recorrente está situada em Rio Negrinho (fls. 2, 75 e 91), e 90% (noventa por cento) do trabalho do autor era desenvolvido na referida cidade.

O reclamante, portanto, deve se adequar às normas coletivas vigentes na localidade da sua prestação de serviços, sendo-lhe inaplicável qualquer convenção coletiva de base territorial diversa de Rio Negrinho’ (fls. 194-196).

O Reclamante interpõe recurso de revista, sustentando que o Regional, ao validar a cláusula da norma coletiva pela qual se isenta a Reclamada do pagamento das horas *in itinere*, violou os artigos 58, § 2º, da CLT e 5º, XXXVI, e 7º, XIII e XXVI, da Constituição de 1988 e contrariou o teor da Súmula nº 90 desta Corte. Transcreveu arestos com o fito de demonstrar a existência de dissenso pretoriano.

O primeiro julgado paradigma transcrito às fls. 206-207 é inespecífico para o cotejo de teses, uma vez que não trata de horas *in itinere*. Pertinência do óbice da Súmula 296 desta Corte. No segundo, por sua vez, não se indica o órgão oficial ou o repositório autorizado em que

foi publicado, em desatenção ao item I, 'a', da Súmula nº 337 do Tribunal Superior do Trabalho.

O Regional não se referiu, e não chegou a fundamentar a sua decisão em torno das disposições contidas nos artigos 5º, XXXVI, e 7º, XIII, da Constituição de 1988, razão por que não há como aferir se foram desrespeitados. Incidência da Súmula nº 297 deste Tribunal.

Como visto, cinge-se a controvérsia sobre a validade, ou não, de cláusula de norma coletiva em que se isenta a Reclamada do pagamento das horas *in itinere*. Dessa forma, não há que falar em contrariedade à Súmula nº 90 desta Corte ou ofensa literal ao artigo 58, § 2º, da CLT, uma vez que nele não se estabelece tese a respeito de horas *in itinere* previamente pactuadas pelas partes, por intermédio de cláusulas constantes de convenções ou acordos coletivos.

No caso dos autos, deve-se considerar o pactuado entre os empregados e empregadores, por intermédio das convenções e dos acordos coletivos de trabalho, sob pena de violação do disposto no artigo 7º, XXVI, da atual Constituição da República, o qual assegura o reconhecimento dos mencionados instrumentos coletivos.

Tem-se, portanto, que as partes, em livre manifestação de vontade, acharam por bem assentar previamente que o tempo destinado ao deslocamento até o local de trabalho, e seu retorno não seria considerado como horas *in itinere*, não se podendo estender o preconizado em instrumento normativo. Ileso, portanto, o inciso XXVI do artigo 7º da Constituição de 1988. Nessa linha de raciocínio em que é reconhecida a validade da norma coletiva envolvendo negociação em torno das denominadas 'horas *in itinere*', é válido citar os seguintes precedentes desta Corte: E-RR-397.995/1997, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ de 12/11/04, E-RR-484.285/1998, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DJ de 08/10/04, E-RR-471.958/1998, Rel. Min. Brito Pereira, DJ de 16/09/05; E-RR-462.913/1998, Rel. Min. Rider de Brito, DJ de 27/10/2000; RR-451.655/98, 4ª Turma, Rel. Juíza Conv. Maria do Perpétuo Socorro, DJ de 13/06/03; RR-673.490/2000, 5ª Turma, Rel. Min. Brito Pereira, DJ de 22/11/02; e RR-51.172/2002, 1ª Turma, Rel. Min. Emmanoel Pereira, DJ de 29/09/06.

Dessa forma, conclui-se que a decisão recorrida se encontra em consonância com jurisprudência desta Corte Superior Trabalhista, razão

pela qual o aresto paradigma de fl. 208 não viabiliza o dissenso de teses, tendo em vista o óbice contido na Súmula nº 333 do Tribunal Superior do Trabalho.

Não conheço.” (fls. 236-238 – sem destaques no original).

A Reclamada interpõe recurso de embargos (fls. 243-248), argumentando pela nulidade da negociação coletiva. Afirma que “o Regional fez constar que houve tão-somente a presunção de que os empregados tiveram uma vantagem em troca da pretensa renúncia ao direito de recebimento das horas *in itinere*...” (fl. 246). Denuncia malferimento dos artigos 4º, 9º, 58, § 2º, 444, 468 e 896, todos da CLT, bem como contrariedade à Súmula 90/TST.

Com razão.

A controvérsia cinge-se em decidir se é válida a norma coletiva que suprimiu as horas *in itinere*.

Assinale-se, inicialmente, que o e. TRT, à fl. 195, registra que a norma coletiva em exame resultou de renúncia de direito, presumindo que os empregados da categoria a que pertence o Reclamante obtiveram outras vantagens em troca do direito suprimido. Vejamos:

“Consta da referida norma coletiva cláusula de renúncia ao recebimento de horas *in itinere*, como revela a cláusula 31, a seguir transcrita:

‘As empresas que fornecem transporte ou vale transporte, se necessário, aos empregados quando solicitado pelos mesmos para deslocamento até o local de trabalho e respectivo retorno, poderão efetuar o desconto a este título de valores não superiores a 1% (um por cento) do salário do empregado ou 2% (dois por cento) do menor piso da categoria, prevalecendo o menor. O tempo despendido para o referido transporte não será considerado horas *in itinere*.’

As normas coletivas devem ser respeitadas, consoante disposição do art. 8º e seus incisos da Constituição Federal.

O Sindicato operário formulou normas coletivas que autorizam o não-pagamento das horas *in itinere*, **presumindo-se que a categoria obreira obteve vantagens em troca dessa renúncia.**

(...) fls. 195-186 – sem destaques no original)

Embora esta Colenda Corte venha reiteradamente se posicionado no sentido de que deve ser prestigiada a composição espontânea do conflito, tendo em vista o princípio da autonomia privada coletiva consagrada nos arts. 7º, incisos VI, XIII, XIV e XXVI, e 8º, inciso VI, da CF/1988, esta autonomia da vontade das partes não pode ser absoluta, privando o empregado de garantias mínimas previstas na legislação trabalhista.

Os pactos coletivos, também garantidos pela Lei Maior, não emprestam validade, por si sós, à supressão ou diminuição de direitos trabalhistas indisponíveis. A flexibilização das condições de trabalho, em princípio possível em matéria de jornada de trabalho, não pode se sobrepor ao princípio da valorização social do trabalho (artigo 1º, IV, da CF).

Nesse contexto, inviável o reconhecimento de norma coletiva que retira direitos mínimos do trabalhador.

No mesmo sentido, cite-se os seguintes precedentes:

“RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. HORAS IN ITINERE. FLEXIBILIZAÇÃO. NÃO PAGAMENTO DE PERCURSO EM LOCAL DE DIFÍCIL ACESSO, NÃO SERVIDO POR TRANSPORTE PÚBLICO. NORMA COLETIVA. VALIDADE. NÃO-CONHECIMENTO. Embora as convenções e os acordos coletivos de trabalho, como expressões máximas de autocomposição dos conflitos inerentes às categorias econômicas e profissionais, devam sempre ser estimulados e incentivados, não se verifica violação da literalidade do inciso XXVI do artigo 7º da Constituição da República, da forma como prof e rida a r. decisão proferida pelo Eg. Tribunal Regional, uma vez que a juri s prudência desta c. Corte examina caso a caso cláusulas de acordo coletivo de trabalho, não reconhecendo validade à flexibilização de garantias legais m í nimas. No rito sumaríssimo apenas é possível se admitir o recurso de revista por ofensa a literalidade da norma constitucional ou a Súmula do C. TST, não se deprendendo do teor da v. decisão recorrida o cumprimento do requisito constante no § 6º do art. 896 da CLT. Recurso de revista não

conhecido.” (Processo nº TST-RR-3249/2006-114-08-00, Telator: Min. Aloysio Corrêa da Veiga, Órgão Julgador: 6ª Turma, DJ - 14/12/2007).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. HORAS IN ITINERE. O reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, previsto no art. 7º, XXVI, da Carta Magna, não autoriza que através destes instrumentos seja promovida a simples supressão de direitos e garantias legalmente assegurados. No caso em exame, a norma coletiva, objeto de discussão, subtraiu direito do empregado assegurado em norma cogente, qual seja, o artigo 58, § 2º, da CLT. A situação dos autos não encontra amparo no ordenamento jurídico, que não contempla a supressão, mediante acordo ou convenção coletiva, de direitos trabalhistas protegidos por norma legal de caráter cogente. Por conseguinte, as horas in itinere são devidas como extras, já que implicam transbordamento da jornada normal. Incidência da Súmula 90, itens I e V, do TST. Violação constitucional não configurada (art. 896, c, da CLT). Agravo de Instrumento a que se nega provimento.”

(AIRR - 397/2005-271-06-40.8 , Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, Data de Julgamento: 27/09/2006, 3ª Turma, Data de Publicação: 20/10/2006).

Acrescente-se que o artigo 58 da CLT foi alterado pela Lei Complementar 123/2006, incluindo-se o parágrafo 3º, que passou a admitir a flexibilização de horas *in itinere* para microempresas e empresas de pequeno porte e em situações previamente fixadas na própria Lei, *verbis*:

§ 3º Poderão ser fixados, para as microempresas e empresas de pequeno porte, por meio de acordo ou convenção coletiva, em caso de transporte fornecido pelo empregador, em local de difícil acesso ou não servido por transporte público, **o tempo médio despendido pelo empregado, bem como a forma e a natureza da remuneração.** (Acrescentado pela LC-000.123-2006)

Cumprê destacar que a nova redação do artigo 58 da CLT não afeta o direito do Reclamante.

Apenas para endossar o debate, vale esclarecer que é incontroverso que a partir da Lei Complementar 123/2006 a legislação trabalhista passou a admitir a flexibilização das horas *in itinere*, mas jamais sua supressão.

Observe-se por fim, que, ainda que admitamos a possibilidade de flexibilização de horas *in itinere*, a lei fixou limites ao afrouxamento da norma, dispondo acerca do tempo médio despendido, a forma e a natureza da remuneração, jamais autorizando fosse a norma abolida.

Nesse contexto, conheço do recurso por violação do artigo 896 da CLT, haja vista o fato de a Turma não ter conhecido da revista por violação do artigo 58, § 2º, da CLT, regra autorizadora da integração na jornada de trabalho, das horas de percurso, no caso de condução fornecida pelo empregador para local de difícil acesso ou não servido por transporte regular.

2. MÉRITO

Conhecido o recurso por violação do artigo 896 da CLT, a consequência é o seu provimento para declarar inválida a cláusula da norma coletiva que suprimiu as horas *in itinere*.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do Recurso de Embargos, por violação do artigo 896 da CLT, e, no mérito, dar-lhe provimento para declarar inválida a cláusula da norma coletiva que suprimiu as horas *in itinere*.

Brasília, 15 de setembro de 2008.

HORÁCIO SENNA PIRES
Ministro Relator

PROC. Nº TST-E-RR-383197/1997.8
A C Ó R D Ã O
(Ac. SBDI-1)
BP/lc

TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. ACORDO COLETIVO QUE PREVÊ A INEXISTÊNCIA DOS TURNOS. HORAS EXTRAS. O prestígio e o *status* constitucional da negociação coletiva inscritos no art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República não devem servir de fundamento para a flexibilização absoluta dos contratos de trabalho. Assim, é inválido o acordo coletivo que prevê a inexistência de turnos ininterruptos de revezamento quando a realidade da prestação do serviço revela-se contrária ao fixado nos instrumentos coletivos, com efetiva comprovação de labor em sistema de turnos ininterruptos de revezamento. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se dá provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº **TST-E-RR-383197/1997.8**, em que é Embargante **CLAUDINEI GONÇALVES DA MAIA** e Embargada **HABITAÇÃO - CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA.**

A Primeira Turma (fls. 287/289 e 306/307) deu provimento ao Recurso de Revista interposto pela reclamada quanto ao tema "turno de revezamento - validade do acordo coletivo - horas extras".

Irresignado, o reclamante interpõe Recurso de Embargos (fls. 309/315), em que suscita a preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional e busca reformar a decisão quanto ao tema "turno de revezamento - validade do acordo coletivo - horas extras". Aponta ofensa a dispositivos de lei e da Constituição da República e transcreve arestos para confronto de teses.

Não foi oferecida impugnação (fls. 317).

O Recurso não foi submetido a parecer do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

Satisfeitos os pressupostos genéricos de admissibilidade.

1. CONHECIMENTO

1.1. TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. ACORDO COLETIVO QUE PREVÊ A INEXISTÊNCIA DOS TURNOS. HORAS EXTRAS

A Turma, quanto ao tema em destaque, deu provimento ao Recurso de Revista interposto pela reclamada, sob os seguintes fundamentos:

“Discute-se nos autos a validade da cláusula de acordo coletivo de trabalho, em que se determinou a inexistência de turnos ininterruptos de revezamento.

O Tribunal Regional, ao examinar a matéria, registrou que os cartões de ponto demonstraram que o Reclamante trabalhava em turnos de revezamento no período diurno e noturno e que o acordo, ao prever justamente o contrário, prejudicou o direito constitucionalmente assegurado do empregado.

Prosseguiu explicando que:

Há que se ressaltar que a caracterização do turno ininterrupto de revezamento não está condicionada a concessão ou não de intervalo, na jornada, para refeição ou descanso. O que o identifica é o fato de o empregado, de forma habitual, trabalhar em turnos, com alternância de horários e folgas semanais.

Assim, todo o empregado que labora em sistema de turnos ou turmas de revezamento de horário, de forma contínua e ininterrupta, não eventual, faz jus ao benefício previsto no inciso XIV do art. 7º da Constituição Federal de 1988. A garantia é para o empregado e não para o empregador.

Portanto, irrelevante a concessão de intervalo dentro da jornada ou entrejornadas, pois a garantia tem em mira a penosidade do trabalho em regime de revezamento de horários, justificando a jornada de seis horas.

Não se pode negar que esse sistema de trabalho é prejudicial ao trabalhador, seja porque não se sincroniza com o seu chamado relógio biológico, seja porque lhe impõe dificuldade no convívio familiar e no próprio meio social em que vivem, além de conspirar contra os períodos de lazer (fl. 190).

A Reclamada renova sua tese de validade do acordo, arguindo violação dos arts. 7º, inciso XIV, e 5º, inciso II, da Constituição Federal e trazendo julgados a cotejo.

A fls. 212-4, a ora Recorrente transcreve julgado que se mostra válido ao conflito, na medida em que defende, em situação semelhante, a validade do acordo que afastou a incidência de turnos de revezamento, porque, no seu conjunto, a negociação foi mais benéfica aos empregados.

Conheço da Revista por divergência jurisprudencial.

MÉRITO

A controvérsia refere-se à validade de cláusula de acordo coletivo que determinou a inexistência de turnos ininterruptos de revezamento, quando constatada pelos cartões de ponto que o empregado trabalhava em turno de revezamento.

Em nenhum momento nos convence o argumento com vista a obstar a força da convenção coletiva de trabalho.

A uma, diante da circunstância de ser da própria natureza dos atos convencionais a livre estipulação de seu conteúdo, sopesando as partes os interesses em jogo, ora conquistando alguns, ora renunciando outros. Exigir e ceder, eis a pedra de toque dos ajustes.

A duas, pelo fato de ser cediço que o legislador constituinte de 1988 prestigiou sobremaneira a celebração de acordos e convenções coletivas de trabalho, atendendo aos reclames sociais mitigadores da flexibilização do Direito do Trabalho, ramificação da Ciência Jurídica comumente fincada em excessivas disposições estatais.

Assim, havendo notícia nos autos acerca da existência de negociação coletiva prevendo a inexistência de turnos de revezamento, deve ser ela respeitada, sob pena de o disposto no inciso XXVI do art. 7º do Texto Constitucional tornar-se letra morta.

Ademais, entender que a norma coletiva não poderia aqui se aplicar, nos permitiria ponderar o que sobejaria então ao âmbito de competência dos acordos e convenções coletivas de trabalho.

É natural, portanto, que no trato do Direito Coletivo Trabalhista venham a existir perdas - como decorrência da própria característica dos ajustes - que são compensadas alhures pelos ganhos, conforme dispuser o avençado, cuja única medida de invalidação é o devido processo de denúncia a que alude o art. 615 da CLT.

Ressalte-se, outrossim, que se a categoria reconheceu a inexistência de turnos de revezamento é porque, no seu conjunto, a negociação foi benéfica.

Foi julgado recentemente por esta Turma, 2/5/2001, o RR 386.463/1997.5, relator Ministro João Oreste Dalazen, cuja tese central é no sentido de prestigiar a Convenção Coletiva do Trabalho.

Por essas razões, dou provimento ao Recurso de Revista para restabelecer a r. sentença no particular.” (fls. 288/289).

O reclamante aponta violação ao art. 896 da CLT e contrariedade à Súmula 126 desta Corte, por entender que o Recurso de Revista interposto pela reclamada não merecia conhecimento, uma vez que o Tribunal Regional afirmou que havia trabalho em turnos ininterruptos de revezamento, sem compensação horária, razão por que não poderia a Turma concluir pela existência de compensação. Sustenta que o Sindicato não poderia firmar acordo coletivo prevendo a inexistência de turnos ininterruptos de revezamento, principalmente quando a prova produzida afirmou que o trabalho foi prestado em sistema de turnos ininterruptos de revezamento. Indica violação ao art. 7º, inc. XIV, da Constituição da República.

A pretensão do reclamante em demonstrar a contrariedade à Súmula 126 desta Corte e, conseqüentemente, violação ao art. 896 da CLT, sob o argumento de que a Turma teria concluído pela existência de compensação horária, importa, inequivocamente, no exame do conhecimento do apelo, operado por divergência jurisprudencial. Todavia, essa pretensão esbarra no disposto no item II da Súmula 296 desta Corte, segundo o qual “não ofende o art. 896 da CLT

decisão de Turma que, examinando premissas concretas de especificidade da divergência colacionada no apelo revisional, conclui pelo conhecimento ou desconhecimento do recurso” .

No que concerne aos turnos ininterruptos de revezamento, o Tribunal Regional consignou:

“Merece reparo a r. sentença, porque os cartões-ponto demonstram que o reclamante laborava em turnos ininterruptos de revezamento, no período diurno e noturno. O acordo coletivo prevê justamente o contrário da realidade da prestação de trabalho, prejudicando um direito assegurado constitucionalmente do autor. Não se pode admitir que haja convenção a um direito que está assegurado pela Carta Magna” (fls. 189/190).

A Constituição da República, quando, em seu art. 7º, inc. XIV, estabeleceu a jornada normal de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, procurou não apenas compensar o maior desgaste dos empregados, mas também promover a melhoria de sua condição social e econômica, excepcionando-se apenas a hipótese em que há acordo coletivo prevendo a jornada de oito horas para o trabalho em sistema de turnos ininterruptos de revezamento (Súmula 423 desta Corte). Ou seja, conquanto tenha sido a intenção do legislador constituinte a de compensar o desgaste físico sofrido pelo empregado submetido ao sistema de turnos ininterruptos de revezamento, ressaltou-se expressamente a negociação coletiva.

Há que se ressaltar, todavia, que não há a possibilidade, em hipótese alguma, de validar acordo coletivo que prevê a inexistência de turnos quando resta comprovado o trabalho no sistema de turnos ininterruptos de revezamento.

Nesse diapasão é certo concluir que o prestígio e o *status* constitucional da negociação coletiva inscritos no art. 7º, inc. XXVI, da Constituição da República não devem servir de fundamento para a flexibilização absoluta dos contratos de trabalho, principalmente quando a realidade da prestação do trabalho revela-se contrária ao fixado nos acordos coletivos, com efetiva comprovação de labor em sistema de turnos ininterruptos de revezamento.

Nesse sentido são os seguintes precedentes desta Subseção:

“TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO PREVISÃO DE INEXISTÊNCIA EM NORMA COLETIVA INVALIDADE DIREITO À PERCEPÇÃO DAS HORAS EXTRAS EXCEDENTES DA SEXTA DIÁRIA 1. O Tribunal Regional consignou que o instrumento normativo reconhece a inexistência de labor em turnos ininterruptos de revezamento. A previsão da norma coletiva retrata uma vedação, pelas próprias partes acordantes, à utilização desse regime de trabalho. 2. Entretanto, a prova dos autos evidenciou a prestação de serviços no sistema de turnos de revezamento. Tal circunstância contraria a referida cláusula normativa, que, desse modo, perde a eficácia, em atenção, inclusive, ao princípio da primazia da realidade. 3. Por conseguinte, carente de validade a norma coletiva, não pode esta ser cingida para considerá-la eficaz no ponto em que estabelece jornada superior a seis horas, como o fez a C. Turma. Decerto, não há como considerar que, na espécie, o instrumento normativo atende à previsão do art. 7º, XIV, da Constituição. 4. Assim, uma vez evidenciado o labor em turnos ininterruptos de revezamento, não obstante a previsão contrária do instrumento normativo, devido é o pagamento das horas extras excedentes da sexta diária. Precedente da C. SBDI-1. Embargos conhecidos parcialmente e providos” (E-RR-391708/1997, Rel. Min. Maria Cristina Peduzzi, DJ 2/2/2007).

“TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO – CONFIGURAÇÃO. RECONHECIMENTO DE SUA INEXISTÊNCIA POR NEGOCIAÇÃO COLETIVA. IMPOSSIBILIDADE. O legislador constituinte, ao instituir a jornada especial de 6 horas para os trabalhadores sujeitos ao sistema de turno ininterrupto de revezamento (art. 7º, XIV, da Constituição Federal, visou tutelar a sua saúde pelo desgaste físico-psíquico. Nesse contexto, ainda que resultante de negociação coletiva, é desprovida de eficácia jurídica a cláusula ajustada em acordo coletivo que, contrariando a realidade do contrato de trabalho, afirma a inexistência de trabalho em turnos ininterruptos de revezamento. À luz dos princípios que regem a hierarquia das fontes de Direito do

Trabalho, as normas coletivas, salvo os casos constitucionalmente previstos, não podem dispor de forma contrária às garantias mínimas de proteção ao trabalhador asseguradas na legislação, que funcionam como um elemento limitador da autonomia da vontade das partes no âmbito da negociação coletiva. A Constituição Federal, em seu art. 7º, XIV, prevê a negociação coletiva para fixar jornada diversa, superior a seis horas, nos casos de turnos ininterruptos de revezamento, mas não para acordar a sua inexistência, quando a realidade da prestação de trabalho enseja a sua configuração. Recurso de embargos provido” (E-RR-351823/1997, Rel. Min. Milton de Moura França, DJ 16/4/2004).

Dessa forma, resta violado o art. 7º, inc. XIV, da Constituição da República.

2. MÉRITO

2.1. TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. ACORDO COLETIVO QUE PREVÊ A INEXISTÊNCIA DOS TURNOS. HORAS EXTRAS

Conhecido o Recurso de Embargos por violação ao art. 7º, inc. XIV, da Constituição da República, DOU-LHE PROVIMENTO para restabelecer a decisão regional.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do Recurso de Embargos por violação ao art. 7º, inc. XIV, da Constituição da República e, no mérito, dar-lhe provimento para restabelecer a decisão regional.

Brasília, 8 de setembro de 2008.

JOÃO BATISTA BRITO PEREIRA
Ministro Relator

PROC. Nº TST-E-RR-12.146/2001-008-09-00.9
A C Ó R D Ã O
SBDI-1
MCP/tb/rt

**EMBARGOS - ACORDO COLETIVO -
VEDAÇÃO - ACUMULAÇÃO - HORAS
EXTRAS ALÉM DA 8ª (OITAVA) DIÁRIA
- GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO**

É inaplicável a vedação, inserida em norma coletiva, de acumulação da gratificação de função com o pagamento de horas extras. A imposição ao Reclamante de renúncia à percepção das horas extras e reflexos contraria princípios constitucionais básicos dos trabalhadores, como a duração da jornada de trabalho não superior a 8 (oito) horas e a remuneração das excedentes, consoante os incisos XIII e XVI do artigo 7º.

Em outras palavras, tratando-se de bancários, a gratificação de função ajustada em norma coletiva remunera somente as 7ª e 8ª horas diárias, não atingindo o trabalho excedente da jornada constitucional. Precedentes da SBDI-1.

**FONTE DE CUSTEIO - COMPLEMENTAÇÃO
DE APOSENTADORIA**

Em relação à fonte de custeio da complementação de aposentadoria, o Tribunal a quo limitou-se a interpretar o Regulamento da FUNBEP (fls. 413). Resta inviabilizada a alegação de violação aos dispositivos indicados. Está ileso o art. 896 da CLT.

Embargos não conhecidos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº **TST-E-RR-12.146/2001-008-09-00.9**, em que são Embargantes **BANCO ITAÚ S.A. e OUTROS** e é Embargado **HELENO FLORI STREPPPEL**.

A C. 4ª Turma (Rel. Exmo. Min. Barros Levenhagen), em acórdão de fls. 498/511, no que interessa, não conheceu do Recurso de Revista dos Reclamados.

Os Réus interpõem Embargos à C. SBDI-1 (fls. 516/518).

Impugnação às fls. 533/539.

Os autos não foram remetidos ao D. Ministério Público do Trabalho, nos termos regimentais.

É o relatório.

V O T O

EMBARGOS INTERPOSTOS ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007

REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

Os Embargos preenchem os requisitos extrínsecos de admissibilidade.

I - ACORDO COLETIVO - VEDAÇÃO - ACUMULAÇÃO - HORAS EXTRAS ALÉM DA 8ª (OITAVA) DIÁRIA - GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO

a) Conhecimento

Eis os fundamentos da C. Turma:

“1.3 - HORAS EXTRAS - NÃO CUMULATIVIDADE COM GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO - ACORDO COLETIVO DE TRABALHO

Entendem os recorrentes ter o Regional afrontado os artigos 7º, incisos VI e XXVI da Constituição Federal, 458 e 611, § 1º, da CLT, ao sustentar a invalidade de cláusula coletiva prevendo a não-acumulação da gratificação de função com as horas extras praticadas.

O Colegiado de origem manteve a sentença que julgara devido o pagamento das horas extras cumulado com o da gratificação de função, asseverando que os direitos mínimos dos trabalhadores devem ser assegurados, ressalvadas as exceções expressamente previstas na

Constituição Federal da redução do salário, diminuição e compensação da jornada de trabalho e carga horária no sistema de turnos ininterruptos de revezamento (incisos XI, XIII e XIV do artigo 7º).

Colhe-se da decisão recorrida não ter havido violação aos dispositivos invocados, pois não negou a faculdade conferida aos sindicatos de categorias profissionais de celebrar acordos ou convenções coletivas, a teor do artigo 611, § 1º da CLT, nem deixou de reconhecer a normatividade desses instrumentos, a teor do artigo 7º, XXVI da Constituição, tanto quanto se afigura impertinente o artigo 458 da CLT, por se inserir na seara do direito individual do trabalho.

Atento à norma do artigo 7º, inciso XIII, da Constituição, na qual se fixou a duração normal do trabalho não superior a oito horas, defronta-se com a danosa flexibilização inerente à cláusula coletiva, pela qual fora ajustado o não-pagamento das horas excedentes da jornada legal por conta da percepção da gratificação de função, uma vez que a jornada legal de oito horas é conquista histórica da classe trabalhadora, cuja norma se classifica como de ordem pública por estar intimamente associada à higidez física e mental do empregado, em que o seu elastecimento deve observar os estritos termos do artigo 59 e parágrafos da CLT.

Tanto mais que a percepção da gratificação de função, na atividade bancária, tem por escopo a transmutação da jornada legal de seis horas para a jornada legal de oito horas, na conformidade do artigo 224, § 2º da CLT, não podendo se prestar à finalidade ali acertada de elidir o direito à percepção do sobretrabalho, sob pena de proporcionar o enriquecimento sem causa do empregador, jogando por terra a comutatividade que norteia o contrato de trabalho, pelo que não se vislumbra a pretendida ofensa do artigo 7º, inciso VI da Constituição.

Face à constatação de a invalidade da cláusula coletiva ter sido extraída implicitamente da força cogente do artigo 7º, inciso XIII, tanto quanto do patente prejuízo imposto à categoria profissional, não se visualiza a especificidade dos arestos de fls. 450/451, sobretudo porque primam por sua incontrastável generalidade (inteligência das Súmulas/TST nºs 296 e 23).

Ressalte-se, a propósito, que versam hipóteses de negociações coletivas relativas à redução salarial, quitação decorrente de transação e garantia de emprego, não apresentando a especificidade exigida para o

conhecimento do recurso de revista, já que na espécie está em discussão cláusula coletiva que determinou a não-cumulatividade da gratificação de função com a percepção de horas extras.

Não conheço.” (fls. 505/506)

Os Embargantes sustentam que o acórdão embargado violou o artigo 896 da CLT, ao argumento de que o Recurso de Revista comportaria conhecimento por contrariedade ao artigo 7º, XXVI, da Constituição da República. Afirmam que, ante o acordo coletivo firmado, é vedada a acumulação do recebimento de gratificação de cargo com horas extras. Transcrevem aresto para confronto de teses.

O acórdão embargado, ao reafirmar que o recebimento de gratificação de função não isenta o Empregador de pagar as horas extras laboradas, não lhe negou a possibilidade de celebrar acordos coletivos (artigo 611, § 1º, da CLT), nem a flexibilidade e normatividade desses instrumentos (artigo 7º, VI, XIII, XIV e XXVI, da Carta Magna).

O problema é que, ao impor ao Autor, por meio de instrumento normativo, renúncia à percepção das horas extras e reflexos, o Empregador violou princípios constitucionais básicos dos trabalhadores, como a duração da jornada de trabalho não superior a 8 horas e a remuneração das excedentes, consoante os incisos XIII e XVI do artigo 7º, respectivamente.

Na atividade bancária, a gratificação de função visa a converter a jornada legal de 6 para 8 horas (art. 224, § 2º, da CLT), e, não, à supressão de direitos, frutos da evolução constitucional dos direitos sociais. Dessa forma, conclui-se que norma convencional não tem o condão de suprimir garantias constitucionais, como pretendem os Embargantes. Resta ileso, portanto, o artigo 7º, XXVI, da Constituição da República.

Nesse sentido são os seguintes precedentes da C. SBDI-1:

“BANCÁRIO. NORMA COLETIVA. FUNÇÃO DE CONFIANÇA. HORAS EXTRAS. PREVISÃO DE NÃO-CUMULAÇÃO DO VALOR DA GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO COM O PAGAMENTO DE HORAS EXTRAORDINÁRIAS. ART. 7º, XXIV,

DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VIOLAÇÃO NÃO CONFIGURADA. A interpretação dada pela Corte de origem à matéria, segundo a qual o acordo coletivo não tem o condão de vedar a percepção cumulada de gratificação de função com o pagamento de horas extras, coaduna-se com a principiologia tutelar do Direito do Trabalho. A flexibilização dos direitos trabalhistas não tem o alcance irrestrito, de sorte que as normas convencionais não podem sobrepor-se às oriundas de fontes genuinamente formais, salvo se para beneficiar o Obreiro, ou quando expressamente autorizadas a interferir no direito mínimo positivado. Assim ocorre com a irredutibilidade salarial e a jornada de trabalho, contempladas no art. 7.º, VI, XIII e XIV, da Constituição Federal. A norma coletiva em exame, diante de tal perspectiva, deve efetivamente ser reconhecida enquanto tutelar de direitos do Obreiro, no caso bancário exercente de função de confiança, que deve ser poupado do labor após a oitava diária. É essa a exegese que se deve dar ao instrumento coletivo, em ordem a reconhecer que, ultrapassada tal jornada, a ele não pode ser negado o direito assegurado no ordenamento jurídico. Preservado, sob tal ótica, o art. 7.º, XIV, da Constituição Federal e, por corolário, o art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Embargos não conhecidos.” (E-RR-396/2001.017-09-00, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, DJ 18/04/2008)

“CARGO DE CONFIANÇA. HORAS EXTRAS. CUMULAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. NORMA COLETIVA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 896 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. A egrégia Turma não conheceu do recurso de revista interposto pelo reclamado, com base nos seguintes fundamentos: Quanto à suposta violação do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal de 1988, resultante de alegado desrespeito à norma coletiva que veda a cumulação da gratificação de função com as horas extras, melhor sorte não assiste ao reclamado. Com efeito, conforme salientado pelo v. acórdão regional, os acordos coletivos de trabalho aplicáveis ao reclamante vedam a cumulação da percepção de gratificação de função com horas extras desde que o empregado exerça o cargo de confiança previsto pelo art. 224, § 2º, da CLT, o que não se verificou na presente ação. Logo, incólume o referido dispositivo constitucional, visto inexistir a subsunção da norma coletiva ao fato (fls. 906/907). Afirma o reclamado ser imperativa a

observância estrita das condições avançadas no instrumento coletivo, cuja eficácia é constitucionalmente consagrada. Ressalta que, no caso concreto, a norma coletiva impossibilitou a percepção cumulativa da gratificação funcional e do pagamento das horas extras. Sustenta o conhecimento da revista por violação do artigo 7º, XXVI, da Constituição da República. Esgrime com violação do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Não prospera o recurso. O Tribunal Regional afastou a aplicação do acordo coletivo na hipótese, sob o fundamento de que no que pertine ao argumento de que os ACTs excluem o pagamento de horas extras nas hipóteses em que o empregado perceber gratificação de função, entendendo não ser possível a aplicabilidade do previsto no aludido instrumento normativo, haja visto ter sido afastado o exercício de cargo de confiança e a cláusula do ACT prevê hipótese de labor nos moldes previstos no art. 224, § 2º, da CLT. Irretocável a decisão da Turma no particular, pois a aplicação da norma coletiva estava atrelada ao enquadramento do reclamante na hipótese prevista no § 2º do artigo 224 da CLT, condição que não restou configurada no presente caso. Inviável, assim, a caracterização de ofensa à literalidade do artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal. Incólume o artigo 896 da CLT. Não conheço dos embargos, no particular.” (E-RR-746.885/2001, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DJ 28/09/2007)

Tampouco merece prosperar o apelo por divergência jurisprudencial, porque o Recurso de Revista não foi conhecido.

Resulta ileso o artigo 896 da CLT.

Não conheço.

II - COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA - FONTE DE CUSTEIO

a) Conhecimento

Eis os fundamentos da C. Turma:

“(…) COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. FONTE DE CUSTEIO. AUSÊNCIA. I - Não se cogita de afronta aos artigos 195, § 5º, da Constituição Federal e 125 da Lei nº 8.213/91, ante sua inaplicabilidade à espécie, haja vista que esses dispositivos se referem a benefícios ou serviços da seguridade social organizada pelo Poder Público

e financiada por toda a sociedade de forma direta e indireta, nos termos da lei, ao passo que a suplementação de proventos de aposentadoria em questão é oriunda de norma regulamentar instituída por entidade de previdência privada. II - Também não merece reforma o acórdão recorrido por indicação de afronta ao artigo 202, caput, da Constituição Federal, em virtude de o Regional ter consignado o entendimento de o não-recolhimento das contribuições ter decorrido da culpa empresarial, assim como o fundamento de a previsão contida no regulamento ofender o artigo 9º da CLT e a própria Constituição. III - O artigo 5º, inciso II, da Carta Magna, não é pertinente de forma direta à hipótese, visto que erige princípio genérico (princípio da legalidade), cuja afronta somente se afere por via oblíqua, a partir da constatação de violência a norma infraconstitucional. IV Recurso não conhecido.” (fls. 502)

Os Embargantes sustentam que o acórdão embargado violou o artigo 896 da CLT, ante as violações aos artigos 5º, II, 195, § 5º, 220 da Constituição da República, 125 da Lei nº 8.213/91, 44 da CLT e 114 do Código Civil.

Em relação à fonte de custeio da complementação de aposentadoria, o Tribunal *a quo* limitou-se a interpretar o Regulamento da FUNBEP (fls. 413).

Assim, tendo o TRT limitado sua análise à interpretação do Regulamento, resta inviabilizada a alegação de violação aos dispositivos indicados. Resta ileso o art. 896 da CLT.

Não conheço.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer integralmente dos Embargos.

Brasília, 4 de junho de 2009.

MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI
Ministra-Relatora

PROC. Nº TST-E-ED-RR-654593/2000.6

A C Ó R D ã O

(Ac. SDI-1)

GMMAC/cfa/wri

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTOS ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. FECHAMENTO DA EMPRESA. FORÇA MAIOR. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. QUITAÇÃO.

NULIDADE DO PACTO. Hipótese em que reconhecida a nulidade da transação extrajudicial (Termo de Acordo Coletivo de Trabalho), cujo objeto contemplou a quitação de horas extras, adicional noturno e diferenças de comissões, em contrapartida ao pagamento de indenização integral aos empregados demitidos, considerada como tal todas as parcelas rescisórias a que teriam direito no caso de rescisão sem justa causa, paga, entretanto, pela metade do valor, em decorrência da força maior que teria ensejado o fechamento da empresa. A flexibilização dos direitos trabalhistas não é ilimitada, de sorte que as normas convencionais não podem sobrepor-se às oriundas de fontes genuinamente formais, salvo se para beneficiar o Obreiro ou quando expressamente autorizadas a interferir no direito mínimo positivado. Assim ocorre com a irredutibilidade salarial e a jornada de trabalho, contempladas no art. 7.º, VI, XIII e XIV, da Constituição Federal. No caso concreto, ainda que considerada a ocorrência de força maior, o

que se verifica é a renúncia a direitos contemplados em lei, tanto no que se refere à integralidade de parte das verbas rescisórias (já que somente a redução do FGTS tem amparo na lei), quanto às parcelas que foram objeto de quitação. Com mais razão, nesse sentido, as decisões proferidas pelas instâncias percorridas, mediante as quais se reconheceu nula a transação extrajudicial, porque descaracterizada a ocorrência de força maior - aspecto não impugnado, no presente Recurso. Some-se, por fim, que este Tribunal Superior repudia a quitação geral de verbas trabalhistas, sendo legítima a postulação das parcelas objeto da censurada negociação. Incólume o artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Não conheço do Recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº **TST-E-ED-RR-654593/2000.6**, em que é Embargante **REFRIGERANTES DA BAHIA LTDA.** e Embargado **JOSEILTON ANDRÉ DE SANTANA.**

R E L A T Ó R I O

A Segunda Turma desta Corte, mediante acórdãos a fls. 390/393 e 402/403, não conheceu do Recurso de Revista interposto pela Reclamada no tocante ao tema "Transação Extrajudicial".

Interpõe a Reclamada os presentes Embargos, a fls. 406/410. O Recurso vem calcado em violação do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Não houve impugnação, conforme certidão lavrada a fls. 412.

Os autos não foram remetidos à Procuradoria Geral do Trabalho, na forma do artigo 82 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

O Recurso é tempestivo (acórdão publicado em 13/5/2005, sexta-feira, conforme certidão lavrada a fls. 404 e Apelo interposto em 23/5/2005 - fls. 406). Preparo efetuado a fls. 212, 238, 239 e 313). A Reclamada encontra-se regularmente representada nos autos (procuração a fls. 387 e substabelecimento a fls. 388).

I - CONHECIMENTO

VIOLAÇÃO DO ARTIGO 896 DA CLT - TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL

A Turma não conheceu do Recurso de Revista interposto pela Reclamada. Valeu-se, para tanto, dos seguintes fundamentos (a fls. 390/393):

“O egrégio TRT confirmou a r. Sentença no que se refere à nulidade da transação efetuada pelo Reclamante e pela Reclamada. Para tanto consignou:

‘Sustenta a reclamada que, por motivo de força maior – distrato unilateral do contrato de franquia celebrado com a Coca Cola S/A - foi obrigada a fechar a fábrica de bebidas que mantinha em função dessa franquia e, em consequência, compelida a despedir os seus empregados. E para evitar que estes sofressem maiores danos, além da perda dos empregos, celebrou, com o **referendum** do Ministério Público do Trabalho, transação extrajudicial, por meio da qual as partes, fazendo concessões mútuas, pactuaram que os empregados receberiam indenização integral – que lhe

seria devida, apenas, pela metade, dada a força maior – quitando, com contrapartida, as horas extras, o adicional noturno e as diferenças de comissões. Assim, concluiu, em consequência dos efeitos da transação celebrada, já operados, não poderia a Junta ter deferido ao reclamante as parcelas pleiteadas na inicial. A matéria foi apreciada por esta Turma através do Acórdão nº 15.680/98, o qual, adotando como razões de decidir os fundamentos esposados pela sentença proferida pela 2ª JCJ de Itabuna, assim se manifestou, **verbis**:

‘(...)

Como visto acima, é requisito essencial para a configuração da transação a existência de concessões recíprocas.

Analisando o acordo de transação extrajudicial de folhas 20/24, observamos que a concessão da Empresa Reclamada foi no sentido de arcar ‘com o pagamento da indenização **integral** dos empregados despedidos, a saber, de todas as parcelas rescisórias a que teria direito em decorrência da ruptura **em circunstâncias normais (sem justa causa)** de modo **individualado**, isto é, levando-se em conta, por exemplo, os respectivos tempos de serviço (cláusula 1ª). Já a concessão dos empregados, devidamente representados pelo Sindicato, foi a ‘ampla, geral, irrevogável quitação de todo e qualquer crédito a título de **Adicional Noturno, horas extras e adicional** e diferença de salário decorrente de **supressão, alteração ou ajuste** do percentual de comissões, em qualquer juízo ou grau de jurisdição’.

Indaga-se: será que realmente houve concessão por parte da Empresa/Reclamada?

A sua concessão está fundamentada na consideração IV, do acordo de transação, in verbis:

‘que em situação que tais, ou seja, de extinção do estabelecimento e conseqüente rescisão do contrato de trabalho **por motivo de força maior** (CLT, art. 502, parágrafo 2º)’.

(...)

Ora o fechamento das fábricas de propriedade da Reclamada se deu pelo fato da direção da Coca-Cola Indústrias Ltda, titular da marca de refrigerantes produzidos pela Acionada, ter decidido não renovar o contrato de franquia firmado com as mesmas, fato público e notório.

Força maior, segundo o art. 501 da CLT, seria ‘todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do

empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente’.

São requisitos para a configuração da força maior, portanto a inevitabilidade do evento e a ausência de culpa. Segundo a versão da empresa, a Direção da Coca-Cola resolveu, unilateralmente, não renovar o contrato de franquia, todavia, também foi amplamente divulgado pela imprensa nacional, em especial a escrita e a televisiva, que a renovação não se operou tendo em vista o não cumprimento, pela Franquiada, ora Reclamada, das metas estabelecidas pelo Franqueador.

Ora, diz o parágrafo primeiro do art. 501 da CLT que a imprevidência do empregador exclui a razão da força maior.

No caso *sub judice* foi imprevidente a Acionada que não adotou as medidas necessárias destinadas a atingir as metas instituídas pelo Franqueador.

A possibilidade de não renovação do contrato de franquia é fato previsível e evitável estando dentro da órbita dos riscos em empreendimento, assim como a falência e a concordata.

(...)

Sendo assim a Junta declara que não houve **força maior** autorizadora do pagamento, pela metade, da indenização dos empregados regidos pelo sistema CLT, ou de 20% da multa do FGTS, sendo nula, portanto, a cláusula primeira do acordo extrajudicial de transação e, conseqüentemente, toda a transação (art. 1026 do Código Civil), vez que de fato não houve *res dubia* em relação a concessão da Acionada, agindo essa, sem dúvida, com má-fé.’

Inexistindo a força maior e, em conseqüência, sendo nula, de pleno direito, a transação celebrada, improcede a irresignação da recorrente derredor do tema (fls. 276/279).’

Argüiu a Reclamada a validade da transação efetuada, porquanto fora negociada com o sindicato da categoria profissional do Reclamante e ainda contou com o aval do MPT. Entende violado o art. 114, § 2º, da Carta Magna. Transcreve arestos no que se refere à eficácia da negociação coletiva. Assim, ressalta que houve a devida quitação prevista no Enunciado 330 do TST. Aponta também violação do art. 1.030 do Código Civil e divergência jurisprudencial, visto que a transação não poderia ter sido descaracterizada, a despeito da caracterização ou não da força maior. Destacou também que, a teor do Precedente nº 34 da SDC do TST, a caracterização da força maior assume caráter eminentemente

secundário. Aponta também violação dos arts. 5º, XXXVI, da Carta Magna e 585, II, segunda parte, do CPC.

Primeiramente, cabe destacar que a alegada contrariedade ao Precedente 34 da SDC do TST não possui o condão de promover a admissibilidade do apelo, por falta de previsão dessa hipótese no art. 896 da CLT. A hipótese dos autos não se assemelha à previsão de competência normativa em dissídio coletivo, constante do art. 114, § 2º, da CF/88, cuja incidência se mostra impertinente ao caso em tela.

Melhor sorte não se reserva às alegadas violações do art. 5º, inciso XXXVI, da CF/88 e do art. 585, II, do CPC. Não houve prequestionamento da tese de violação de ato jurídico perfeito, coisa julgada, direito adquirido ou título executivo extrajudicial – institutos abordados nos dispositivos legal e constitucional citados. Ademais, ainda que não se entenda dessa forma, a má-fé da empregadora, ressaltada na decisão recorrida, põe por terra qualquer argumentação no sentido pretendido pela Reclamada.

Além disso, a decisão recorrida decorreu de interpretação do art. 501 da CLT, porquanto entendeu ser nula a transação efetuada, visto que não verificadas concessões recíprocas frente à descaracterização da força maior. Dessa forma, inviável configurar-se violação direta e literal quanto a este dispositivo ou quanto ao artigo 1.030 do CCB. Dado o caráter interpretativo da decisão, neste particular, somente com demonstração de interpretação divergente seria viável o Apelo.

Por outro lado, a parte não logra demonstrar a divergência jurisprudencial, pois, a teor do art. 896, 'a', da CLT, são inservíveis ao confronto de teses arestos oriundos do mesmo TRT prolator da decisão recorrida e de Turmas desta Corte.

Dessa forma, **não conheço** do Apelo.”

Em sede de Embargos de Declaração, afastou a Turma o conhecimento do Recurso de Revista, por divergência jurisprudencial, em face da inespecificidade dos arestos.

Insiste a Reclamada, nas razões do presente Apelo, que o Recurso de Revista merecia conhecimento por contrariedade à Sumula n.º 330 deste Tribunal Superior. Ressalta que a transação extrajudicial, materializada sem ressalva a respeito das parcelas consignadas, contou com a chancela do sindicato obreiro e do Ministério Público do Trabalho. Busca demonstrar que a transação levada a efeito, além de não padecer de nenhum vício, encontra-se sob o manto da coisa julgada, nos termos do artigo 1.030 do Código Civil de

1919. Sustenta, de outro, lado, que não seria dado ao Poder Judiciário ingerir no acordo celebrado, sobretudo para decidir questão relacionada à caracterização de força maior. Nesse sentido, traz um aresto para corroborar sua posição. Enfatiza, por fim, que o Ministério Público do Trabalho, a quem seria dado manejar ação anulatória contra a avença, chancelou a efetivação do acordo.

O Recurso vem calcado em violação do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Não procede o Recurso.

A controvérsia envolve dois aspectos relevantes: o fechamento da empresa, a pretexto de força maior, e a celebração de acordo com vistas a resolver os créditos pendentes. Em tal acordo fixou-se que a Empresa arcaria com o pagamento da indenização integral dos empregados demitidos, considerando como tal todas as parcelas rescisórias a que teriam direito em decorrência da ruptura em circunstâncias normais (sem justa causa), de modo individuado, paga pela metade, em face da força maior. Em contrapartida, haveria quitação das horas extras, adicional noturno e as diferenças de comissões.

Analisando a controvérsia, apenas em tese, é lícito asseverar que a extinção da empresa, ou de um de seus estabelecimentos, por motivo de força maior, gera ao obreiro a indenização prevista no artigo 502 da Consolidação das Leis do Trabalho, no caso de ser titular de estabilidade decenal (inciso I) ou ser contemplado pelo sistema de proteção ao tempo de serviço do *caput* do artigo 477 da CLT (inciso II), ou, ainda, ser regido por contrato a termo (inciso III). No caso de empregado optante pelo regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, como na hipótese vertente, a indenização corresponde à metade do percentual da multa do FGTS relativo aos depósitos efetuados a esse título, conforme artigo 18, § 2.º, da Lei n.º 8.036/90. Para outras verbas de natureza rescisória, não há previsão legal de redução.

Fixadas as premissas jurídicas no campo normativo heterônomo, não se verifica nenhuma vantagem ao Obreiro a celebração da cláusula coletiva, nos termos em que acordada. Verifica-se, pois, que, em tese, não há *res dubia* com relação ao direito à metade da multa do FGTS, bem como da integralidade de outras verbas rescisórias. Nessa ordem de idéias, também não se revela presente o requisito relativo à concessão mútua, já que o Obreiro renunciaria à metade do valor de outras verbas rescisórias, sem nenhuma compensação. Ao revés. A cláusula coletiva dá por quitado eventual crédito a que o trabalhador faria jus a título de adicional noturno, horas extras e diferenças de comissões.

Verifica-se que a flexibilização dos direitos trabalhistas não é ilimitada, de sorte que as normas convencionais não podem sobrepor-se às oriundas de fontes genuinamente formais, salvo se para beneficiar o Obreiro ou quando expressamente autorizadas a interferir no direito mínimo positivado. Assim ocorre com a irreduzibilidade salarial e a jornada de trabalho, contempladas no art. 7.º, VI, XIII e XIV, da Constituição Federal. No caso concreto, o que se verifica é a renúncia a direitos contemplados em lei, tanto no que se refere à integralidade de parte das verbas rescisórias, quanto nas parcelas que foram objeto de quitação.

A principiologia que informa o Direito do Trabalho não chancela tal medida. Uma vez provocado, é dado ao Poder Judiciário compor litígios, no âmbito do dissídio individual, para reparar a lesão ou ameaça ao direito do empregado, ainda que tal direito tenha sido objeto de negociação.

Diante de tal análise, tem-se por irrelevante a ocorrência de força maior, pois tal circunstância não autoriza a celebração de acordo que em muito extrapola o campo de atuação negocial.

Com mais razão, nesse sentido, afiguram-se corretas as decisões proferidas pelas instâncias percorridas, mediante as quais se anulou a transação extrajudicial, cuja

motivação - ocorrência de força maior - tornou-se inexistente. Note-se, a propósito, que a Reclamada nem sequer impugna tal aspecto, no presente Recurso.

Some-se, por fim, que este Tribunal Superior repudia a quitação geral de verbas trabalhistas, sendo legítima a postulação de verbas objeto da censurada transação.

Incólume, nesse contexto, o artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Não conheço do Recurso.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer dos Embargos.

Brasília, 19 de maio de 2008.

MARIA DE ASSIS CALSING
Ministra Relatora

PROC. Nº TST-E-ED-RR-491/2001-065-15-00.1

A C Ó R D ã O

(Ac. SDI-1)

BP/lb

COMPLEMENTAÇÃO APOSENTADORIA. CÁLCULO. PROPORCIONALIDADE. DE PESSOAL PREVALÊNCIA.	FORMA DE REGULAMENTO DE 1965.	DE ABONO. 1965.
	1.	"A
complementação dos proventos da aposentadoria é regida pelas normas em vigor na data da admissão do empregado, observando-se as alterações posteriores desde que mais favoráveis ao beneficiário do direito" (Súmula 288 do TST).		
2. A forma de cálculo da complementação de aposentadoria (proporcionalidade do abono) prevista no Regulamento de Pessoal de 1965 é mais favorável aos empregados que aquela prevista no Regulamento de 1975, conforme se infere do acórdão regional. Precedentes da Corte.		
Recurso de Embargos de que não se conhece.		

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº **TST-E-ED-RR-491/2001-065-15-00.1**, em que é Embargante **BANCO SANTANDER S.A.** e Embargado **DORIVAL JERÔNIMO COQUEMALA**.

A Terceira Turma (fls. 472/475 e 496/498) deu provimento ao Recurso de Revista interposto pelo reclamante quanto ao tema "complementação de aposentadoria - base de cálculo".

Irresignado, o reclamado interpõe Recurso de Embargos (fls. 500/505). Aponta ofensa a dispositivos de lei e da Constituição da República e contrariedade a súmulas desta Corte.

Não foi oferecida impugnação (fls. 507).

O Recurso não foi submetido a parecer do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

Satisfeitos os pressupostos genéricos de admissibilidade.

1. CONHECIMENTO

1.1. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA - BASE DE CÁLCULO

A Turma, quanto ao tema em destaque, deu provimento ao Recurso de Revista, sob os seguintes fundamentos:

“BANESPA - COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA BASE DE CÁLCULO - ART. 106 DO REGULAMENTO DE PESSOAL DE 1965 - PROPORCIONALIDADE DE TEMPO DE SERVIÇO APLICÁVEL AO ABONO O art. 106, § 3º, do Regulamento de Pessoal de 1965 do Banespa determina que a proporcionalidade aplicável para o cálculo da complementação de proventos incide sobre o abono, e não sobre os vencimentos do cargo efetivo. Recurso de Revista conhecido e provido.

.....
BASE DE CÁLCULO DA COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA

Eis o teor do acórdão:

‘Complementação de aposentadoria

O reclamante pretende alteração nos critérios adotados para cálculo da complementação de sua aposentadoria proporcional ao tempo de serviço prestado ao reclamado, alegando que a alteração havida no Regulamento de Pessoal do ano de 1975 modificou os critérios de cálculo estabelecidos no Regulamento de Pessoal de 1965, que seriam mais benéficos.

E não merece reforma o decidido.

O obreiro iniciou a prestação laboral aos 19/08/74, tendo se aposentado aos 15/05/96, com direito ao recebimento da complementação de aposentadoria prevista em Regulamento de Pessoal do reclamado.

A teor do disposto no Enunciado nº 288, do C. TST, A complementação dos proventos de aposentadoria é regida pelas normas em vigor na data da admissão do empregado, observando-se as alterações posteriores desde que mais favoráveis ao beneficiário do direito.

Assim, a complementação de aposentadoria do obreiro deve ser efetuada com base no Regulamento do Pessoal de 1965. Entretanto, se mais benéficas, deveriam ser observadas as regras do Regulamento de 1975.

Todavia, constato que inexistiu prejuízo porque o Regulamento de 1965 apenas criou o abono em exame, sem estabelecer nenhuma forma de cálculo, conforme art. 106 (fls. 156), tendo o § 2º estabelecido abono integral para aqueles que contassem com 30 ou mais anos de serviço efetivo (que corresponderia à diferença entre o vencimento do cargo efetivo e o valor recebido a título de aposentadoria), e o § 3º disposto que nos demais casos o abono seria proporcional. E o Regulamento de 1975 apenas explicitou a forma de apuração (artigos 87 e seguintes fls. 175/176), contra a qual se insurge o reclamante.

A controvérsia, assim, gira em torno da forma de se apurar o abono proporcional.

Argumenta o autor que o banco deve deduzir dos vencimentos integrais a aposentadoria paga pelo INSS e sobre o valor apurado aplicar a proporcionalidade. Já o banco sustenta que o valor dos vencimentos deve ser apurado de forma proporcional e a seguir deduzida a aposentadoria.

E os cálculos exemplificativos apresentados na inicial foram acertadamente refutados pelo juízo a quo, que concluiu que a proposição da inicial peca pela base,

eis que primeiro admite uma complementação de aposentadoria integral para aquele que não tem direito a esse benefício, para depois reduzir a proporção do tempo de serviço inferior, sobre uma base de cálculo menor.

Ora, a concessão da complementação de aposentadoria teve o intuito de manter o valor da remuneração dos beneficiários, guardada a equivalência com a remuneração do pessoal da ativa e não a equivalência da complementação da aposentadoria, pois, nesta última hipótese haveria a imposição de um benefício maior exatamente para aqueles que contavam com menor tempo de serviço ao reclamado.

Além disso, a interpretação sistemática da norma (especialmente do capítulo VII, que regulamenta o pagamento do abono e da pensão) permite concluir que o critério adotado pelo banco está correto. Isto porque o parágrafo único do artigo 108 do mesmo regulamento, ao tratar do complemento da pensão dos dependentes de empregado falecido, determina que para esse efeito o complemento será, no máximo, equivalente à diferença entre a pensão paga pelo IAPB e 80% dos vencimentos do funcionário falecido, vale dizer, a norma é expressa no sentido de que primeiro seja observada a redução do vencimento para depois se apurar o valor da pensão.

Dessa forma, concluo ser que deva ser utilizado critério semelhante para cálculo do abono proporcional, não sendo demasiado lembrar que as normas benéficas devem ser interpretadas restritivamente, a teor do art. 1.090 do CC (fls. 427/429).’

O Recorrente sustenta que deve ser observado o Regulamento de 1965, e não o de 1975, pois foi admitido em data anterior à alteração do regulamento que lhe trouxe prejuízos. Afirma que primeiro deve ser calculado o vencimento proporcional para depois se efetuar a dedução do valor recebido do INSS. Aponta contrariedade às Súmulas nos 51 e 288 do TST e traz aresto ao cotejo.

O Autor postula o pagamento de diferenças de complementação de aposentadoria, argumentando que o Reclamado alterou a forma de cálculo da complementação, aferindo de forma incorreta a proporcionalidade e a dedução da parcela satisfeita pelo INSS.

A controvérsia cinge-se ao fato de ser proporcional o abono de aposentadoria, e não a base de cálculo, como considerada pelo Reclamado, o que evidentemente produz diferenças quanto ao montante do abono e prejuízos para o Autor, admitido na vigência do Regulamento de 1965.

As diferentes bases de cálculo implicam resultados diversos, sendo mais gravoso ao Reclamante o método aplicado pelo Banco, em que se deduz o valor do INSS posteriormente. A título de ilustração, a 4ª Turma deste Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento dos processos nos TST-RR-1.767/2000-094-15-00-3 (Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho) e TST-RR-73.629/2003-900-00-00 (Rel. Juiz Convocado Antônio Pancotti), simulou a aplicação das diferentes fórmulas, em que se constatou a diferença.

Em face de tal disparidade, cumpre estabelecer o parâmetro fixado pelo art. 106 do Regulamento do Reclamado. Verifica-se que o § 3º do referido dispositivo regulamentar estabelece que o abono será proporcional, o que acarreta a aplicação da proporcionalidade sobre o abono, e não sobre os vencimentos do cargo efetivo.

Nesse sentido, o seguinte precedente desta Corte:

‘BANESPA COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA CÁLCULO ART. 106 DO REGULAMENTO DE PESSOAL DE 1965 PROPORCIONALIDADE DE TEMPO DE SERVIÇO APLICÁVEL AO ABONO, E NÃO AOS VENCIMENTOS DO CARGO EFETIVO.

1 - O art. 106 do Regulamento de Pessoal de 1965 do BANESPA estabeleceu que a complementação de aposentadoria de seus empregados (denominada de abono mensal) seria equivalente à diferença entre a importância paga pelo IAPB (hoje INSS) e os vencimentos de seu cargo efetivo. Em seu § 3º, o preceito regulamentar assentou que o abono mensal seria proporcional ao tempo de serviço prestado ao Banco pelo empregado.

2. A discussão dos presentes autos gira em torno da fórmula aplicável para o cálculo da complementação de proventos: se a proporcionalidade seria aplicável ao abono ou aos vencimentos do cargo efetivo.

3. Havendo diferença substancial entre a utilização das duas fórmulas, deve-se atentar para a dicção da norma interpretanda, que não deixa dúvidas

de que, sendo o abono proporcional, a proporcionalidade deve ser aplicada a ele, e não aos vencimentos do cargo efetivo para cálculo do abono. (Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, Processo nº TST-RR-1767/2000-094-15-00, DJ - 17/06/2005).’

Conheço, por contrariedade às Súmulas nos 51 e 288 do TST.

b) Mérito

Conhecido o Recurso de Revista por contrariedade às Súmulas nos 51 e 288 desta Corte, a consequência é o provimento do apelo.

Pelo exposto, dou provimento ao Recurso de Revista do Reclamante para deferir o pagamento de diferenças de complementação de aposentadoria, em parcelas vencidas e vincendas, que serão aferidas em regular execução, por simples cálculos, respeitando o critério de cálculo definido pelo regulamento de 1965, acostado aos autos. Arbitro o valor da condenação em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Custas em reversão no importe de R\$ 100,00 (cem reais)” (fls. 472/475).

O reclamado aponta violação ao art. 896 da CLT, má-aplicação das Súmulas 51 e 288 do TST e contrariedade às Súmulas 126 e 297 do TST. Argumenta que o Tribunal Regional, soberano na apreciação de fatos e provas, consignou que não houve prejuízo para o reclamante e que a norma posterior é mais benéfica. Nessa linha de raciocínio, entende que para concluir pela contrariedade às Súmulas 51 e 288 do TST, a Turma revolveu matéria fática.

Da leitura do acórdão embargado, infere-se que a Turma deu novo enquadramento jurídico aos fatos consignados no acórdão regional e com base na jurisprudência desta Corte chegou à conclusão de que o critério previsto no Regulamento Interno de 1965 é mais benéfico para o reclamante. A decisão da Turma não está baseada em fatos diversos daqueles constantes do acórdão regional. Dessa forma, não há falar em contrariedade à Súmula 126 do TST.

Também não há falar em contrariedade à Súmula 297 do TST, uma vez que a matéria foi devidamente apreciada pelo Tribunal Regional.

Outrossim, tendo a Turma concluído que as normas regulamentares em vigor na data da admissão do empregado são mais benéficas que aquelas implementadas em 1975, não há falar em contrariedade às Súmulas 51 e 288 do TST. Com efeito, conforme se extrai do acórdão regional, o Regulamento de Pessoal de 1965 estabelecia o pagamento da complementação de aposentadoria em forma de abono, que seria integral para os empregados que contassem com 30 ou mais anos de serviço efetivo e proporcional para os demais casos. Estabeleceu, ainda, a norma regulamentar de 1965 que o abono integral correspondia à diferença entre o vencimento do cargo efetivo e o valor pago a título de aposentadoria pelo INSS. Nesse contexto, o critério de cálculo da complementação de aposentadoria previsto pelo Regulamento de 1975, estabelecendo uma proporcionalidade na base de cálculo do abono e não no próprio abono - como previa a norma interna de 1965, constituiu alteração desfavorável aos empregados e que, portanto, só atinge os empregados posteriormente admitidos.

Nesse sentido são os seguintes precedentes desta Corte:

“RECURSO DE EMBARGOS. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. FORMA DE CÁLCULO. BANESPA. A complementação de aposentadoria do reclamante estava disciplinada pelo Regulamento de 1965, que vigia à data de sua admissão, tendo sido este o regulamento devidamente observado pela C. Turma, no que se refere ao abono a sua proporcionalidade, tomando-se como base de cálculo o valor integral do abono, pois, nos termos do artigo 106 do Regulamento de Pessoal, o abono é que deve ser proporcional ao tempo de serviço e não a base de cálculo para se chegar ao valor da aposentadoria, devendo esta corresponder aos vencimentos do cargo efetivo a que o funcionário pertencia na data da sua jubilação. Embargos não conhecidos” (E-

RR-1406/2000-001-15-85.5, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ 09/11/2007).

“COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. REGULAMENTOS DE PESSOAL DE 1965 E 1975. A jurisprudência desta Corte tem-se reiterado no sentido de que o critério para o cálculo do abono proporcional relativo à complementação de aposentadoria deve observar o disposto no parágrafo 3º do artigo 106 do Regulamento de 1965 da Reclamada, no sentido de que a proporcionalidade deverá ser aplicada sobre o abono, porquanto aludida norma é mais benéfica ao trabalhador. (Precedentes desta 5ª Turma e demais desta Corte). Recurso de revista conhecido e a que se nega provimento” (RR-1764/2000-006-15-00.7, Rel. Min. Emmanoel Pereira, DEJT 12/06/2009).

COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA - REGULAMENTOS DE PESSOAL DE 1965 E 1975. A jurisprudência da Corte é no sentido de que a adoção do Regulamento de Pessoal do Banespa de 1965 deve ser aplicado, porque proporcional ao abono (correspondente à diferença entre os vencimentos do cargo efetivo e o benefício pago pela Previdência Social), na forma do art. 106, § 3º, da aludida norma empresarial, porque mais benéfica em relação ao Regulamento de 1975, o que vai ao encontro do princípio de proteção. Recurso de revista a que se nega provimento) (RR - 2479/2000-069-02-00.7, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, DEJT 06/03/2009).

Ante todo o exposto, NÃO CONHEÇO.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do Recurso de Embargos. Brasília, 25 de junho de 2009.

JOÃO BATISTA BRITO PEREIRA
Ministro Relator

PROC. Nº TST-E-ED-RR-790488/2001.3
A C Ó R D Ã O
(Ac. SBDI-1)
BP/jm

PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. A Turma, mediante a decisão recorrida, apresentou solução judicial para o conflito, mesmo que contrária ao interesse da embargante, configurando-se efetiva prestação jurisdicional.

NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DO TRIBUNAL REGIONAL. O Recurso de Revista efetivamente não alcançava conhecimento quanto à preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, uma vez que o Tribunal Regional, mediante a decisão recorrida, apresentou solução judicial para o conflito, mesmo que contrária ao interesse da embargante, configurando-se efetiva prestação jurisdicional, não havendo falar, portanto, em violação aos dispositivos indicados.

GARANTIA DE EMPREGO. NORMA REGULAMENTAR. REVOGAÇÃO POR SENTENÇA NORMATIVA. DISSÍDIO COLETIVO 24/84. TELEPAR. POSSIBILIDADE. SÚMULA 51/TST.

INAPLICABILIDADE. É inaplicável a Súmula 51 do TST quando a revogação da norma regulamentar decorre de sentença normativa resultante de acordo celebrado em dissídio coletivo regularmente homologado em juízo.

Recurso de Embargos de que se conhece em parte e a que se dá provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº **TST-E-ED-RR-790488/2001.3**, em que é Embargante **BRASIL TELECOM S.A.** e Embargado **FERNANDO TADEU WISNIEWSKI**.

A Terceira Turma (fls. 320/324 e 352/353) não conheceu do Recurso de Revista interposto pela reclamada quanto "preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional" bem como no que se refere aos temas "reintegração" e "estabilidade".

Irresignada, a reclamada interpõe Recurso de Embargos (fls. 355/371), em que suscita a preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional e busca reformar a decisão quanto aos temas "preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional", "reintegração" e "estabilidade". Aponta ofensa a dispositivos de lei e da Constituição da República e transcreve arestos para confronto de teses.

Não foi oferecida impugnação (fls. 373).

O Recurso não foi submetido a parecer do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

Satisfeitos os pressupostos genéricos de admissibilidade.

1. CONHECIMENTO

1.1. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Suscita a reclamada a preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, sustentando que, não obstante a oposição dos Embargos de Declaração, a Turma não apreciou a questão da reintegração sob o aspecto da necessidade de motivação da dispensa. Indica violação aos arts. 458 do CPC, 832 da CLT e 93, inc. IX, da Constituição da República.

Verifica-se que a Turma expendeu fundamentação em relação a todos os aspectos questionados, manifestando-se

expressamente sobre cada um dos pontos suscitados, sublinhando o seguinte:

“Os argumentos trazidos pela Empresa no tocante à motivação para a dispensa são impertinentes, já que a decisão recorrida se sustenta pelo principal fundamento adotado pelo Regional, segundo o qual o direito à reintegração subsiste em razão da norma interna que se agregou ao contrato de trabalho do Reclamante, em que foram fixados critérios que deveriam ser observados para efeitos do ato de demissão, como concluído à fl.219. E, quanto a este aspecto, não logrou a Reclamada demonstrar o cabimento do Recurso” (fls. 323).

Assim, a Turma, mediante a decisão recorrida, apresentou solução judicial para o conflito, mesmo que contrária ao interesse da embargante, configurando-se efetiva prestação jurisdicional, não havendo falar, portanto, em violação aos dispositivos indicados.

NÃO CONHEÇO.

1.2. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DO TRIBUNAL REGIONAL

A Turma, quanto ao tema em destaque, não conheceu do Recurso de Revista, sob os seguintes fundamentos:

“Busca a Reclamada a nulidade do acórdão por inobservância dos arts. 93, inciso IX, e 5º, incisos LV e XXXV, da Constituição Federal e 832 da CLT, contrariedade à Súmula nº 297/TST e divergência jurisprudencial.

Alega que, apesar da oposição de Embargos de Declaração, o Regional não teria prestado esclarecimentos sobre a transação judicial que revogou a norma regulamentar que serviu de base para garantir a reintegração do Reclamante.

Em que pese a argumentação da Reclamada, não procede a nulidade, já que o Regional declarou, à fl.219, que o direito assegurado pela norma interna da Empresa agregou-se ao contrato de trabalho, por se

tratar de cláusula regulamentar e condição mais benéfica, sendo que eventual supressão ou alteração em nada interessa ao deslinde da causa, já que na época da publicação o obreiro prestava serviços ao réu.

Nesse contexto, a questão foi enfrentada, pelo que não se há falar em violação dos arts. 832 da CLT e 93, inciso IX, da Carta Magna.

Os demais dispositivos constitucionais tidos como violados, bem como a contrariedade à Súmula nº 297/TST e a divergência alegadas não servem para justificar a nulidade, consoante o disposto na OJ nº 115 da SDI-I do TST” (fls. 320/321).

A reclamada aponta violação ao art. 896 da CLT, por entender que seu Recurso de Revista alcançava conhecimento por ofensa aos arts. 458 do CPC, 832 da CLT e 93, inc. IX, da Constituição da República. Sustenta que, não obstante a oposição dos Embargos de Declaração, o Tribunal Regional não apreciou a premissa fática de que a norma regulamentar que previa a garantia de emprego foi revogada por Dissídio Coletivo.

Não há falar em negativa de prestação jurisdicional, porquanto o Tribunal Regional adotou tese que torna irrelevante a manifestação sobre a forma de revogação da norma interna, mesmo que mediante Dissídio Coletivo, ao sublinhar o seguinte:

“O texto da Norma Regulamentar 000.700.005-PR (‘Política de Desligamento de Empregados da Empresa’ – fl. 25) por si mesmo aponta sua natureza, ou seja, norma de cunho definitivo, criando ‘política de proporcionar a seus empregados a oportunidade de **duradoura permanência na Empresa**’ (grifei). Assim, evidente sua incorporação aos contratos em curso e, na hipótese de sua revogação, a nova política somente pode ser aplicada a novos contrato” (com destaques no original, fls. 217)

Assim, verifica-se que o Recurso de Revista efetivamente não alcançava conhecimento quanto à preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, uma vez que o Tribunal Regional, mediante a decisão recorrida, apresentou solução judicial para o conflito, mesmo que contrária ao interesse da embargante, configurando-se efetiva prestação jurisdicional, não havendo falar, portanto, em violação aos dispositivos indicados.

Permanece, dessa forma, incólume o art. 896 da CLT.NÃO CONHEÇO.

1.3. REINTEGRAÇÃO. NORMA REGULAMENTAR. REVOGAÇÃO POR NORMA COLETIVA

A Turma, quanto ao tema em destaque, não conheceu do Recurso de Revista, sob os seguintes fundamentos:

“Asseverou o Regional que o Reclamante foi admitido em 02/08/76 e injustamente dispensado em 23/05/97, à revelia do disposto em norma interna da Empresa.

Declarou que a norma regulamentar 000.700.005-PR (Política de Desligamento dos Empregados da Empresa) consubstanciou-se em verdadeira garantia relativa de emprego, estatuiu limitações ao direito potestativo de rescisão do contrato de trabalho e, por se tratar de norma mais benéfica, aderiu aos contratos de trabalho vigentes à data de sua instituição, nos moldes da Súmula nº 51/TST.

Assinalou também que a Reclamada despediu o Reclamante sem justa causa, pelo que impertinente que venha a Juízo pretendendo justificar o requisito da motivação do ato administrativo, com a prática de atos que teriam ocorrido no decorrer do contrato de trabalho e que justificariam a despedida por justa causa. Enfatiza que a sociedade de economia mista ou a empresa pública, mesmo quando contrata empregados pelo regime celetista, não está dispensada de motivar o ato administrativo conseqüente da demissão de seu empregado, tenha ou não prestado concurso público, como no caso.

A Reclamada alega que a norma regulamentar que serviu de base para fundamentar a decisão não instituiu estabilidade, muito menos garantia de emprego, mas apenas estabeleceu norma programática de oportunização de contratos de tempo indeterminado, aludindo-se a uma possível duradoura permanência, especificando a incompetência, negligência e as falhas éticas como os motivos do desligamento dos empregados do quadro de pessoal, por iniciativa da Empresa. Por outro lado, referida norma foi expressamente revogada por meio do DC-24-84, em sua Cláusula 5ª.

Assim, pelas razões expostas a fls.240-247, entende que a decisão, além de divergir dos arestos de fls.244-245, contrariou a Súmula nº 51/TST e violou os arts. 5º, incisos II e XXXVI, parte final, e 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal, 468 e 611, § 1º, da CLT e 2º, 1.090 e 85 do Código Civil.

Aduz, ainda, a Reclamada que o Regional violou os arts. 37, caput, incisos I e II e § 2º, 173, § 1º, 5º, caput, 7º, inciso I, da Constituição Federal e 477, caput, da CLT, porque não se pode exigir motivação no ato de dispensa de um empregado de então sociedade de economia mista. Nesse sentido, também traz arestos à colação.

O art. 5º, inciso II, da Constituição Federal constitui norma de caráter genérico, cuja violação só poderia ocorrer de forma indireta, o que não autoriza o cabimento da Revista (art. 896, alínea c, da CLT).

Não se vislumbra a violação do art. 611, § 1º, da CLT, porque não está em discussão a faculdade dos sindicatos representantes da categoria profissional celebrar acordo coletivo com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica. Ileso também os arts. 5º, inciso XXXVI, e 7º, inciso XXVI, da Carta Magna, pois o Regional não afrontou a coisa julgada nem negou validade a acordo coletivo, apenas limitou o âmbito da aplicação de alterações posteriores aos empregados contratados a partir do seu advento.

Inexiste, por outro lado, ofensa aos arts. 468 da CLT, 2º, 1.090 e 85 do Código Civil ou atrito com a Súmula nº 51, porquanto asseverou o Regional que a norma interna da Empresa, por ser mais benéfica, aderiu aos contratos de trabalho vigentes à data da sua instituição.

A divergência, ademais, é inespecífica. O aresto de fl.244 trata de possibilidade de revogação de regulamento de empresa que prevê garantia de emprego por acordo coletivo homologado judicialmente; os de fl.245 cuidam de flexibilização da negociação coletiva e da possibilidade de alteração das condições contratuais originárias ou decorrentes de normas coletivas de forma ampla; o de fl.246 trata da interpretação restrita das norma regulamentar. Aplicável a Súmula nº 296 do TST.

Os argumentos trazidos pela Empresa no tocante à motivação para a dispensa são impertinentes, já que a decisão recorrida se sustenta pelo principal fundamento adotado pelo Regional, segundo o qual o direito à reintegração subsiste em razão da norma interna que se agregou ao

contrato de trabalho do Reclamante, em que foram fixados critérios que deveriam ser observados para efeitos do ato de demissão, como concluído à fl.219. E, quanto a este aspecto, não logrou a Reclamada demonstrar o cabimento do Recurso.

À vista do exposto, não conheço da Revista” (fls. 322/323).

A reclamada aponta violação ao art. 896 da CLT, por entender que seu Recurso de Revista alcançava conhecimento por ofensa aos arts. 468 e 611, § 1º, da CLT e 5º, incs. II e XXXVI, e 7º, inc. XXVI, da Constituição da República e 1.090 do Código Civil de 1916. Sustenta a possibilidade de revogação da norma interna mediante negociação coletiva, com concessões mútuas, salientando a participação do sindicato e, no caso de Dissídio Coletivo como na hipótese, a intervenção do Poder Judiciário. Argumenta que a Súmula 51 desta Corte não tem incidência quando a alteração se dá mediante instrumento coletivo. Colaciona arestos para cotejo de teses.

Os arestos colacionados a fls. 365 autorizam o conhecimento do Recurso, pois revelam tese divergente da adotada pela Turma, no sentido de validade da revogação de uma norma regulamentar por uma norma coletiva.

Ante o exposto, CONHEÇO por divergência jurisprudencial.

2. MÉRITO

2.1. REINTEGRAÇÃO. NORMA REGULAMENTAR. REVOGAÇÃO POR NORMA COLETIVA

Discute-se, na hipótese, a validade da revogação de uma norma regulamentar por uma norma coletiva.

Saliente-se, desde logo, que à hipótese não se aplica a diretriz da Súmula 51 do TST, visto que apoiada em premissa diversa, qual seja, a revogação de norma interna por outra norma interna. De igual modo, tendo essa revogação da norma interna se dado via negociação coletiva, não contraria o art. 468 da CLT tampouco o art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição da República. A validade da norma coletiva é reconhecida pela Constituição da República de 1988,

em seu art. 7º, inc. XXVI. Assim, é possível a revogação de regulamento empresarial, ainda que mais benéfico aos empregados, por meio de sentença normativa.

Nesse sentido é a atual, iterativa e notória jurisprudência desta Corte, conforme se verifica dos seguintes precedentes, em que foi parte a Telepar e estava em discussão exatamente a revogação da garantia de emprego instituída por norma interna mediante norma coletiva:

“GARANTIA DE EMPREGO - REGULAMENTO INTERNO - REVOGAÇÃO POR DISSÍDIO COLETIVO - SÚMULAS Nos 51 E 288 DO TST - INAPLICABILIDADE A norma regulamentar objeto da discussão foi revogada por convenção das partes, por meio de acordo em sede de dissídio coletivo, devidamente homologado pelo juízo. Não há falar, nesse contexto, em alteração unilateral do contrato, tampouco em direito adquirido. São inaplicáveis as Súmulas nos 51 e 288. Precedentes” (E-ED-RR-28748/2000-002-09-00.9, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi Data, DEJT 24/4/2009).

“RECURSO DE REVISTA. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO EMBASADO EM NORMA REGULAMENTADORA INTERNA, QUE FORA REVOGADA POR MEIO DE DECISÃO PROFERIDA EM DISSÍDIO COLETIVO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 51 DO TST. PROVIMENTO. Tendo em vista a revogação de norma regulamentadora interna por meio de decisão proferida em dissídio coletivo, inaplicável o teor da Súmula 51/TST. Trata-se de revogação decorrente de norma coletiva e não unilateral, o que leva à conclusão lógica de que a negociação que culminou na referida revogação ocorreu mediante concessões recíprocas. Recurso de revista conhecido e provido” (E-ED-RR-12897/2002-015-09-00.4, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 06/02/2009).

“EMBARGOS. RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007. ESTABILIDADE ASSEGURADA EM NORMA INTERNA PATRONAL POSTERIORMENTE SUPRIMIDA POR NORMA COLETIVA. NULIDADE DE DISPENSA. A jurisprudência desta Corte vem se firmando no sentido de considerar inaplicável a Súmula nº 51 do TST à hipótese vertente, pois a alteração não ocorreu de forma unilateral, mas cancelada pelo Sindicato da

categoria. Precedentes da SBDI-1/TST” (E-ED-RR-775113/2001.4, Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, DEJT 12/12/2008).

“RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 894 DA CLT. REINTEGRAÇÃO. ESTABILIDADE. NORMA REGULAMENTAR REVOGADA POR DISSÍDIO COLETIVO. É incontroverso no processo que a norma regulamentar instituidora da política de desligamento foi expressamente revogada no Dissídio Coletivo 24/84. A norma regulamentar foi revogada por Dissídio Coletivo, em que os empregados estavam representados pelo respectivo sindicato de classe, além de que houve a interveniência de órgão jurisdicional, de modo a resguardar a tutela dos interessados. Recurso de Embargos conhecido e não provido” (E-RR-20888/2003-652-09-00.7, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 04/04/2008).

Saliente-se, ademais, que, segundo a Orientação Jurisprudencial 247, item I, da SDI-1, a despedida de empregados de sociedade de economia mista, como a reclamada, independe de ato motivado para sua validade.

Dessa forma, DOU PROVIMENTO ao Recurso de Embargos para restabelecer a sentença de primeiro grau quanto ao indeferimento do pedido de reintegração. Fica prejudicado o exame do outro tema.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do Recurso de Embargos apenas quanto ao tema “Reintegração - Norma Regulamentar - Revogação por norma coletiva” por divergência jurisprudencial, e, no mérito, dar-lhe provimento para restabelecer a sentença de primeiro grau quanto ao indeferimento do pedido de reintegração, extinguindo o processo com resolução de mérito e invertendo-se o ônus da sucumbência quanto ao pagamento de custas processuais. Fica prejudicado o exame do outro tema.

Brasília, 4 de junho de 2009.

JOÃO BATISTA BRITO PEREIRA
Ministro Relator

PROC. Nº TST-E-RR-798030/2001.0
A C Ó R D Ã O
(SBDI-1)
BP/jm

**COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA.
TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. VENDA DO
CARIMBO.**

A negociação levada a efeito entre empregado e empregadora, que resultou no "Termo de Relação Contratual Atípica" - a chamada "venda do carimbo" -, envolveu expectativa de direito do empregado relativamente à complementação de aposentadoria prevista em Acordo Coletivo de Trabalho, portanto, direito individual disponível. Ausente qualquer indício de vício de consentimento, não há como se recusar a validade da transação.

**GRATIFICAÇÃO POR APOSENTADORIA
ANTECIPADA. ALTERAÇÃO DA NORMA
REGULAMENTAR POR ACORDO COLETIVO.**

POSSIBILIDADE. A validade da norma coletiva é reconhecida pela Constituição da República de 1988, em seu art. 7º, inc. XXVI. Desse modo, é possível a supressão de um benefício previsto em regulamento empresarial, mas ainda não incorporado ao contrato de trabalho do empregado, mediante acordo coletivo.

Recurso de Embargos de que se conhece e a que se dá provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº **TST-E-RR-798030/2001.0**, em que é Embargante **TELECOMUNICAÇÕES DO PARANÁ S.A. - TELEPAR** e Embargado **AGUINALDO ELIAS**.

A Segunda Turma (fls. 725/739) não conheceu do Recurso de Revista interposto pela reclamada quanto aos temas

“transação - complementação de aposentadoria - venda de carimbo” e “gratificação por aposentadoria antecipada”.

Irresignada, a reclamada interpõe Recurso de Embargos (fls. 741/755), em que reformar a decisão quanto aos temas “transação - complementação de aposentadoria - venda de carimbo” e “gratificação por aposentadoria antecipada”. Aponta ofensa a dispositivos de lei e da Constituição da República e transcreve arestos para confronto de teses.

Foi oferecida impugnação (fls. 761/772).

O Recurso não foi submetido a parecer do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

Satisfeitos os pressupostos genéricos de admissibilidade.

1. CONHECIMENTO

1.1. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. VENDA DO CARIMBO

A Turma, quanto ao tema em destaque, não conheceu do Recurso de Revista, sob os seguintes fundamentos:

“Note-se que, a par dos contornos nitidamente fático probatórios que envolvem a questão relativa à eficácia da suposta transação implementada entre as partes e que inviabilizam o seguimento do recurso na forma preconizada pela Súmula/TST nº 126, o Tribunal Regional, verificando que o objetivo buscado pela Telepar foi se exonerar de obrigação certa, apresentando ao reclamante proposta muito aquém do que teria direito se obedecido o termo da relação contratual atípica que assegurou o benefício à complementação de aposentadoria, acabou por concluir que a venda de carimbo, na verdade, caracterizou-se em ilegal alteração do contrato de trabalho, redundando em renúncia ao direito.

Nesse sentido, cumpre esclarecer que o princípio da irrenunciabilidade dos direitos, classicamente elencado por Américo Plá Rodriguez, é tido como regra basilar no âmbito do Direito Laboral, de modo que sua flexibilização, através das fórmulas autocompositivas ou heterocompositivas de solução dos conflitos, demanda requisitos próprios e formais, os quais merecem especial observância, sob pena de ser declarada nula, a teor do que preleciona o artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho. Note-se que a transação e os contratos benéficos interpretam-se restritivamente (artigo 1.027 e 1.090 do Código Civil), mas não podem implicar em renúncia a direitos trabalhistas, ainda que seja vislumbrada vantagem financeira diversa ao trabalhador. A renúncia, neste caso, somente seria permitida caso fosse firmada em juízo, diante do Juiz do Trabalho, sem dar qualquer margem à possibilidade de fraude.

De outra parte, mesmo no Direito Civil, a validade da transação exige a existência de litigiosidade a respeito de objeto certo e identificado, sobre o qual a aplicação do direito se mostra duvidosa. Depreendo, assim, que a suposta transação aventada pela recorrente sequer se refere aos direitos que, por se mostrarem de exercício duvidoso, assumiram caráter litigioso suficiente a justificá-la. Seus termos genéricos não atendem os requisitos do artigo 1025 do Código Civil, razão pela qual não gera os efeitos pretendidos pela recorrente.

Impertinente, portanto, a discussão acerca da inexistência de direito adquirido, posto que, além de injustificável em face do Termo de Acordo de Extinção de Obrigação firmado pela reclamada, a questão também trata de alteração ilegal do contrato de trabalho em prejuízo ao empregado, o que atrai a aplicação do artigo 468 da CLT, conforme bem colocado pelo Colegiado de origem.

Com efeito, não vislumbro afronta à literalidade dos artigos 5º, XXXVI, da Constituição Federal, 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, 1025, 1030 e 1092 do Código Civil, 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, conforme exige a alínea c do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Também não prospera o dissenso pretoriano invocado, eis que o único aresto transcrito às fls. 642 das razões de revista não se presta ao fim colimado, porquanto inespecífico, eis que parte de premissa fática diversa da enfrentada pelo acórdão, que concluiu que a venda do carimbo,

na realidade, caracterizou-se em ilegal alteração do contrato de trabalho, redundando em renúncia ao direito à complementação de aposentadoria. Incidência da Súmula/TST nº 296” (fls. 734/735).

A reclamada aponta violação ao art. 896 da CLT, por entender que seu Recurso de Revista merecia conhecimento por afronta aos arts. 1.025, 1.030, e 1.092 do Código Civil, 9º e 468 da CLT, 5º, incs. II e XXXVI, da Constituição da República e 6º, § 2º, da LICC. Sustenta que a reclamante transacionou o que ainda não possuía e, em troca de determinada importância em dinheiro, abriu mão de hipotética vantagem. Afirma haver, então, mera expectativa de direito à complementação de aposentadoria, razão por que não se pode retirar a validade da transação consistente na “venda do carimbo”. Transcreve arestos para confronto de teses.

O Tribunal Regional negou provimento ao Recurso Ordinário interposto pela reclamada quanto ao tema “venda de carimbo”. Na ocasião, deixou registrados os seguintes fundamentos:

“O cerne da controvérsia, portanto, se encontra no fato de denominada “venda de carimbo” caracterizar-se, ou em ilegal alteração do contrato de trabalho, redundando em renúncia ao direito, ou então, em válida e eficaz transação, de acordo com as normas aplicáveis à espécie.

.....
Na hipótese concreta, a intenção da reclamada foi desonerar-se da obrigação contratual de completar a aposentadoria de seus empregados, originalmente pactuado no termo de relação contratual atípica. Aliás não houve qualquer concessão por parte da empresa para que se tenha como válida a transação extrajudicial verificada.

Buscou a Telepar nitidamente se exonerar de obrigação certa, apresentando ao reclamante proposta muito aquém do que teria direito se obedecido o termo da relação contratual atípica que assegurou o benefício à complementação de aposentadoria.

Em relação ao direito adquirido, se este não existisse, injustificável a reclamada firmar Termo de Acordo de Extinção de Obrigação. Ao assim proceder, á toda evidência admite ser devedora de obrigação certa.

Ainda que assim não fosse, desnecessário o questionamento acerca do direito adquirido se o carimbo constituía direito adquirido ou expectativa de direito -, pois a questão trata de alteração ilegal do contrato de trabalho em prejuízo ao empregado, o que atrai a aplicação do artigo 468 da CLT.

Nesta esteira, a garantia (mesmo de direito futuro, como exposto no entendimento doutrinário acima transcrito) só se tornaria disponível se

não acarretasse qualquer prejuízo ao beneficiário. Entendimento contrário estaria a contrapor os princípios básicos do direito trabalhista e, principalmente, a intenção do legislador.

Portanto, entendo que ao obreiro só seria permitido vender o carimbo, se a reclamada apresentasse proposta clara ao reclamante que não lhe acarretasse qualquer prejuízo patrimonial, o que incoerreu. Neste passo, note-se que a própria recorrente admite que os valores concedidos não se encontram em patamar ao que originariamente seria de direito do reclamante.

A planilha de fl. 89 aponta satisfatoriamente que a venda de carimbo significou apenas 10% do montante possível do benefício. O prejuízo é notório.

Por conseguinte, correto o julgado em declarar nulo o termo de acordo de extinção de cumprimento de obrigação (fl. 86), fazendo jus o autor a receber a complementação de aposentadoria nos moldes fixados no termo de relação contratual atípica.

Quanto ao pedido sucessivo, o juízo já determinou o abatimento requerido. (fls. 606/608)".

É sabido, nesta Corte, que a expressão "carimbo", objeto da transação, refere-se a benefício contratual instituído mediante um instrumento denominado "Termo de Relação Contratual Atípica", consistente na previsão de concessão de complementação de aposentadoria.

A hipótese versada nos autos é típica de transação, na forma que possibilita o art. 840 do Código Civil (art. 1.025 do Código Civil de 1916), pois presente o requisito da prevenção do litígio mediante concessões mútuas, circunstância que afasta qualquer indício de irregularidade no pacto havido entre empregado e empregadora (Termo de Relação Contratual Atípica ou "venda do carimbo") em torno de uma expectativa de direito disponível. Além disso, não há indicação de qualquer vício de consentimento na avença.

Esta Corte tem entendido pela validade da chamada "venda de carimbo", consoante se observa dos seguintes precedentes:

“RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI N.º 11.496/2007. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. VENDA DE CARIMBO. TRANSAÇÃO. VALIDADE. ARTIGO 1.025 DO CCB (REVOGADO). ARTIGO 5.º, INCISO XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VIOLAÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL. PROVIMENTO . Esta Corte tem reconhecido a validade da transação que passou a ser conhecida como venda de carimbo adotada pela TELEPAR,

mediante a qual o Reclamante abriu mão de futuro benefício, que seria pago a título de complementação de aposentadoria, recebendo importância ofertada pela Reclamada, reconhecendo-se o caráter transacional da prática adotada pela Reclamada, não se verificando a existência de vício de vontade. Assim sendo, há de se reconhecer que a decisão regional importou em violação dos arts. 1.025 do Código Civil (revogado) e 5.º, XXXVI, da Constituição Federal, no que tange ao ato jurídico perfeito, devendo ser provido o Recurso para que seja declarada a validade do ato denominado venda de carimbo, excluindo-se da condenação os valores deferidos a tal título. Precedentes da Corte. Recurso de Embargos conhecido em parte e provido” (E-ED-RR-24.096/2000-652-09-00.9, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, DJ 19/9/2008).

“TELEPAR. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. VENDA DO CARIMBO. A negociação levada a efeito entre empregado e empregadora, que resultou no Termo de Relação Contratual Atípica a chamada venda do carimbo -, envolveu expectativa de direito do empregado relativamente à complementação de aposentadoria prevista em Acordo Coletivo de Trabalho, portanto, direito individual disponível. Ausente qualquer indício de vício de consentimento, não há como se recusar a validade da transação. Recurso de Embargos de que se conhece em parte e a que se dá provimento”(E-ED-RR-64.729/2002-900-09-00.9, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DJ 28/3/2008).

“COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. VENDA DE CARIMBO. TRANSAÇÃO. VALIDADE. RECONHECIDA. Trata-se de controvérsia relativa à alteração das condições contratuais efetivada pela Empresa, denominada -venda de carimbo- consubstanciada na opção de a Reclamante receber determinada quantia aleatória em dinheiro, em substituição ao direito à complementação de aposentadoria. O ato teria se formalizado por meio do Termo de Acordo de Extinção de Cumprimento de Obrigação. O Colegiado a quo estabeleceu seu foco na questão da ilegalidade da transação havida, relegando a segundo plano o fato de a Reclamante não ter, teoricamente, implementado o tempo de serviço, de modo a tornar-se beneficiário da complementação de aposentadoria. *In casu*, ocorreu a ofensa aos artigos 5º, inciso XXXVI da Constituição da República e 896 da CLT, pois à época da revogação da norma regulamentar o Reclamante ainda não tinha os requisitos necessários para a implementação do benefício. Recurso de Embargos conhecido e provido” (E-ED-RR-422/2003-016-09-00.2, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ. 23/11/2007).

“TELEPAR. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. VENDA DO CARIMBO. A negociação levada a efeito entre empregado e empregadora, que resultou no -Termo de Relação Contratual Atípica- - a chamada -venda do carimbo- , envolveu expectativa de direito do empregado relativamente à complementação de aposentadoria prevista em Acordo Coletivo de Trabalho, portanto, direito individual disponível. Ausente qualquer indício

de vício de consentimento, não há como se recusar a validade da transação. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se dá provimento” (E-ED-RR-30414/2002-900-09-00.8, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DJ. 09/11/2007).

“RECURSO DE EMBARGOS. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. BRASIL TELECOM TELEPAR. VENDA DE CARIMBO. TRANSAÇÃO. VALIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 896 DA CLT NÃO RECONHECIDA. A C. Turma confirmou o entendimento da Eg. Corte a quo, que considerou válido o ato realizado entre as partes, em face da indenização paga pelo empregador ao empregado através de contrato de venda de carimbo, realizado com o fim de transacionar a complementação de aposentadoria. Entendeu-se que o benefício, ainda que incorporado ao contrato de trabalho, retratava mera expectativa de direito e, diante da ausência de vício de consentimento do empregado, validou-se a transação realizada. Não se vislumbra a violação literal dos arts. 468 da CLT e 5º, XXXVI, da Carta Magna. Embargos não conhecidos” (E-RR-6660/2001-013-09-00, Ac. SBDI-1, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ. 29/6/2007).

Portanto, o Recurso de Revista tinha condições de ser conhecido por violação ao art. 1.025 do Código Civil de 1916 (art. 840 do Código Civil de 2002), razão por que a Turma, ao assim não proceder, violou o art. 896 da CLT.

CONHEÇO.

1.2. GRATIFICAÇÃO DE APOSENTADORIA ANTECIPADA

A Turma, quanto ao tema em destaque, não conheceu do Recurso de Revista, sob os seguintes fundamentos:

“Note-se que, ao constatar que o benefício da gratificação por aposentadoria antecipada não foi derogado pelo acordo coletivo de 1983, que criou a complementação de aposentadoria, e que a gratificação por aposentadoria antecipada está definida na NR 11/78, o Tribunal Regional acabou por interpretar a norma empresarial e a norma regulamentar de aplicação restrita à área de jurisdição do TRT da 9ª Região, atraindo, assim, o óbice imposto pela alínea b do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho.

.....

Impertinente, portanto, a alegação de ofensa aos artigos 5º, XXXVI, 7º, XXVI, da Constituição Federal, 2º da LICC, 468 e 611, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, 85 e 1090 do Código Civil.

Cumpra, ainda, observar que o princípio da legalidade, insculpido no inciso II do artigo 5º da Constituição da República, mostra-se como norma constitucional correspondente a princípio geral do nosso ordenamento jurídico, pelo que a violação ao preceito invocado não será direta e literal, como exige a alínea "c" do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, em face da subjetividade que cerca o seu conceito.

Por fim, também não prospera a alegação de divergência jurisprudencial, eis que as decisões transcritas às fls. 644/646 das razões de revista, são inservíveis à demonstração do dissenso. As de fls. 645 e 646, a teor do disposto na alínea a do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, porque originárias de Turmas desta Corte e do mesmo Tribunal Regional prolator do acórdão recorrido, respectivamente. A de fls. 644, porquanto inespecífica, eis que não enfrenta a mesma premissa fática discutida no acórdão, na medida que trata genericamente da desnecessidade de reexame de provas. Aplicabilidade da Súmula/TST nº 296, item I" (fls. 737/738).

A reclamada sustenta que não se trata de interpretação de normas locais, uma vez que estas foram interpretadas pelo Tribunal Regional. Argumenta que a matéria é unicamente de direito e cinge-se em saber se um benefício instituído por norma empresarial, que exigia determinados requisitos temporais para sua concessão - ainda não atingidos pelo reclamante no momento de sua revogação, pode ser transacionado por meio de acordo coletivo mais vantajoso. Aponta ofensa aos arts. 896, 468 e 611, § 1º, da CLT, 5º, inc. XXXVI, e 7º, inc. XXVI, da Constituição da República e 114 do Código Civil e transcreve arestos para confronto de teses.

Com efeito, discute-se acerca da validade da alteração da norma regulamentar que instituíra a gratificação por aposentadoria antecipada, via Acordo Coletivo de Trabalho substituído-a por uma complementação de aposentadoria.

Nesse sentido já decidiu esta Colenda Corte:

“GRATIFICAÇÃO POR APOSENTADORIA ANTECIPADA TELEPAR - COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA - VIOLAÇÃO DO ARTIGO 896, B , DA CLT NÃO CONFIGURADA. O cerne da controvérsia diz respeito à possibilidade de um acordo coletivo de trabalho substituir a parcela denominada gratificação de aposentadoria espontânea , criada anteriormente por meio de norma regulamentar, por complementação de aposentadoria. Nesse contexto, irrelevante que o conflito aparente em questão se dê entre normas cuja observância é obrigatória em área que não excede a jurisdição do e. TRT da 9ª Região, pois a força cogente de um acordo coletivo de trabalho é tema de natureza federal, ex vi do artigo 7º, XXVI, da Constituição. Recurso de embargos não conhecido” (E-RR-54283/2002-900-09-00, DJ - 02/05/2008, Rel. Min. Horácio Senna Pires)

Dessa forma, o art. 896, alínea “b”, da CLT não constituía óbice ao conhecimento do Recurso de Revista.

Quanto ao tema propriamente dito, constou do acórdão regional que à época da vigência da NR 11/78, que instituiu a gratificação por aposentadoria antecipada, a reclamante não preenchia os requisitos necessários ao seu enquadramento entre os beneficiários, dessa forma, não há falar em direito adquirido.

Por outro lado, à hipótese não se aplica a diretriz da Súmula 51 do TST, qual seja a revogação de norma interna por outra norma interna. De igual modo, a alteração das normas regulamentares que regiam o contrato de trabalho do reclamante se deu por acordo coletivo, não havendo falar em ofensa ao art. 468 da CLT.

A validade da norma coletiva é reconhecida pela Constituição da República de 1988, em seu art. 7º, inc. XXVI. Desse modo, é possível a revogação de regulamento empresarial mediante acordo coletivo, máxime ao se verificar que esse é mais benéfico aos empregados.

Nesse sentido são os seguintes precedentes desta Corte:

“RECURSO DE EMBARGOS. GRATIFICAÇÃO POR APOSENTADORIA ANTECIPADA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 896

DA CLT CONFIGURADA. A Norma Regulamentar que estabeleceu a gratificação por aposentadoria antecipada foi revogada por Acordo Coletivo de Trabalho sendo certo que a alteração em exame não decorreu de ato unilateral da empresa, mas de acordo firmado entre o sindicato da categoria profissional e a empresa embargante. Noticiado pelo Eg. Tribunal Regional que à época da vigência da NR 11/78 (de 1978 a 1983), que instituiu o benefício, o reclamante não preenchia os requisitos necessários ao seu enquadramento entre os beneficiários da aposentadoria, o acordo coletivo prevalece por ser mais benéfico ao reclamante. Embargos conhecidos e providos.” (E-RR-27492/1999-012-09-00, DJ - 07/03/2008, Rel. Min. ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA)

“RECURSO DE EMBARGOS. GRATIFICAÇÃO POR APOSENTADORIA ANTECIPADA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 896 DA CLT CONFIGURADA. A Norma Regulamentar que estabeleceu a gratificação por aposentadoria antecipada foi revogada por Acordo Coletivo de Trabalho sendo certo que a alteração em exame não decorreu de ato unilateral da empresa, mas de acordo firmado entre o sindicato da categoria profissional e a empresa embargante. Noticiado pelo Eg. Tribunal Regional que à época da vigência da NR 11/78 (de 1978 a 1983), que instituiu o benefício, o reclamante não preenchia os requisitos necessários ao seu enquadramento entre os beneficiários da aposentadoria, o acordo coletivo prevalece por ser mais benéfico ao reclamante. Embargos conhecidos e providos.” (E-RR-671908/2000, DJ - 08/02/2008, Rel. Min. ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA)

“GRATIFICAÇÃO POR APOSENTADORIA ANTECIPADA. PREVISÃO EM NORMA REGULAMENTAR

Discute-se a possibilidade de revogação de uma norma regulamentar, que instituiu a gratificação por aposentadoria antecipada, por um Acordo Coletivo. A matéria já é conhecida nesta Corte e, segundo jurisprudência específica, o benefício instituído posteriormente, via Acordo Coletivo de Trabalho, apresentou-se mais benéfico e todas as vantagens instituídas receberam a chancela do Sindicato, o que afasta a unilateralidade da alteração.

De acordo com o quadro fático revelado no acórdão do Tribunal Regional, à época da vigência da NR 11/78 (de 1978 a 1983), que instituiu

a gratificação por aposentadoria antecipada, o Autor não preenchia os requisitos necessários ao seu enquadramento entre os beneficiários da aposentadoria. Não há, portanto, que se falar em direito adquirido do Reclamante a essa parcela, como entendeu o TRT. Por outro lado, se a Constituição Federal, no seu artigo 7º, inciso XXVI, reconhece os acordos e as convenções coletivas do trabalho, é forçoso concluir pela validade da revogação de uma norma regulamentar por meio de um acordo coletivo de trabalho, que é fruto de uma livre negociação entre empregados e empregador, até porque é a própria Constituição, que em seu artigo 7º, VI, admite até a redutibilidade salarial em caso de negociação coletiva.

Finalmente, tem esta Corte entendido que a via negocial trabalhista só não pode ser reconhecida na flexibilização das normas de conteúdo mínimo de proteção ao trabalho, dentre as quais não se inclui a referida parcela.

Embargos conhecidos e providos para excluir da condenação a gratificação por aposentadoria antecipada” (E-RR-645.493/2000, DJ de 28/4/2006, Rel. Min. Rider de Brito).

“RECURSO DE EMBARGOS.

1. (...).

2.GARANTIA DE EMPREGO. NORMA REGULAMENTAR. REVOGAÇÃO POR SENTENÇA NORMATIVA. DISSÍDIO COLETIVO Nº 24/84. TELEPAR - POSSIBILIDADE. SÚMULA 51/TST - INAPLICABILIDADE

2.1. É inaplicável a Súmula 51 do TST quando a revogação da norma regulamentar decorre de sentença normativa resultante de acordo celebrado em dissídio coletivo regularmente homologado em juízo.

2.2. Não há falar em ofensa aos arts. 468 da CLT e 5º, inc. XXXVI, da Constituição da República, porque a alteração das normas regulamentares que regiam o contrato de trabalho do reclamante se deu por norma coletiva.

Recurso de embargos de que não se conhece” (E-ED-RR-1.622/2002-014-09-00.9, DJ de 17/8/2007, Relator. Min. João Batista Brito Pereira)

Sendo assim, CONHEÇO do Recurso, por violação ao art. 896 da CLT, porquanto o Recurso de Revista merecia conhecimento por ofensa ao 7º, inc. XXVI, da Constituição da República.

2. MÉRITO

2.1. TRANSAÇÃO. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA.

VENDA DE CARIMBO

Conhecido o Recurso de Embargos por violação ao art. 896 da CLT, diante da constatação de afronta ao art. 1.025 do Código Civil de 1916 (art. 840 do Código Civil de 2002), DOU-LHE PROVIMENTO para, apreciando desde logo o mérito do Recurso de Revista, com apoio no art. 146 do Regimento Interno do TST, excluir da condenação a complementação de aposentadoria.

2.2. GRATIFICAÇÃO POR APOSENTADORIA ANTECIPADA

Em face do conhecimento do Recurso de Embargos por violação ao art. 896 da CLT, porquanto o Recurso de Revista alcançava conhecimento por ofensa ao 7º, inc. XXVI, da Constituição da República, DOU-LHE PROVIMENTO para, apreciando desde logo o mérito do Recurso de Revista com apoio no art. 146 do Regimento Interno do TST, excluir da condenação a gratificação por aposentadoria antecipada.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do Recurso de Embargos quanto aos temas "transação - complementação de aposentadoria - venda de carimbo" e "gratificação por aposentadoria antecipada" por violação ao art. 896 da CLT, e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação a complementação de aposentadoria e a gratificação por aposentadoria antecipada.

Brasília, 13 de novembro de 2008.

JOÃO BATISTA BRITO PEREIRA
Ministro Relator

PROC. Nº TST-E-RR-659973/2000.0
A C Ó R D Ã O
SBDI-1

RECURSO DE EMBARGOS. DECISÃO EMBARGADA PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. PEDIDO DE DEMISSÃO. AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA SINDICAL. EFEITOS.

O § 1º do artigo 477 da CLT, ao prever que o pedido de demissão "só será válido" com a assistência sindical, encerra norma cogente, um dever e não uma faculdade, tendo em vista que a lei dispensa especial proteção ao empregado, pois o Direito do Trabalho tem no princípio da proteção o seu alicerce. *In casu*, verifica-se da decisão recorrida que a recusa do Sindicato em homologar o pedido decorreu do entendimento de que a autora era portadora de doença profissional. Vê-se, portanto, que, mais ainda, o pedido de demissão não se mostra válido, já que a empregada, pelo menos em tese, era detentora de estabilidade provisória. E, nesse sentido, o artigo 500 da CLT, igualmente, determina a observância da forma, consistente na assistência sindical. Assim, inválido o pedido de demissão, que deve ser convertido em dispensa sem justa causa, com retorno do autos à origem para apreciação da alegação de moléstia profissional e suas conseqüências. Recurso de embargos conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº **TST-E-RR-659973/2000.0**, em

que é Recorrente **MARIA JOSÉ GERALDO DOS SANTOS** e Recorrido **CARTÓRIO 3º OFÍCIO DE VITÓRIA**.

"A C. 5ª Turma desta Corte, pelo acórdão de fls. 118/120, não conheceu do Recurso de Revista da Reclamante.

A Autora interpõe Embargos à SBDI-1 (fls. 123/127). Aponta violação ao artigo 896 da CLT, alegando que o Recurso de Revista comportava conhecimento por violação ao artigo 477, §1º, da CLT. Traz arestos ao cotejo.

Sem impugnação (certidão às fls. 129).

Sem remessa dos autos ao D. Ministério Público do Trabalho, nos termos regimentais".

Até aqui o relato da Exma. Sra. Ministra Relatora de origem.

Apresentei divergência que, acolhida, leva-me a redigir o acórdão. É o relatório.

V O T O

Satisfeitos os pressupostos gerais referentes à tempestividade (fls. 121 e 123) e representação (fls. 10, 112 e 117), passo à análise dos específicos do apelo.

1 - CONHECIMENTO

1.1 - PEDIDO DE DEMISSÃO - AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA SINDICAL - EFEITOS

A e. 5ª Turma assim decidiu:

'O Regional assentou ser extreme de dúvidas o fato de a autora possuir conhecimento de sua doença ocupacional, quando pediu demissão, não se podendo dizer que não tenha agido de acordo com seus interesses, emergindo dos autos que, posteriormente à demissão a autora arrependeu-se, tanto que enviou correspondência à recorrida com o objetivo de tornar sem efeito a manifestação anterior. Consignou, outrossim, que adota o entendimento de que a assistência sindical em pedido de demissão de empregado com mais de um ano de serviço não é da substância do ato e, embora o não-cumprimento do disposto no art. 477, § 1º, da CLT acarrete presunção favorável ao trabalhador, é possível a

demonstração da ausência de vício em sua manifestação. Por derradeiro, registrou que não há argumentar que a estabilidade decorrente de doença profissional seja irrenunciável e, portanto, inválido o pedido de demissão formulado pela autora, pois, sequer há elementos nos autos que sinalizem a incapacidade para o trabalho por ocasião do afastamento e o só fato de ser portador de doença profissional não lhe garante o direito à estabilidade acrescido, outrossim, à questão de eventual estabilidade retirar do empregador o seu direito potestativo de rescisão unilateral do contrato de trabalho, mantendo incólume o direito do empregado de por fim ao pacto laboral.

A reclamante, em suas razões recursais, argumenta ser inverídica a afirmativa do recorrido de que se negou a comparecer à DRT para homologação de sua rescisão, pois o que, efetivamente se operou foi a negativa daquele órgão em fazer a homologação por força de sua doença ocupacional. Requer, por tal motivo, a nulidade da rescisão contratual, por contar com mais de um ano de serviço e sua rescisão não possuir assistência do respectivo sindicato ou de autoridade do Ministério do Trabalho. Aponta violação do art. 477, § 1º, da CLT e a ocorrência de dissenso pretoriano.

Não se viabiliza o conhecimento do apelo recursal.

Com efeito, exsurge do cotejo das razões recursais com os fundamentos da decisão vergastada, que a conclusão do Regional pela validade da rescisão celebrada, mesmo sem a assistência sindical, operou-se em face das peculiaridades supra expostas, razão pela qual os fundamentos lançados nas razões de recurso são inconsistentes, máxime em face de que não houve homologação da rescisão contratual pelo Sindicato, porquanto esse se negou a validá-la por entender que a autora possuía doença ocupacional, ou seja, resta clarividente não ter havido o descumprimento pela reclamada da formalidade prevista no § 1º do art. 477 da CLT, não podendo a ela ser imputada penalidade a que não deu causa.

Nesses termos, não há falar em violação do art. 477, § 1º, da CLT, o qual, em face das ponderações insertas na decisão vergastada permanece incólume e, tampouco se verifica a ocorrência de dissenso pretoriano, uma vez que os arestos trazidos à

colação tratam da invalidade da rescisão somente sob o prisma da ausência de assistência sindical, nos moldes do art. 477, § 1º, da CLT, mostrando-se, deveras inespecíficos, pois não partem da mesma premissa fática abordada pela decisão, em desacordo com o Enunciado 296 desta Corte.

Destarte, não conheço do apelo, no particular.”

A reclamante interpõe recurso de embargos (fls. 123-127). Sustenta que o seu recurso de revista merecia conhecimento por ofensa ao artigo 477, § 1º, da CLT, restando malferido o artigo 896 da CLT.

Vejamos.

Peço vênia para adotar os fundamentos explicitados no voto da Exma. Ministra Relatora Maria Cristina Peduzzi, a seguir transcritos:

“O requisito de validade do pedido de demissão de que trata o art. 477, § 1º, da CLT não é mera formalidade. Ao contrário, cuida-se de exigência legal que tem por escopo a proteção do trabalhador. Nesse sentido, as lições de Valentin Carrion:

‘A validade do pedido de demissão e quitação exige como requisito essencial que o empregado seja assistido no ato de sua manifestação de vontade pelo seu sindicato ou a autoridade prevista em lei. A ausência daquela formalidade é mais grave no pedido de demissão do que no de pagamento. Quanto ao primeiro, deseja-se preservar não só a autenticidade de manifestação havida como a data, e ainda afastar a ausência de pressões ou abuso sobre o estado de ânimo claudicante do empregado em virtude de algum revés momentâneo sofrido no ambiente de trabalho ou fora dele. (...). A manifestação da vontade só deveria ter sido aceita após a obediência a forma imposta.’ (Grifei - **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 346)

Assim, o descumprimento desse requisito implica invalidade da rescisão contratual e, como conseqüência, a presunção relativa de que o rompimento deu-se mediante despedida imotivada. Corroborando esse entendimento:

‘Nos termos do § 1º do art. 477 da Consolidação, com a redação da Lei n. 5.584/70, o pedido de demissão ou recibo de quitação de ‘rescisão’ de contrato de trabalho, tendo o empregado mais de um ano de serviço, dependerá para sua validade da assistência do respectivo sindicato ou de autoridade do Ministério do Trabalho.

O desrespeito, porém, a esse requisito de ordem formal não acarreta o reatamento do vínculo. Apenas, a demissão do empregado não se considera provada, surgindo, daí, para o empregador a obrigação de indenizá-lo. A presunção de que, nessa hipótese, o empregado não se demitiu, mas foi despedido, é *relativa*: pode ser destruída mediante prova idônea.’ (Grifei - MARANHÃO, Délio. Extinção do contrato de trabalho. In: SÜSSEKIND, Arnaldo [et al]. **Instituições de Direito do Trabalho**. Vol. 1. 22ª ed. atual. São Paulo: LTr, 2005, p. 571)

Com relação à indispensabilidade da assistência sindical, nos termos do art. 477, §1º, da CLT, colhe-se o seguinte precedente:

‘PEDIDO DE DEMISSÃO. AUSÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO. IRREGULARIDADE. PRESUNÇÃO DE DISPENSA IMOTIVADA. A ausência de assistência sindical de pedido demissão firmado por empregado com mais de um ano de serviço é formalidade essencial e imprescindível, sem a qual o ato jurídico não se perfaz. Isso porque a manifestação unilateral do empregado é, por si só, insuficiente para a validação da rescisão contratual. É o que se extrai da literalidade do artigo 477, § 1º, da CLT. Recurso conhecido e desprovido.’ (RR-2.194/2001-070-02-00, Rel. Min. Barros Levenhagen, DJ 24/06/2005).

Até aqui, os fundamentos do voto da Exma. Ministra Relatora.

Cito, ainda, o seguinte precedente:

“AÇÃO RESCISÓRIA. PEDIDO DE DEMISSÃO. FALTA DE ASSISTÊNCIA SINDICAL. VIOLAÇÃO DE PRECEITO DE LEI. OCORRÊNCIA. A procedência de pedido de corte rescisório com fundamento em violação de dispositivo de lei, nos termos do

artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil, importa no reconhecimento de agressão direta e literal à norma apontada. Na hipótese dos autos, a decisão rescindenda validou o pedido de dispensa do empregado, mesmo sem a assistência do sindicato da categoria, por considerar não ter existido nenhuma coação da Reclamada para o ato de rescisão contratual. Assim, no entender daquele julgador, não haveria qualquer desrespeito ao artigo 477, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Entretanto, da exegese literal do referido dispositivo de lei, têm-se a exigência da assistência sindical para a homologação de pedido de demissão ou a quitação de rescisão contratual de empregado com mais de um ano no serviço, como pressuposto objetivo de validade do ato. Assim sendo, por tratar-se de pré-requisito objetivo, além de preceito de ordem pública cuja observância é obrigatória, não caberia ao Juízo prolator da decisão rescindenda valorar se existiu, ou não, vício de consentimento a macular o ato de vontade do reclamante para o pedido de dispensa, motivo pelo qual o descumprimento da lei torna o ato inválido. Recurso provido”. (destaquei)

(PROC. Nº TST-ROAR-703/2003-000-08-00.5 SBDI-2
Relator Ministro EMMANOEL PEREIRA DJ - 26/05/2006)

Destaque-se que o § 1º do artigo 477 da CLT, ao prever que o pedido de demissão “só será válido” com a assistência sindical, encerra norma cogente, um dever e não uma faculdade, tendo em vista que a lei dispensa especial proteção ao empregado, pois o Direito do Trabalho tem no princípio da proteção o seu alicerce.

In casu, verifica-se da decisão recorrida que a recusa do Sindicato em homologar o pedido decorreu do seu entendimento de que a autora era portadora de doença profissional.

Vê-se, portanto, que, mais ainda, o pedido de demissão não se mostra válido, já que a empregada, pelo menos em tese, era detentora de estabilidade provisória. E diante da advertência sindical, arrependeu-se do pedido, arrependimento eficaz por todos os títulos.

E, nesse sentido, o artigo 500 da CLT, igualmente, determina a observância da forma, consistente na assistência sindical.

Nesse contexto, entendo que o recurso de revista deveria ser conhecido por mácula ao artigo 477, § 1º, da CLT, restando, portanto, violado o artigo 896 da CLT, merecendo ser conhecido o recurso de embargos.

Anuindo com esse entendimento, o Exmo. Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, manifestou-se no sentido de que “(...) a homologação é *ad solemnitatem*, por isso a inobservância torna nula a rescisão do contrato de trabalho”.

E a Exma. Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa pronunciou-se também entendendo “(...) que a ausência de assistência, no caso, tornaria nulo o pedido de demissão. A eminente Relatora destaca a circunstância de que houve o arrependimento de que, na verdade, a Delegacia Regional do Trabalho, a autoridade competente é que se negou a homologar e, justamente, porque a autora era portadora de moléstia profissional. E houve o arrependimento. Como todo respeito à eminente Relatora, não posso atribuir eficácia jurídica a um ato em que até houve a reconsideração. Quem sabe, foi justamente alertada de toda a ausência de homologação da autoridade competente. Acompanho a divergência, pedindo vênias”.

O Exmo. Ministro Vantuil Abdala entendeu que “Embora seja da substância do ato a homologação, pode-se estar diante de uma realidade fática em que a empregada diz que não vai mais trabalhar, que o sindicato não quer homologar, mas que não vai trabalhar mais, e, neste caso, não se pode dizer que há despedida sem justa causa. Mas não foi o caso. Ela se arrependeu, quis voltar a trabalhar, mas a empresa respondeu dizendo que ela já havia pedido demissão e, portanto, não a admitia de volta. Neste caso, realmente, o pedido de demissão não se aperfeiçoou com a ausência de homologação. Peço vênias à Relatora e acompanho a divergência.”

E também o Exmo. Ministro-Presidente Rider de Brito, no sentido de que “A lei diz que a validade do pedido de demissão e do recibo de quitação depende da homologação. Não aconteceu a homologação. O sindicato se recusou a fazer a homologação porque entendeu, constatou ou teve conhecimento de que a trabalhadora era portadora de moléstia profissional. Portanto, o ato não se aperfeiçoou. Nesse ínterim, ela manifesta o arrependimento, ou seja, não quis mais deixar o emprego. Há notícia de moléstia profissional. O que vai acontecer só o primeiro grau deverá decidir. Reintegração? Não reintegração? Encaminhamento para a Previdência Social para ficar em licença para

tratamento de saúde? Enfim, a verdade é que o pedido de demissão não se tornou válido, não se aperfeiçoou. Daí por que, pedindo vênia à Relatora, acompanho a divergência”.

Todas são citações extraídas das notas de gravação da sessão.

Conheço do recurso de embargos por violação do artigo 896 da CLT.

2 - MÉRITO

2.1 - PEDIDO DE DEMISSÃO - AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA SINDICAL - EFEITOS

Conhecido o recurso de revista por violação de dispositivo de lei, dou-lhe provimento para tornar inválido o pedido de demissão, convertendo-o em dispensa sem justa causa.

Como há notícia de alegação de doença profissional à época do término da relação de emprego, determino o retorno dos autos à MM. Vara do Trabalho para que aprecie a causa, partindo da premissa de que a dispensa ocorreu sem justa causa, como entender de direito.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, conhecer dos embargos por violação do artigo 896 da CLT, vencidos os Exmos. Ministros Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, relatora, e João Batista Brito Pereira, e, no mérito, por unanimidade, dar-lhes provimento para tornar inválido o pedido de demissão, convertendo-o em dispensa sem justa causa, e, como há notícia de alegação de doença profissional à época do término da relação de emprego, determinar o retorno dos à MM. Vara do Trabalho de origem a fim de que aprecie a causa, partindo da premissa de que a dispensa ocorreu sem justa causa, como entender de direito.

Brasília, 04 de dezembro de 2008.

HORÁCIO SENNA PIRES
Redator-Designado

PROC. Nº TST-E-ED-RR-752567/2001.0
A C Ó R D Ã O
SDI-I
RMW/ro

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO EMBARGADO PUBLICADO ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI 11.496/2007. INTERVALO INTRAJORNADA. ÔNUS DA PROVA. "É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário" (Súmula 338, I, TST). À luz das regras de distribuição do ônus da prova, incumbe ao empregador o ônus de apresentar os registros de horário com a pré-assinalação dos intervalos, por tratar-se de prova pré-constituída, legalmente imposta, para sinalizar a concessão, ou não, da integralidade do intervalo intrajornada mínimo para repouso e alimentação. O princípio da aptidão para a prova, corolário do princípio da boa-fé objetiva, que impõe às partes litigantes o dever de lealdade, nesta Justiça Especializada, emerge como decorrência do princípio da proteção, considerada a hipossuficiência do empregado também para a produção de aludida prova. a Turma, na mesma linha do acórdão regional, desconsidera a obrigação legal do empregador de, nos termos do art. 74 da CLT, trazer os registros de jornada dos reclamantes com a pré-assinalação dos intervalos, limitando-se à atribuir diretamente aos reclamantes o ônus da totalidade da prova relativa à alegada

irregularidade na concessão dos intervalos. Incontroversa a ausência de juntada dos controles de horário, ausente contestação específica por parte da prestadora de serviços, e limitando-se o Município a alegar a existência de horário para almoço e repouso, em face da aptidão para a prova, à parte ré tocava o encargo relativo à demonstração da regularidade da concessão dos intervalos, mediante a apresentação dos registros de jornada com a respectiva pré-assinalação dos repouso, sob pena afronta às regras de distribuição do ônus da prova. Violação do art. 896 da CLT caracterizada.

Recurso de embargos conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de embargos em recurso de revista nº **TST-E-ED-RR-752567/2001.0**, em que é embargante **ADALBERTO BRITO FONSECA E OUTROS** e embargados **MUNICÍPIO DE VITÓRIA e SENTINELA SERVIÇOS DE GUARDA E VIGILÂNCIA LTDA.**

Contra acórdão da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho (fls. 537-40), complementado às fls. 549-50, da lavra do Exmo. Ministro Luciano de Castilho Pereira, em processo oriundo da 17ª Região, os reclamantes interpõem o presente recurso de embargos (fls. 552-5).

Não há impugnação.

O Ministério Público do Trabalho opina pelo não conhecimento dos embargos (fl. 563)

Redistribuídos os autos a esta Relatora, de conformidade com a Resolução Administrativa 1286/2008 (fl. 565).

É o relatório.

V O T O

I - CONHECIMENTO

1. PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Presentes os pressupostos extrínsecos de admissibilidade dos embargos, considerada a tempestividade do recurso (fls. 551-2) e a representação regular (fls. 15-7 e 534-5), passo ao exame dos pressupostos intrínsecos.

2. PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

2.1. INTERVALO INTRAJORNADA. ÔNUS DA PROVA.

A Turma não conheceu da revista obreira, no aspecto, sob os seguintes fundamentos:

“O v. Acórdão atacado, ao negar provimento ao Apelo dos Empregados quanto ao tema, aduziu que, ante a alegação do Município de Vitória de que os empregados do primeiro Reclamado, que executavam as suas funções nas instalações municipais, tinham horário de almoço e repouso, cabia aos Reclamantes provar que não gozavam de uma hora de intervalo, e de tal ônus eles não se desincubiram.

Em suas Razões de Revista, alegam os Recorrentes que o Regional, ao assim decidir, violou o disposto nos arts. 71, § 4º, da CLT e 333 do CPC. Acostaram arestos ditos como conflitantes.

Inviável o Recurso por violação do artigo consolidado, uma vez que o Regional deixou claro que os Empregados não se desincubiram de provar que não gozavam de uma hora de intervalo para almoço e repouso, e, diante do quadro fático delineado pela decisão recorrida, a reapreciação da controvérsia, sob o enfoque pretendido pelos Reclamante, de que não gozavam do referido horário, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento inadmissível nesta esfera recursal, encontrando óbice o Apelo na Súmula nº 126 desta C. Corte.

Quanto à apontada violação do art. 333 do CPC, o Apelo também não prospera, tendo em vista que o Regional, justamente em obediência a tal dispositivo, apenas registrou que os Reclamantes não se desincubiram de provar o fato constitutivo do seu direito.

Observe-se que em momento algum invocou o Recorrente o art. 818 da CLT e a interpretação que deve receber no processo do trabalho. E,

sob a luz do Processo Civil, inegavelmente correta está a Decisão recorrida.

O Recurso também não merece ser conhecido por divergência jurisprudencial.

Os julgados colacionados às fls. 503/504 não se prestam à configuração do dissídio, porque não estabelecem dissenso válido de teses em relação ao "decisum" impugnado, já que não abordam o principal fundamento utilizado pela decisão recorrida para o deslinde da controvérsia, qual seja, de que cabia aos empregados provar que não gozavam uma hora de intervalo, e os mesmos não se desincubiram de tal ônus, incidindo na espécie as Súmulas nºs 23 e 296 do TST.

Não conheço” (fls. 537-40).

Opostos embargos de declaração pelos autores, a Turma rejeitou-os:

“Sustentam os Embargantes que o v. Acórdão embargado foi omissivo e contraditório, quando da análise do art. 333 do CPC, apontado como afrontado pelos Recorrentes em suas Razões de Recurso de Revista.

Em que pesem às alegações dos Embargantes, não vislumbro os vícios apontados no v. Acórdão embargado.

Restou claro na r. Decisão de fls. 537/540 que esta Turma, quanto à apontada violação do art. 333 do CPC, esclareceu que o Regional de origem, em total obediência a tal dispositivo, registrou que os Reclamantes não se desincumbiram de provar o fato constitutivo do seu direito.

Assim, a decisão embargada, ao afastar a violação em comento, ateve-se a interpretar e aplicar, razoavelmente, a legislação atinente à matéria, quando considerou correta a Decisão regional.

Na verdade, o que ficou bastante claro nos Embargos opostos foi a tentativa dos Recorrentes de reabrir a discussão sobre o tema Horas Extras - Intervalo Intraorndia, todavia, os embargos declaratórios não constituem remédio processual idôneo para tal fim, tendo em vista o seu caráter não infringente.

Assim sendo, rejeito os Embargos opostos” (fls. 549-50).

Nas razões do recurso, os embargantes alegam que, a Segunda Turma, ao manter a decisão regional, que inverteu inadvertidamente o ônus da prova, transferindo-o aos reclamantes, perpetua a violação do art. 333, II, do CPC. Apontam violação dos arts. 71, § 4º, e 896, 'c', da CLT, e 333 do CPC.

De início, *concessa venia* do entendimento turmário, emerge do acórdão regional que a solução da lide foi exarada com fundamento nas regras de distribuição do ônus da prova - campo alcançado pelo julgador na hipótese de ausência ou deficiência das provas produzidas. Logo, tratando-se de matéria jurídica - ônus da prova da concessão dos intervalos intrajornada - não há espaço para a aplicação da Súmula 126/TST, que se refere à inviabilidade do reexame de fatos e provas em sede extraordinária.

Por outro lado, não prospera a alegação do reclamado, deduzida nas contrarrazões à revista obreira (fls. 518-23), no sentido de que a previsão, em norma coletiva, da jornada de 12x36 afastaria a aplicação do art. 71 da CLT, tornando indevido o pagamento de horas extras pela ausência de intervalo intrajornada. Com efeito, esta Corte, por meio da OJ 342 da SDI-I, já pacificou entendimento de que "é inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva". Aliás esse foi o posicionamento externado por esta Seção de Dissídios Individuais em feito em que também litigava a mesma prestadora de serviços - Sentinela Serviços de Guarda e Vigilância LTDA:

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO ANTES DA LEI Nº 11.496/2007, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 894 DA CLT. I EMBARGOS DO RECLAMADO 1 - HORAS EXTRAS INTERVALO INTRAJORNADA NÃO-CONCESSÃO JORNADA DE 12 x 36 HORAS AJUSTE EM NORMA COLETIVA - A jurisprudência da Corte tem como inválida cláusula de instrumento coletivo que macula norma de ordem pública, razão pela qual o ajuste da jornada de 12 x 36 horas por negociação coletiva não retira do empregado o direito ao gozo do intervalo intrajornada, assegurado no artigo 71, § 4º, da CLT. Não

conheço (E-ED-AIRR e RR - 996/1998-002-17-00, SDI-1, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ - 13/03/2009).

De outra parte, cabe registrar que o art. 74, § 2º, da CLT estabelece a obrigatoriedade de anotação da hora de entrada e saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, para estabelecimentos com mais de 10 empregados, exigindo a pré-assinalação do período de repouso. Interpretando aludido dispositivo, esta Corte Superior Trabalhista editou a Súmula 338, que, em seu item I, em face da aptidão para a prova, abraça diretriz segundo a qual incumbe ao empregador demonstrar a correção dos registros da jornada de trabalho dos seus empregados - incluindo aí a pré-assinalação dos intervalos intrajornada-, sob pena de acarretar a presunção relativa de veracidade dos fatos alegados na inicial - em evidente inversão do ônus probatório-, *verbis*:

JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA
(incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-1) -
Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

Assim, à luz das regras de distribuição do ônus da prova, incumbe ao empregador o ônus de apresentar os registros de horário com a pré-assinalação dos intervalos, por tratar-se de prova pré-constituída, legalmente imposta, para sinalizar a concessão, ou não, do intervalo intrajornada mínimo para repouso e alimentação, considerado o princípio da aptidão para a prova.

Oportuno destacar que o princípio da aptidão para a prova, corolário do princípio da boa-fé objetiva, que impõe às partes litigantes o dever de lealdade, nesta Justiça Especializada, emerge como decorrência do princípio da proteção, considerada a

hipossuficiência do empregado também para a produção de aludida prova. Nesta Corte aludido princípio tem sido bastante referido, sobretudo no que toca às discussões relativas à jornada de trabalho, consoante se denota dos seguintes precedentes:

ÔNUS DA PROVA. HORAS EXTRAS. INTERVALO INTRAJORNADA. ARTIGOS 818 DA CLT E 333 DO CPC 1. À luz dos artigos 818, da CLT, e 333, inciso II, do CPC, incumbe à Reclamada o ônus de comprovar a concessão do intervalo intrajornada para repouso e alimentação, por se cuidar de fato extintivo da pretensão de horas extras. Até porque, detendo o controle dos meios de produção, dispõe de muito maior facilidade para a elucidação desse fato em juízo no âmbito do processo trabalhista. 2. Não vulnera os preceitos legais em tela decisão que acolhe pedido de horas extras se a empregadora, ainda que por outros meios de prova, não se desincumbe do ônus de demonstrar a concessão de intervalo para repouso e alimentação. 3. Recurso de revista de que não se conhece (RR 541812/1999, 1ª Turma, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ - 05/11/2004).

PRINCÍPIO DA APTIDÃO PARA A PROVA. OMISSÃO DA RECLAMADA EM TRAZER AS PROVAS EM SEU PODER. A inversão do ônus probatório, com apoio no princípio da aptidão para a prova, não está condicionada à existência de determinação judicial para a exibição de documento e recusa injustificada ao seu cumprimento. O Princípio da Aptidão informa que se deve atribuir o ônus de fornecer a prova à parte que se apresentar mais apta para produzi-la. O critério será o da proximidade real e o da facilidade de acesso aos meios de prova. Somente dessa forma a distribuição do ônus da prova se revelará um instrumento condizente com o escopo do processo, que não é a simples composição, mas a justa composição da lide. Por isso, o ônus probatório deve recair sobre a parte que melhor possa contribuir para que a convicção do juiz coincida com a verdade. Esse princípio encontra fundamento na justiça distributiva aliada ao princípio da igualdade, cabendo a cada parte aquilo que normalmente lhe resulta mais fácil. Funda-se também nos princípios da boa fé e lealdade processual que regem a conduta dos litigantes, e lhes impõe o dever de conjugar esforços com o Estado no processo para solucionar o litígio, cooperando e trazendo aos autos as provas que estão em seu poder independentemente de haver

ou não determinação judicial expressa nesse sentido. Diante desse entendimento, tem-se que a conduta da Reclamada, que deixou de trazer os cartões de ponto, justifica a inversão do ônus probatório e a presunção de veracidade do horário de trabalho declinado na petição inicial, ainda que não tenha havido determinação judicial expressa para a juntada de qualquer documento, em face do princípio da aptidão para a prova. Embargos de Declaração rejeitados. (ED-RR-73.647/2003-900-02-00.4, 5ª Turma, Rel. Min. Rider de Brito, DJ 12/3/2004).

RECURSO DE REVISTA - HORAS EXTRAS ÔNUS DA PROVA SÚMULA Nº 338/TST Constitui obrigação do empregador que conta com mais de 10 (dez) e m pregados registrar a jornada e, por conseqüência, apresentar os cartões em juízo, se demandado o pagamento de horas extras, em face da aplicação do princípio da aptidão para a prova. Dessa forma, tendo a instância ordinária destacado que o Reclamante encontrava-se sujeito a controle de horário, havendo controvérsia acerca da existência do trabalho extraordinário e não sendo apresentados os cartões de ponto, ocorre a inversão do ônus da prova, independentemente de ter havido d e terminação judicial para a apresentação dos registros de horário (RR 816116/2001, 8ª Turma, Rel. Min. Maria Cristina Peduzzi, DJ - 04/04/2008).

RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA - A Reclamada chamou a si o ônus da prova, consoante o consagrado no princípio da aptidão para a prova, pelo qual a prova deverá ser produzida por aquela parte que a detém ou que tem acesso a ela, sendo inacessível à parte contrária. Consequentemente, é a que se apresenta como apta a produzi-la judicialmente. Recurso de Revista conhecido e provido (RR - 1333/1999-669-09-00, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ - 04/04/2008).

HORAS EXTRAS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. O artigo 74, § 2º, da CLT dispõe que constitui obrigação do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados registrar a jornada e, por conseqüência, apresentar os cartões em juízo, se demandado o pagamento de horas extras, em face da aplicação do princípio da aptidão para a prova. Dessa forma, tendo o Tribunal Regional destacado que o Reclamante encontrava-se sujeito a controle de horário, havendo controvérsia acerca

da existência do trabalho extraordinário e não sendo apresentada a totalidade dos cartões de ponto, ocorre a inversão do ônus da prova, independentemente de ter havido determinação judicial para a apresentação dos registros de horário. Recurso não conhecido (RR - 1533/2001-221-04-00, 2ª Turma, Rel. Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, DJ - 18/03/2008).

Portanto, é do empregador o ônus de apresentar os registros de ponto, com pré-assinalação dos intervalos intrajornada, sob pena de inversão do ônus da prova, por descumprimento do encargo legal de documentar a jornada dos empregados. Nesse sentido é o entendimento jurisprudencial do TST, perfilhado nos seguintes julgados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERVALO INTRAJORNADA. ÔNUS DA PROVA. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 333, I, DO CPC E 818 DA CLT. NÃO CONFIGURAÇÃO. NÃO PROVIMENTO. Hipótese em que os cartões de ponto carregados aos autos não registram o gozo de intervalo intrajornada pelo reclamante. Consoante bem decidiu o Colegiado Regional, incumbe ao empregador, em hipótese tal, o ônus de comprovar a concessão do benefício em comento. Milita em favor do obreiro, a propósito, a presunção de que a não assinalação do período de intervalo decorra da ininterrupção de sua jornada. Incólumes, à luz desse entendimento, as disposições insertas nos invocados artigos 333, I, do CPC e 818 da CLT. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (AIRR-170/2003-107-15-40.0, 1ª Turma, Rel. Juiz Convocado Guilherme Bastos, DJ 11. 5.2007).

INTERVALO INTRAJORNADA. De acordo com o acórdão regional, não se vislumbra nos controles de ponto sua pré-assinalação, autorizando a presunção de que não eram regularmente concedidos. (AIRR-1340/2001-025-01-40.2, 2ª Turma, Rel. Min. José Simpliciano Fontes Fernandes, DJ 24.03.2006).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. INTERVALO INTRAJORNADA. AUSÊNCIA DE PRÉ-ASSINALAÇÃO. Impõe-se ratificar a decisão regional que, à míngua de pré-assinalação dos períodos de repouso nos registros de horário (CLT, 74, § 2º), inverte o ônus prova não violando os artigos 5º, II, da CF, 818 da CLT, e 333, I, do CPC, pois acompanha entendimento

consolidado na Súmula de nº 338, I, do TST. Agravo de Instrumento a que se nega provimento. (AIRR-1664/2004-021-03-40.7, 3ª Turma, Rel. Juiz Convocado Ricardo Machado, DJ 22.9.2006).

AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERVALO INTRAJORNADA NÃO-FRUIÇÃO ÔNUS DA PROVA INOBSERVÂNCIA DO ART. 74, § 2º, DA CLT. 1. O art. 333, I, do CPC estatui que é do Autor o ônus da prova quanto ao fato constitutivo de seu direito. O inciso II do mesmo dispositivo, por sua vez, estabelece que ao Réu cabe a demonstração dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do Autor. 2. Por outro lado, o art. 74, § 2º, da CLT, prevê que, nos estabelecimentos com mais de dez empregados, é obrigatória a anotação de entrada e saída dos empregados, devendo haver a pré-assinalação do período destinado a alimentação e repouso. 3. In casu, inicialmente, tem-se que, alegando a Reclamante que o intervalo intrajornada não era regularmente usufruído, caberia a ela o ônus da prova, por ser fato constitutivo de seu direito. 4. Todavia, não tendo a ora Agravada obedecido à regra inserta no art. 74, § 2º, da CLT, no tocante à pré-assinalação do período destinado a alimentação e repouso, e tendo a Reclamante expressamente registrado, na inicial, que não usufruía os referidos intervalos, a Reclamada atraiu para si o ônus da prova quanto à sua regular fruição, por ser fato impeditivo à pretensão obreira. Como não se desincumbiu a contento do seu encargo probatório, não há como afastar a condenação ao pagamento, restando incólume o art. 333 do CPC. Agravo de Instrumento desprovido. (AIRR-231/2000-002-04-40.7, 4ª Turma, Rel. Juíza Convocada Maria de Assis Calsing, DJ 8.6.2007).

Noutro giro, esta Corte já pacificou entendimento no sentido de que desnecessária a intimação judicial para a apresentação dos cartões de ponto, pois, tratando-se de feito em que discutida a concessão, ou não, de intervalos intrajornada-, repiso, incumbe ao réu a apresentação em juízo dos respectivos registros, sob pena de acarretar a presunção de veracidade dos aspectos relativos à jornada - inclusive no tocante ao intervalo intrajornada - declinados na inicial. Essa é a diretriz que se pode extrair dos seguintes precedentes desta Seção de Dissídios Individuais:

HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA. JORNADA DE TRABALHO. CARTÕES DE PONTO. PRESUNÇÃO DE

VERACIDADE. SÚMULA 338, DO TST. 1. É ônus do empregador, se conta com mais de dez empregados, em serviço interno, o registro da jornada de trabalho, na forma do art. 74, § 2º, da CLT. Trata-se de prova pré-constituída obrigatória, meio de prova da jornada por excelência, cuja produção a lei primordialmente atribui ao empregador, porquanto ninguém dispõe de melhores condições para fazê-lo. 2. A não exibição injustificada em Juízo dos controles de frequência importa presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho alegada na petição inicial, conquanto possa ser infirmada por prova em contrário. 3. Acórdão turmário em harmonia com a nova redação da Súmula nº 338, do TST (DJU de 19.11.2003). 4. Embargos não conhecidos (E-RR 651144/2000, SDI-I, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ - 01/04/2005).

EMBARGOS HORAS EXTRAS JUNTADA DE CARTÕES DE PONTO AUSÊNCIA DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA APLICAÇÃO DA NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA Nº 338 DO TST 1. Na nova redação da Súmula nº 338 do TST (Res. 129/2005, DJ 20/4/2005), não há mais referência, tal como se verificava em redação anterior (Res. 36/1994, DJ 18/11/1994), à determinação judicial. A mudança do texto foi explícita, revelando o entendimento de que a obrigatoriedade da apresentação dos cartões de ponto não depende de intimação. 2. Como se sabe, as súmulas dos Tribunais Superiores, enquanto meras representações da interpretação dominante e uniforme sobre determinada proposição legal, não geram, per se, qualquer direito nem configuram usurpação da função legislativa. 3. Dessarte, uma vez que não são lei (quer em sentido estrito, quer em sentido lato), não se sujeitam ao princípio geral da irretroatividade das leis. Aplicam-se, pois, indistintamente, a todos fatos ocorridos sob a égide do diploma legislativo no qual se sustentam. No mesmo sentido: ED-E-RR-535.310/1999.4. Embargos não conhecidos (E-ED-RR - 1840/1998-018-15-00, SDI-1, Rel. Min. Maria Cristina Peduzzi, DJ - 28/11/2008).

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI N.º 11.496/2007. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE JUNTADA DOS CARTÕES DE PONTO. PRESUNÇÃO RELATIVA DA JORNADA DE TRABALHO DECLINADA NA INICIAL. SÚMULA N.º 338, I, DO TST. A decisão turmária, ao manter a condenação em horas extras,

encontra-se em consonância com o item I da Súmula n.º 338 do TST, que reputa ser ônus do empregador, que conta com mais de dez empregados, o registro da jornada de trabalho, sob pena de se conferir presunção relativa de veracidade à jornada de trabalho declinada na inicial. Recurso de Embargos não conhecido (E-RR 667047/2000, SDI-1, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, DJ - 31/10/2008).

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.496/2007. HORAS EXTRAS. REGISTRO DO PONTO. JUNTADA DE COMPROVANTES RELATIVOS A APENAS PARTE DO PERÍODO CONTRATUAL. SÚMULA N.º 338, I, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO . 1. É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do artigo 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário (Súmula n.º 338, I, do Tribunal Superior do Trabalho). 2. Tem aplicação o referido entendimento sumulado quando a reclamada se desincumbe do ônus que lhe compete de forma apenas parcial, juntando aos autos os cartões de ponto relativos a apenas parte do período laborado. 3. Quanto ao período não coberto pela prova produzida, incide a presunção de veracidade da jornada declinada na peça de ingresso. 4. Incensurável a decisão proferida pela egrégia Turma, que não conheceu do recurso de revista patronal, revelando a decisão embargada consonância com o disposto na Súmula n.º 338, I, desta Corte superior. 5. Recurso de embargos não conhecido (E-ED-RR 10645/2002-900-03-00, SDI-I, Rel. Min. Lelio Bentes Correa, DJ - 03/10/2008).

RECURSO DE EMBARGOS. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 11.496/2007. HORAS EXTRAS. CARTÕES DE PONTO APRESENTADOS PELA EMPRESA QUE NÃO ABRANGEM TODO O PERÍODO POSTULADO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. SÚMULA N.º 338, I, DO TST. Primeiramente, há que se ressaltar que, embora o fato essencial para a solução da controvérsia esteja contido no voto vencido do excelentíssimo senhor Juiz Relator do recurso ordinário, é possível a sua consideração sem afronta à Súmula n.º 126 do TST por se tratar de questão jurídica, e não fática, bem como por se tratarem, voto vencido e condutor, de peça única. Finalmente, tendo em

vista que foram juntados os cartões de ponto de quase todo o período de vigência do contrato de trabalho, à exceção de alguns poucos meses, a inversão do ônus da prova apenas quanto a esses últimos e a conseqüente condenação da Reclamada ao pagamento de horas extras não importou má aplicação da Súmula nº 338, I, do TST. Com efeito, esta e. Subseção já consagrou (TST-E-ED-RR-744.851/2001.5, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DJU de 29.8.2008) o entendimento de que aquele Verbetes sumular é aplicável nos casos em que a Reclamada se desincumbe de seu ônus de forma apenas parcial, tendo em vista que a omissão na juntada dos cartões gera a presunção de que, justamente naqueles meses, era verdadeira a jornada alegada pelo Reclamante. Recurso de embargos não conhecido (E-ED-RR - 19019/2002-900-03-00, SDI-1, Rel. Min. Horácio Senna Pires, DJ - 03/10/2008).

EMBARGOS DO RECLAMADO. HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA. DISTRIBUIÇÃO. SÚMULA Nº 338 DO TST. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 896 DA CLT Registrado no acórdão regional que o reclamado não se desincumbiu do ônus de comprovar a jornada de trabalho da reclamante, o período indicado na petição inicial presume-se verdadeiro, nos moldes da Súmula nº 338 do TST. Correta, portanto, a decisão da Turma, pela qual se conheceu do recurso de revista, por contrariedade ao referido verbete, restando intacto o artigo 896 da CLT. Embargos não conhecidos (E-ED-RR 588333/1999, SDI-1, Rel. Min. Vantuil Abdala, DJ - 07/03/2008).

HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA. SÚMULA 338 DO TST. NOVA REDAÇÃO. Na discussão sobre jornada de trabalho, os cartões de ponto constituem prova pré-constituída de responsabilidade do empregador (CLT, art. 74, § 2º). Negando-se, sem justificativa, à apresentação dos cartões, a reclamada incorre em confissão, se outra prova não for produzida. Recurso de Embargos parcialmente conhecido e provido (E-RR 453031/1998, SDI-1, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DJ - 04/03/2005).

HORAS EXTRAS ÔNUS DA PROVA VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT . Caberia a Reclamada o ônus da prova por ter alegado que a jornada cumprida pelo Reclamante está corretamente assinalada nos controles de ponto. A Reclamada invocou fato extintivo do direito. Interpretação correta dos arts. 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC.

Recurso de Embargos não conhecido (E-RR 303668/1996, SDI-1, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ - 26/03/2004).

RECURSO DE EMBARGOS. INTERVALO INTRAJORNADA. ÔNUS DA PROVA. Visa a limitação da jornada à preservação da saúde, higiene e segurança no trabalho imperativo resultante de normas de caráter cogente. Consagra a Súmula n.º 338, I, desta Corte superior entendimento no sentido de que a não-observância, pelo empregador, do ônus que lhe incumbe, de manter registros de ponto válidos, acarreta a consequência processual da inversão do encargo probatório. Não havendo a pré-assinalação, nos cartões de ponto, do intervalo para repouso e alimentação, e tendo em vista, ainda, a alegação deduzida na contestação, no sentido de que o obreiro gozava diariamente de uma hora ou mais de intervalo (fato impeditivo do direito do autor), cabe ao empregador a prova da sua efetiva fruição. Recurso de embargos de que não se conhece (E-RR 537875/1999, SDI-I, Rel. Min. Lelio Bentes, Correa, DJ - 07/11/2008).

INTERVALO INTRAJORNADA. ÔNUS DA PROVA. São fatos incontroversos que o reclamante alegou que usufruía apenas uma hora de intervalo intrajornada e o reclamado invocou fato extintivo, alegando que concedia o intervalo de duas horas. Nesse contexto, o Regional decidiu corretamente, ao atribuir ao reclamado o ônus da prova de fato extintivo do direito do reclamante (a concessão do intervalo de duas horas). Ressalte-se que somente foi fixada a condenação com fundamento no ônus da prova quando a reclamada não anotava o intervalo de duas horas. Nesse caso, prevaleceu a alegação do reclamante de que gozava o intervalo de uma hora. Quando o intervalo era anotado pela reclamada, prevaleceu o que estava consignado no registro. Nesse caso, o Regional decidiu com base na prova. Por conseguinte, não procedem as alegações do reclamado de que o Regional desconsiderou as marcações constantes do controle de horário e tampouco de que inverteu o ônus da prova. Nesse contexto, não se verifica ofensa aos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC. Recurso de embargos não conhecido (E-RR 424603/1998, SDI-1, Rel. Min. Dora Maria da Costa, DJ - 09/11/2007).

Na espécie, contudo, a Turma, na mesma linha do acórdão regional, desconsidera a obrigação legal do empregador de, nos termos do art. 74 da CLT, trazer os registros de jornada dos

reclamantes com a pré-assinalação dos intervalos, limitando-se à atribuir diretamente aos reclamantes o ônus da totalidade da prova relativa à alegada irregularidade na concessão dos intervalos.

Ora, incontroversa a ausência de juntada dos controles de horário, ausente contestação específica por parte da prestadora de serviços, e limitando-se o Município a alegar que os reclamantes "sempre trabalhavam no regime convencionado de 12 X 36 hs, tendo horário de almoço e repouso" (fl. 154), em face da aptidão para a prova, à parte ré tocava o encargo relativo à demonstração da regularidade da concessão dos intervalos, mediante a apresentação dos registros de jornada com a respectiva pré-assinalação dos repousos, sob pena de inversão do ônus da prova.

Ante o alinhado, evidenciado que a revista merecia conhecimento por afronta às regras de distribuição do ônus probatório, **conheço** dos embargos por violação do art. 896 da CLT.

II- MÉRITO

Corolário lógico do conhecimento dos embargos, por violação do art. 896 da CLT, é o seu **provimento** para, nos termos do art. 71, § 4º, da CLT, acrescer à condenação o pagamento de uma hora extra diária, com o respectivo adicional, nos termos da OJ 307 da SDI-I/TST, e reflexos, considerada a natureza salarial da remuneração do intervalo intrajornada, à luz da OJ 354 da SDI-I/TST.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de embargos, por violação do art. 896 da CLT, e, no mérito, dar-lhe **provimento** para, nos termos do art. 71, § 4º, da CLT, acrescer à condenação o pagamento de uma hora extra diária, com o respectivo adicional, nos termos da OJ 307 da SDI-I/TST, e reflexos, considerada a natureza salarial da remuneração do intervalo intrajornada, à luz da OJ 354 da SDI-I/TST.

Brasília, de 21 de maio 2009.

ROSA MARIA WEBER CANDIOTA DA ROSA
Ministra Relatora

PROC. Nº TST-E-ED-RR-598/1997-016-15-00.2
A C Ó R D Ã O
SBDI-1

EMBARGOS - HORAS EXTRAS - ÔNUS DA PROVA

As instâncias percorridas mantiveram a condenação no pagamento das horas extras, com fundamento nas provas dos autos, que não demonstraram a fruição regular do intervalo intrajornada. Incide a Súmula nº 126 do TST. Ileso o artigo 896, da CLT.

HONORÁRIOS PERICIAIS - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - ÔNUS DO RECLAMADO

A Justiça do Trabalho não autoriza a proporcionalidade do pagamento dos honorários periciais em caso de sucumbência recíproca no objeto da perícia, considerando o princípio da proteção ao trabalhador. Precedentes.

Embargos não conhecidos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº **TST-E-ED-RR-598/1997-016-15-00.2**, em que é Embargante **AÇOS VILLARES S.A.** e Embargado **BENEDITO IGNÁCIO PINTO**.

A C. 2ª Turma desta Corte, pelo acórdão de fls. 247/255, completado pelo de fls. 264/266 (Rel. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes), no que interessa, não conheceu do Recurso de Revista da Reclamada.

A Reclamada interpõe Embargos à SBDI-1 (fls. 268/275).

Sem impugnação, conforme certificado às fls. 287.

Dispensada a remessa dos autos ao D. Ministério Público do Trabalho, nos termos regimentais.É o relatório.

V O T O

REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

Preenchidos os requisitos extrínsecos de admissibilidade, passo ao exame dos Embargos.

I - HORAS EXTRAS - ÔNUS DA PROVA

a) Conhecimento

Estes, os fundamentos da C. Turma:

“2 CONFISSÃO FICTA E ÔNUS DA PROVA

a) conhecimento

A Reclamada alega que os Cartões de ponto tinham os horários de intervalo intrajornada previamente assinalados, conforme autorização da Portaria 3.082/84 do Ministério do Trabalho. Assim, uma vez declarada a confissão ficta do Reclamante, entende não comprovado o labor durante o período destinado ao intervalo, sendo incorreta sua condenação ao respectivo pagamento. Aponta violação dos artigos 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC, bem como traz arestos a confronto.

A argumentação erigida pela Reclamada, bem como a divergência jurisprudencial apontada encontram-se desfocadas em relação à condenação. Não se trata, na presente demanda, de trabalho no período destinado ao intervalo intrajornada, mas de supressão do intervalo para refeição e descanso. O v. acórdão Regional consignou que: ‘Como bem observou o Juízo de origem, a penalidade de confissão ficta aplicada ao reclamante não se sobrepõe à prova existente nos autos. Constatada, portanto, pelo exame dos cartões de ponto a não fruição regular do intervalo para descanso e alimentação, correta a concessão da remuneração adicional prevista no parágrafo 4º do artigo 71 da CLT, bem como seus reflexos, dada a habitualidade (fl. 207)’

Como se pode observar o Juízo regional consignou satisfeita, pelo Reclamante, a prova da não fruição do intervalo intrajornada, não havendo que se falar em violação dos artigos 818 da CLT ou 333, inciso I do CPC.

Demais disso, como já referido, a divergência jurisprudencial colacionada é inespecífica (Enunciado 296/TST), na medida em que trata de hipótese em que o Reclamante não se desincumbiu da prova de trabalho nos períodos destinados ao intervalo intrajornada.

Não conheço do Apelo, no particular.” (fls. 251/252)

A Embargante sustenta que o acórdão embargado violou o artigo 896 da CLT, ao argumento de que o Recurso de Revista comportava conhecimento por ofensa aos artigos 818, da CLT e 333, I, do CPC. Afirma que é indevido o pagamento das horas extras decorrentes do intervalo intrajornada, pois o Autor não comprovou que não o usufruía. Acresce que a confissão ficta aplicada ao Reclamante atrai para este o ônus da prova.

O acórdão regional manteve o pagamento das horas extras, com fundamento nas provas dos autos, que não demonstraram a fruição regular do intervalo intrajornada. Desse modo, não há como analisar o aludido tópico, porque, nos termos da Súmula nº 126/TST, o reexame probatório é conduta vedada nas instâncias extraordinárias.

Não conheço.

II - HONORÁRIOS PERICIAIS - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - ÔNUS DA RECLAMADA

a) Conhecimento

No tema, eis os fundamentos do acórdão embargado:

“a) Conhecimento

A Recorrente pugna pela condenação do Obreiro no pagamento da parcela dos honorários periciais correspondente à apuração de periculosidade, cujo resultado foi negativo. Alega que a sucumbência do Reclamante no tópico implica em sua responsabilidade pelos honorários periciais na forma preconizada no Enunciado 236 do TST e no art. 20 do CPC.

Razão não lhe assiste. A perícia realizada no local de trabalho foi única, objetivando analisar a existência de fatores de periculosidade e insalubridade. Não existiu a separação pretendida pela Recorrente, não se podendo falar em sucumbência parcial do Reclamante, mas sim em procedência parcial do pedido, na medida em que lhe foi reconhecido o direito à percepção do adicional de insalubridade. Vale lembrar que a possibilidade de existência dos dois gravames à saúde do trabalhador tem previsão legal, art. 193, § 2º da CLT, facultando ao Obreiro escolher qual deles pretende receber.

A situação, portanto, é de perícia, destinada à identificação de fatores de insalubridade ou periculosidade no local de trabalho, que conclui, ao final, pela existência de um desses fatores.

Dessa forma, não se identifica a alegada violação do art. 20 do CPC, nem tampouco do Enunciado 236 do TST.

Não conheço.” (fls. 252/253)

A Embargante sustenta que o Autor é responsável em parte pelo pagamento dos honorários periciais, porque foi sucumbente quanto a um dos pedidos formulados na petição inicial. Indica violação ao artigo 896, da CLT e contrariedade à Súmula nº 236 do TST.

O art. 21 do CPC é inaplicável ao Processo do Trabalho, que não prevê a condenação proporcional em despesas processuais (honorários periciais, custas processuais etc.), ante o princípio de proteção ao empregado.

Sobre a matéria, este Tribunal já se pronunciou em casos análogos:

“RECURSO DE REVISTA - QUITAÇÃO - EFEITOS - SÚMULA Nº 330/TST

A aferição, em instância extraordinária, da incidência da Súmula nº 330/TST exigiria que o Tribunal Regional consignasse quais parcelas estão discriminadas no termo de quitação e se houve ressalva do empregado, informações que não constam do acórdão recorrido, que tampouco foi instado a se manifestar por meio dos Embargos de Declaração. Precedentes da SBDI-1.

CUSTAS PROCESSUAIS

1 - O art. 21 do CPC não se aplica ao Processo do Trabalho, que não prevê a condenação proporcional em despesas processuais (custas, honorários periciais etc.), ante o princípio de proteção ao empregado.

2 - Os parágrafos 3º e 4º do art. 789, da CLT, não têm o condão de assegurar a pretensão recursal no sentido de reformar o acórdão para que a condenação nas custas processuais se dê de forma proporcional, tendo em vista que se limitam a tratar, respectivamente, sobre o pagamento das custas na hipótese de acordo e de dissídios coletivos.

(...)

Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido.” (RR-762.256/2001.2, 8ª Turma, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ 9/5/2008)

“HONORÁRIOS PERICIAIS. SUCUMBÊNCIA PARCIAL. PROPORCIONALIDADE DO PAGAMENTO.

A Justiça do Trabalho não contempla a proporcionalidade do pagamento dos honorários periciais em caso de sucumbência recíproca no objeto da perícia, considerando o princípio da proteção ao trabalhador.

Recurso de Embargos não conhecidos.” (ERR-322.475/96, SBDI-1, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 28/4/2000)

“HONORÁRIOS PERICIAIS. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO.

Em face do princípio de proteção ao trabalhador, tem sido descartada a hipótese de rateio de despesas processuais quando o reclamado-empregador é sucumbente, ainda que de forma parcial. Nos termos do Enunciado duzentos e trinta e seis aludido, que também não previu a hipótese de rateio, o que define a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é a sucumbência na pretensão relativa ao objeto da perícia. Na hipótese, houve sucumbência parcial do reclamado quanto ao pagamento das comissões que era a pretensão objeto da perícia, o que legitima a tese de contrariedade à indicada síntese da jurisprudência desta corte. Embargos conhecidos e providos.” (E-RR-189.406/95, SBDI-1, Rel. Min. Ronaldo Lopes Leal, DJ 31/10/97)

Não há, portanto, como divisar contrariedade à Súmula nº 236 do TST. Resulta ileso o artigo 896, da CLT. **Não conheço.**

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer dos Embargos.

Brasília, 28 de maio de 2009.

MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI
Ministra-Relatora

PROC. Nº TST-E-ED-RR-563.197/1999.4

A C Ó R D ã O

SBDI-1

GMMAC/msr/mri

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI N.º 11.496/2007. ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. PRESCRIÇÃO TOTAL. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. INCOMPATIBILIDADE DO ART. 219, § 5.º, DO CPC COM O PROCESSO TRABALHISTA. VIOLAÇÃO DO ART. 896 NÃO CONFIGURADA. No caso dos autos, a prescrição total não foi devidamente argüida nas instâncias ordinárias, o que vedaria igualmente o seu conhecimento, por força da Súmula n.º 153 desta Corte. Incólume o art. 896 da CLT. **Recurso de Embargos não conhecido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista n.º **TST-E-ED-RR-563.197/1999.4**, em que é Embargante **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF** e Embargado **ANTÔNIO SEGATTO**.

R E L A T Ó R I O

A Sexta Turma, mediante acórdão a fls. 290/296, complementado pelo acórdão dos Declaratórios a fls. 315/317, não conheceu do Recurso de Revista interposto pela Reclamada, que versava sobre prescrição total do adicional de transferência, exercício de função de confiança e adicional de transferência e efeitos da aposentadoria espontânea.

Inconformada, a Reclamada interpõe o presente Recurso de Embargos pelas razões a fls. 322/335.

Não foi apresentada impugnação (certidão a fls. 337).

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83 do RITST.

É o relatório.

V O T O

O Recurso de Embargos é tempestivo (a fls. 318 e 322), regular a representação processual (a fls. 321) e foram comprovados os recolhimentos das custas processuais (a fls. 160) e do depósito recursal no valor total da condenação (a fls. 159 e 255).

1 - PRELIMINAR DE NULIDADE DO JULGADO POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

A Reclamada sustenta que a decisão turmária padece do vício de nulidade, porquanto se mostra contraditória ao aplicar a Orientação Jurisprudencial n.º 113 da SBDI-1 do TST e não se atentar que as transferências do Reclamante não foram provisórias, de acordo com os fatos incontroversos dos autos. Indica violação dos arts. 832 da CLT, 5.º, XXXV, e 93, IX, da Constituição Federal e divergência jurisprudencial (a fls. 324/327).

De plano, afasta-se a admissão do Apelo por violação do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal e por divergência jurisprudencial, pois, os termos da Orientação Jurisprudencial n.º 115 dessa Subseção, a preliminar de nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional somente pode vir fulcrada em afronta aos arts. 458 do CPC, 832 da CLT e 93, IX, da Constituição Federal.

De outro lado, não prospera a irresignação patronal.

Com efeito, a preliminar em comento somente pode ser utilizada em caso de omissão do órgão jurisdicional em apreciar alguma questão necessária para o deslinde do feito,

mas não para suscitar contradição da decisão jurisdicional com os fatos descritos nos autos.

Ressalte-se, por oportuno, que a questão da provisoriedade da transferência foi devidamente apreciada pela Turma, não havendo de se cogitar também nenhuma omissão no julgado.

Ante o exposto, restam incólumes os arts. 832 da CLT e 93, IX, da Constituição Federal.

Logo, **não conheço** dos Embargos, no tópico.

2 - ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA - PRESCRIÇÃO TOTAL

A Turma não conheceu do Recurso de Revista quanto à prescrição total da pretensão relativa ao adicional de transferência, sob os seguintes fundamentos (a fls. 291/292):

“O Tribunal a quo negou provimento ao recurso ordinário do reclamante, no tocante à prescrição quinquenal, consignando os seguintes fundamentos, *verbis*:

‘Sustentando que o prazo prescricional alcança os últimos cinco anos contados da data da extinção do contrato de trabalho, e não da data da propositura da ação, recorre o reclamante.

Proposta a demanda em 24 de julho de 1997 prescrito está o direito de ação, quanto às prestações legalmente exigíveis antes de 24 de julho de 1992, porque, de acordo com o artigo 7º, inciso XXIX, alínea a, da vigente Constituição Federal, o prazo prescricional e não decadencial da ação trabalhista é de cinco anos, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho, inadmitida a soma de ambos por não ter sido esta a intenção do legislador.’ (fl.220).

A reclamada sustenta que o direito de ação do autor, no que tange ao adicional de transferência, está totalmente prescrito, pois a primeira alteração contratual, ou seja, transferência de local se deu em 01.12.1986 e a ação foi proposta em 24.7.1997. Oferece um aresto a cotejo.

Além de a questão relativa à prescrição total não ter sido devidamente prequestionada, a teor da Súmula 297 do TST, porquanto o Regional apenas emitiu tese acerca do alcance da

prescrição quinquenal, o único aresto transcrito é inservível, pois não contém a fonte de publicação, conforme exige o item I, letra a, da Súmula 337 do TST.

Não conheço.”

A Embargante, em suas razões recursais, sustenta que, sendo as datas fatos incontroversos e podendo a prescrição ser declarada de ofício, há de ser reconhecida a prescrição total do direito de ação, nos moldes da Súmula n.º 294 do TST. Indica violação do art. 896 da CLT e colaciona aresto (a fls. 328/329).

A Reclamada, em sede de Recurso de Embargos, traz a discussão para a possibilidade ou não de aplicação da regra inserta no art. 219, § 5.º, do CPC, que autoriza o magistrado a conhecer de ofício a prescrição, na seara do processo do trabalho.

Pelo instituto da prescrição, uma das partes, devido à sua inércia no prazo assinalado por lei, perde a pretensão a que tinha direito. Por pretensão, deve-se entender que é o poder de exigir coercitivamente de outrem o cumprimento de um dever jurídico.

Esse instituto é plenamente aplicável na seara do processo trabalhista, que, nos arts. 11 da CLT e 7.º, XXIX, da Constituição Federal, fixam os prazos prescricionais para que os empregados postulem, perante o Poder Judiciário, o cumprimento coercitivo por parte do empregador das obrigações a ele concernentes.

Todavia, diversamente do pretendido pela Embargante, o art. 219, § 5.º, do CPC encontra obstáculos intransponíveis para a sua aplicação no processo trabalhista.

Faz-se importante assinalar, inicialmente, que a prescrição é uma das exceções que podem ser argüidas pelo Reclamado em sua contestação, ou seja, é um instituto que, vislumbrando-se o processo trabalhista, privilegia a parte mais forte da relação empregatícia, o empregador.

No Direito do Trabalho, ante a sua autonomia em face dos demais ramos do Direito, são aplicados princípios

específicos, entre os quais, o princípio da proteção. Uma das facetas desse princípio confere ao empregado, figura hipossuficiente da relação empregatícia, alguns mecanismos, visando proporcionar-lhe, ao menos, uma paridade jurídica com o empregador.

Ora, autorizar o reconhecimento de ofício da prescrição atentaria em um primeiro momento contra o princípio da proteção. Com efeito, o magistrado, ao assim proceder, estaria privilegiando o empregador, parte mais forte da relação empregatícia e que teria a responsabilidade de argüir a mencionada exceção, em detrimento do empregado, a quem deve ser conferida a maior proteção no âmbito trabalhista.

Segundo, a prescrição, nos moldes do art. 191 do CC, pode ser renunciada pela parte beneficiada, desde que não venha prejudicar direitos de terceiros. Dessa feita, renunciando o empregador à prescrição que recairia sobre os créditos trabalhistas do empregado, estar-se-á privilegiando, mais uma vez, a parte hipossuficiente da relação de trabalho, o empregado. Portanto, a partir do momento em que fosse autorizado ao magistrado reconhecer a prescrição de ofício, retirar-se-ia a prerrogativa do empregador de renunciar à prescrição, reduzindo-se, conseqüentemente, o valor a ser pago ao empregado em caso de procedência de sua pretensão e, mais uma vez, afrontando o princípio da proteção norteador do Direito do Trabalho.

Terceiro, caso se admitisse a aplicação da regra inserta no art. 219, § 5.º, do CPC no processo trabalhista, estar-se-ia admitindo que o magistrado dispusesse de direitos indisponíveis (verbas de natureza alimentar) do empregado, sem a devida manifestação da parte adversa.

Embora assim entenda, a questão não tem como ser aqui enfrentada, ou seja, nestes Embargos.

É que, conforme mencionado pela decisão ora embargada, a prescrição total não foi objeto de pronunciamento pelo Regional. Ora, conforme o entendimento consubstanciado na Súmula n.º 153 do TST, a prescrição deve ser argüida na fase

ordinária, e não em sede extraordinária, caso do Recurso de Embargos e do Recurso de Revista.

Dessa feita, não há como se vislumbrar contrariedade à Súmula n.º 294 do TST, restando incólume o art. 896 da CLT.

Pelo exposto, **não conheço** dos Embargos, no particular.

3 - ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA - PROVISORIEDADE

Quanto ao adicional de transferência, a Turma assim se pronunciou (a fls. 292/293):

“A Corte Regional excluiu da condenação o pagamento do adicional relativo à última transferência de local, porque restou demonstrado que esta foi feita a pedido do autor. Quanto às demais transferências, manteve a condenação pelos seguintes motivos:

‘Recorre a reclamada, apegando-se naqueles mesmos fundamentos alegados em sua tese de defesa. No entanto, alega mas não prova, pois descuroou-se de carrear aos autos os supostos pedidos de transferência efetuados pelo reclamante, nada provando também a respeito de as transferências terem ocorrido em razão do interesse deste, a não se em relação à última transferência ocorrida, para Maringá, que de fato deu-se a seu pedido, conforme se infere à fl. 155 do volume de documentos.

Assim, com exceção da última transferência ocorrida, e onde se faz pequeno reparo na r. sentença, cabível o pagamento do adicional em questão porque as transferências foram sucessivas, não se lhes podendo atribuir a natureza de definitivas, e a eventual previsão contratual a respeito apenas legitima o ato patronal, mas não o desobriga do pagamento do respectivo adicional.

Quanto ao fato de ser o reclamante detentor de função de confiança, nos moldes do art. 62, II, da CLT, tal circunstância apenas faz com ele não possa se opor à transferência, mas não exime o empregador do pagamento do adicional quando esta vier a ocorrer’ (fl. 214).

A reclamada sustenta que existe previsão de transferência no contrato de trabalho do autor, que exercia cargo de gerência, desempenhando função de confiança e, por fim, que as transferências ocorridas foram em caráter definitivo. Aponta violação do art. 469 da CLT e oferece arestos a cotejo.

O recurso não alcança conhecimento.

Os arestos trazidos à colação encontram-se superados pela jurisprudência iterativa e atual desta Corte - com a qual a tese do Tribunal de origem se harmoniza -, vertida na Orientação Jurisprudencial nº 113 da SDI-I, de seguinte teor:

‘ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. CARGO DE CONFIANÇA OU PREVISÃO CONTRATUAL DE TRANSFERÊNCIA. DEVIDO. DESDE QUE A TRANSFERÊNCIA SEJA PROVISÓRIA. Inserida em 20.11.97 O fato de o empregado exercer cargo de confiança ou a existência de previsão de transferência no contrato de trabalho não exclui o direito ao adicional. O pressuposto legal apto a legitimar a percepção do mencionado adicional é a transferência provisória.’

Não há falar em ofensa ao art. 469 da CLT, uma vez consignado no acórdão recorrido que a previsão contratual legitima a transferência mas não desobriga o empregador do pagamento do adicional, tese em consonância com o § 3º do mesmo dispositivo.

Por fim, a Súmula 126 obstaculiza a revista, no que toca à alegação de caráter definitivo das transferências.

Forte no art. 896, § 4º, da CLT e nas Súmulas 126 e 333/TST, não conheço do recurso.”

A Turma, ao negar provimento aos Embargos de Declaração, assim registrou (a fls. 316):

“Da leitura do acórdão embargado, quanto à alegação de que a transferência ocorreu em caráter definitivo, sendo inaplicável à espécie a OJ 113/SDI-I do TST, verifico presente a mera irresignação da reclamada contra o mérito do julgado.

Diferentemente do sustentado nos declaratórios, não busca a CEF aperfeiçoar a entrega da prestação jurisdicional, nos moldes permitidos pelos arts. 897-A da CLT e 535 do CPC, porquanto há expreso registro, à fl. 293 da decisão embargada, de que ‘a Súmula 126 obstaculiza a revista, no que toca à alegação de caráter definitivo das transferências’, o que afasta a aventada omissão no tópico. Por seu turno, conduzindo as razões de decidir, sem qualquer descompasso lógico, à conclusão adotada por esta Corte, não há falar em contradição ou erro material no julgado.

Destaco, à demasia, que o excerto do acórdão regional, transcrito na decisão embargada, é exaustivo no tópico, consignando inviável atribuir às transferências sucessivas a natureza definitiva, a ratificar, portanto, a conclusão pelo óbice da Súmula 126/TST.”

A Embargante sustenta que se mostra indevido o adicional de transferência, pois, de acordo com os fatos incontroversos dos autos, restou comprovado que as transferências do Reclamante tiveram caráter definitivo. O Recurso de Embargos lastreia-se em violação dos arts. 469, § 1.º, 477 e 896 da CLT, em contrariedade à Orientação Jurisprudencial n.º 113 da SBDI-1 do TST e em divergência jurisprudencial (a fls. 329/332).

Não assiste razão à Reclamada.

Com efeito, verifica-se que, de acordo com o que restou expressamente consignado pelo Regional, as transferências do Reclamante se deram em caráter provisório. Dessa feita, tal como mencionado pela decisão embargada, seria necessário o prévio reexame do conjunto fático-probatório para concluir pelo caráter definitivo das transferências, o que é vedado pela Súmula n.º 126 do TST.

Acrescente-se, por oportuno, que, conforme se depreende das razões do Recurso de Revista (a fls. 246/249), a insurgência patronal limitou-se a questionar a possibilidade de transferência do empregado sem o deferimento de nenhum adicional quando aquele fosse exercente de cargo de confiança e tivesse no seu contrato de trabalho a condição, implícita ou explícita, de transferência, uma vez que todos os arestos colacionados discutem a mencionada premissa e somente foi indicada afronta ao art. 469, § 1.º, da CLT.

Incólume, portanto, o art. 896 da CLT.

À luz do exposto, **não conheço** do Recurso de Embargos, no tópico.

4 - APOSENTADORIA ESPONTÂNEA - EFEITOS

A Turma conheceu do Recurso de Revista da Reclamada e negou provimento, por entender que, não sendo a aposentadoria causa da extinção do contrato de trabalho, seriam devidos o aviso prévio e a multa de 40% do FGTS sobre todo o período trabalhado. Sua decisão encontra-se assim ementada (a fls. 290)):

“APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. AVISO PRÉVIO E MULTA DE 40% DO FGTS. Cancelada a OJ-177 da SDI-I do TST, em decorrência do julgamento das ADIs nºs 1.770-4/DF e 1.721-4/DF pelo Supremo Tribunal Federal, em que declarada a inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do art. 453 da CLT. Destarte, afasta-se a hipótese de extinção do contrato de trabalho em decorrência da aposentação voluntária, uma vez que a Lei nº 8.213/91, em seu artigo 49, não vincula a concessão da aposentadoria voluntária ao desligamento do emprego. Recurso de revista não-provido no particular.”

Em sede de Embargos de Declaração, a Turma registra que a questão referente ao requerimento do Reclamante para desligamento da Empresa não foi objeto de pronunciamento pela Corte de origem, *in verbis* (a fls. 316/317):

“No que diz com ‘a omissão do julgado relativa ao requerimento pessoal do reclamante para o seu desligamento da empresa pública’ (fl. 304), melhor sorte não socorre à embargante.

Da leitura da decisão prolatada pela Corte de origem, reproduzida no acórdão embargado, forçoso concluir pela ausência de exame acerca da tese de que ‘não foi a aposentadoria espontânea do reclamante que deu ensejo à rescisão contratual. Foi o claro REQUERIMENTO do ex-empregado pelo desligamento da empresa, conforme comprova o DOCUMENTO DE FLS. 02 dos autos de documentos. Neste documento consta, claramente, a assinatura do reclamante e a declaração do mesmo, COMO BEM RECONHECEU O JUÍZO DE PISO, À FL. 133 DOS AUTOS’ (fl. 305, destaques no original).

Ressalto, no aspecto, que a reclamada não pleiteou a emissão de tese por tal prisma, quando da oposição dos declaratórios das fls. 231-3, limitados à controvérsia em torno da transferência do reclamante. E, o aresto da SDI-I trazido nos declaratórios, a amparar a possibilidade de exame, por esta Corte Superior, de dados fáticos não constantes do acórdão regional, desserve a tal

propósito, porquanto trata da verificação da prescrição total, hipótese que não se confunde com a ora examinada.

Nos limites da moldura fático-probatória emprestada à espécie pelas instâncias ordinárias, concluindo a Corte a quo 'que, no caso em tela, o reclamante requereu a aposentadoria e obteve o deferimento de seu pedido na continuidade da relação de emprego ...' (fl. 225), não há falar em omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado, que, julgando uno o contrato de trabalho e, por conseguinte, devido o pagamento 'do aviso prévio e da multa do FGTS, incidente sobre todo o período laborado, até a dispensa sem justa causa' (fl. 295), nega provimento ao recurso de revista da ré." (Destques no original.)

A Embargante, em suas razões recursais, alega que o desligamento do Reclamante ocorreu por iniciativa do próprio Obreiro, e não em decorrência da sua aposentadoria espontânea, motivo pelo qual não se podem deferir verbas a título de dispensa sem justa causa. Indica violação do art. 477 da CLT e divergência jurisprudencial (a fls. 332/335).

Sem razão a Embargante.

Com efeito, tal como consignado pela decisão embargada, a questão referente ao desligamento por iniciativa do próprio Reclamante não foi objeto de pronunciamento pelo Tribunal a quo, razão pela qual a admissão do Apelo, no aspecto, encontra-se obstaculizada pela Súmula n.º 297, I e II, do TST, ante a patente ausência de prequestionamento da controvérsia.

Pelo exposto, **não conheço** do Recurso de Embargos, no particular.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer integralmente do Recurso de Embargos.

Brasília, 28 de maio de 2009.

MARIA DE ASSIS CALSING
Ministra Relatora

PROC. Nº TST-E-ED-RR-673432/2000.8

A C Ó R D ã O

SDI-1

ACV/sp

RECURSO DE EMBARGOS. RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE INDEVIDO. LIMPEZA E HIGIENIZAÇÃO DE SANITÁRIOS. PROVIMENTO. Esta C. Corte Superior por meio da Orientação Jurisprudencial nº 4 da SDI-1, cuja nova redação incorporou o teor da Orientação Jurisprudencial nº 170, pacificou entendimento no sentido de que a limpeza e a coleta de lixo de sanitários não podem ser enquadradas como atividades insalubres, porque não se encontram entre as classificadas como lixo urbano no Anexo 14 da NR-15 da Portaria nº 3214/78 do Ministério do Trabalho. Recurso de Embargos conhecido e provido, no tema.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº **TST-E-ED-RR-673432/2000.8**, em que é Embargante **UNIÃO** e Embargado **FAMIL SISTEMA DE CONTROLE AMBIENTAL LTDA., CRISTIANE PEREIRA AFONSO**.

Adoto na integralidade o Relatório constante do voto do Exmo. Relator originário:

"A colenda Segunda Turma desta Corte superior, mediante acórdão prolatado às fls. 312/322, não conheceu do recurso de revista interposto pela reclamada quanto

à sua responsabilidade subsidiária, com fundamento no entendimento consagrado na Súmula n.º 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho. Conheceu do apelo quanto ao adicional de insalubridade, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negou-lhe provimento.

Interpõe a reclamada recurso de embargos à SBDI, às fls. 326/330, com fundamento no artigo 894, **b**, da Consolidação das Leis do Trabalho. Esgrime com afronta aos artigos 5º, II, 37, § 6º, e 97 da Constituição Federal, 896 e 190 da CLT e 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, além de transcrever arestos para confronto de teses.

Ao recurso não foi apresentada impugnação, consoante se extrai da certidão lavrada à fl. 347.

Manifestou-se o douto Ministério Público do Trabalho às fls. 352/359, em parecer da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral Vera Regina Della Pozza Reis, pelo não-conhecimento dos embargos."

É o relatório.

V O T O

1 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 896 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO NÃO CARACTERIZADA.

RAZÕES DE NÃO-CONHECIMENTO

Adoto integralmente o voto do Exmo. Relator Originário, quanto ao tema em epígrafe:

"A colenda Segunda Turma desta Corte superior não conheceu do recurso de revista interposto pela reclamada com amparo no entendimento consagrado na Súmula n.º 331, IV, do TST. Consignou, para tanto, os seguintes fundamentos, lançados às fls. 316/317:

"Ao analisar o Recurso Ordinário da Reclamante, sobre a matéria o Regional adotou o seguinte entendimento:

`(...)

Razão parcial assiste ao recorrente. A condenação subsidiária do tomador de serviço fundamenta-se no entendimento consagrado pelo Enunciado n.º 331, inciso IV, do Colendo TST. Também respalda a condenação subsidiária a norma contida no Artigo 455 da CLT, tendo sido esta a regra que embasou o Enunciado citado.

Ainda que a contratação de mão-de-obra de limpeza e conservação através de empresa locadora de serviços seja legal, sobretudo quanto aos órgãos públicos que obedeceram aos critérios administrativos e constitucionais para contratação da prestadora de serviços, é cabível a condenação subsidiária da União Federal, embasada no fato de que nem todas as parcelas salariais foram pagas pela real empregadora, o que responsabiliza a tomadora de serviços por culpa in vigilando. Afinal, dois valores estão em aparente confronto - a moralidade administrativa e a valorização do trabalho humano. O trabalho, como expressão do direito à vida, é bem a ser prioritariamente zelado. Sinale-se que a condenação deve se voltar primeiramente contra a primeira reclamada, que em princípio parece possuir condições econômicas para suportar o débito. Todavia, em assim não ocorrendo, condena-se subsidiariamente a União, a fim de garantir a proteção dos créditos da trabalhadora. Os argumentos da segunda reclamada quanto aos dispositivos da lei civil são admitidos apenas quando não contrariem a regra geral consolidada

de proteção ao trabalhador. A contratação de mão-de-obra através da intermediação enseja a responsabilização do seu tomador, forte no artigo 1518 do Código Civil. Não é óbice à responsabilização subsidiária a regra do artigo 71 da Lei n.º 8666/93 que se interpreta em consonância com as normas estabelecidas nos artigos 37 e 173, § 1º, da Constituição de 1988, bem como o princípio da proteção do valor social do trabalho inscrito no artigo 1º da mesma Carta Fundamental. São rechaçados também os argumentos com fulcro no artigo 10, § 1º do DL 200/67 e artigos 3º, parágrafo único e 15, inciso II da Lei 5.645/70 porquanto anteriores à entrada em vigor da nova Carta Magna. Apelo provido' (fls. 245/246).

.....
.....

Por suas razões recursais, pretende a Reclamada demonstrar que a União Federal não pode ser condenada à responsabilidade subsidiária. Aponta violação dos artigos 5º, inciso II e 37, caput e inciso XXI, ambos da CF/88, 70 e 71, ambos da Lei 8.666/93, 3º, da Lei 5.645/70 e 10, § 7º, do Decreto-lei 200/67. Indica, ainda, contrariedade da Súmula 331, item IV, do TST e traz arestos para o cotejo.

Apesar da argumentação apresentada pela Reclamada, no particular, o seu Recurso de Revista não merece lograr êxito.

A decisão revisanda foi proferida em perfeita harmonia com o item IV da Súmula 331 do TST, que dispõe:

'CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE - Inciso IV alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000

(...)

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993)'. Afastadas as apontadas violações constitucional e legais, bem como superados os arestos tidos por divergentes".

Alega a União, em síntese, que não se pode vislumbrar, ainda que remotamente, a sua responsabilidade subsidiária ao cumprimento das obrigações impostas à primeira reclamada. Sustenta que, em se tratando de empregados de empresa contratada, evidente que não teria a administração pública como fiscalizar se este ou aquele empregado fora dispensado, ou quando terminaria o prazo para o pagamento das verbas rescisórias. Conclui não haver falar em culpa in eligendo ou in vigilando, para justificar a edição de súmula contrária às previsões legais. Saliencia, finalmente, que o legislador federal, no âmbito da competência prevista nos artigos 22, XXVII, e 37, XXI, da Carta Magna, definiu claramente na Lei de Licitações que a União, as autarquias e as fundações federais não são responsáveis pelos débitos trabalhistas das empresas contratadas. Esgrime com afronta aos artigos 5º, II, 37, § 6º, e 97 da Constituição Federal, 896 da Consolidação das Leis do Trabalho e 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93.

Não assiste razão à embargante.

O inciso IV da Súmula n.º 331 do TST foi submetido a Incidente de Uniformização de Jurisprudência neste

Tribunal Superior, em face da redação do § 1º do artigo 71 da Lei n.º 8.666/93 (Processo n.º TST-RR-297.751/96, Relator o Ex.^{mo} Ministro Milton de Moura França). Em sessão do Tribunal Pleno, esta Corte uniformizadora entendeu que, não obstante o artigo 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93 contemplar a ausência de responsabilidade da administração pública pelo pagamento de encargos trabalhistas, dentre outros, resultante da execução de contrato, a aplicação desse dispositivo legal somente se dá na hipótese em que o contratado age dentro de regras e procedimentos normais, pautando-se pelos estritos limites e padrões da normatividade vigente.

Assim, uma vez evidenciado o descumprimento de obrigações por parte da empresa contratada em relação aos direitos assegurados ao empregado, deve ser imposta ao contratante a responsabilidade subsidiária. Nessa hipótese, é forçoso reconhecer a responsabilidade da União, decorrente do comportamento omissivo e irregular por não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, configurando-se a culpa in vigilando.

Deve responder o contratante igualmente pelas conseqüências do inadimplemento do contrato firmado pela empresa contratada com terceiros, visando à execução do serviço contratado. Esse entendimento se justifica não somente em face da legislação trabalhista, que visa à proteção do empregado, como também pelos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade e, sobretudo, da moralidade pública, que não admitem que a administração, por ação ou omissão, ocasione prejuízo a terceiros.

Lembre-se, ainda, que o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva das pessoas de direito público e das de direito privado prestadoras de serviços públicos sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo sua obrigação de indenizar sempre que cause dano a terceiros, pouco importando que tal dano se origine diretamente da administração ou indiretamente, vale dizer, por

ato de outrem, que com ela contratou e executou a obra ou o serviço decorrente de ato administrativo.

Com relação à insurgência relativa ao pagamento das penalidades impostas à primeira reclamada, ressalte-se que se trata de inovação recursal, pois a recorrente não cuidou de se reportar especificamente a tal questão no seu recurso de revista, tampouco nos embargos de declaração que interpôs.

Afigura-se correta, assim, a decisão proferida pela Turma, porque consonante com a jurisprudência pacífica desta Corte uniformizadora, não havendo falar em violação dos dispositivos legais e constitucionais invocados, nem em divergência jurisprudencial.

Incólume o artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, **não conheço** dos embargos.”

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. HIGIENIZAÇÃO DE SANITÁRIOS. AGENTES BIOLÓGICOS. EQUIVALÊNCIA. LIXO URBANO OU DOMICILIAR.

CONHECIMENTO

Eis o teor da decisão da C. Turma sobre o tema em epígrafe, que conheceu do recurso de revista da União e, no mérito, negou-lhe provimento:

“Quando o produto da limpeza de sanitários provier de um universo de usuários não determinados, como é o caso da Empresa onde prestava serviços a Reclamante, é juridicamente não só razoável, mas sobretudo devido o enquadramento de tal labor insalubre no anexo 14 da NR-15 do Ministério do Trabalho, que prevê a hipótese de riscos da exposição a agentes biológicos decorrentes da coleta de lixo urbano. Outro não foi o entendimento do julgado desta colenda Turma, no Processo RR-511.564/98, publicado no DJ de 31-08-2002, à pág. 587, assim ementado: ‘ADICIONAL DE INSALUBRIDADE NO GRAU MAIS

ELEVADO. LIMPEZA E HIGIENIZAÇÃO DE BANHEIRO FEMININO DE MERCADO PÚBLICO SEM USO DE EPI. AGENTES BIOLÓGICOS. DEJETOS. LIXO URBANO. Há de ser considerado como lixo urbano e não como lixo domiciliar o coletado na higienização de vasos sanitários de banheiro público feminino, eis que local onde transitam e dejetam diariamente um universo diversificado de pessoas, potencialmente portadoras de doenças infecto-contagiosas que poderão vir a prejudicar a saúde da trabalhadora ao longo do tempo, mormente quando aferido em laudo pericial inclusive não impugnado pelo Reclamado - a inexistência de uso de equipamento de proteção individual. Revista conhecida e provida’.

Ressalte-se que a atividade em questão não se confunde com aquela relacionada à limpeza e à higienização de banheiros no interior de empresas, a qual é equiparada pela jurisprudência desta Corte à coleta de lixo doméstico.

Não é fora de propósito frisar que o mencionado anexo ministerial dispõe ser devido o adicional de insalubridade em grau máximo na hipótese de coletas de lixo urbano, de limpeza de esgotos e de contatos com sangue e dejetos de animais portadores de doenças infecto-contagiosas.

Neste sentido os seguintes precedentes de minha lavra: RR-419512/98, Ac. 2ª Turma, DJ de 01.08.2003 e RR-516405/98, Ac. 2ª Turma, DJ de 12.09.2003.

Nego provimento”. (fls. 320/321)

Nas razões de Embargos a reclamada aponta contrariedade à Orientação Jurisprudencial n.º 4 da SBDI-I e transcreve aresto para o confronto de teses.

Dos termos em que proferida a r. decisão embargada, verifica-se contrariedade com a Orientação Jurisprudencial n.º 4, que dispõe não ser devido o adicional de insalubridade em trabalho realizado com a coleta e limpeza de sanitários por não ser atividade enquadrada como insalubre pelo Ministério do Trabalho.

Conheço, nos termos da alínea "a" do artigo 896 da CLT.

MÉRITO

Discute-se se o empregado que desenvolve atividades relacionadas à limpeza e higienização de sanitários, em contato direto com o lixo coletado e com produtos de limpeza, faz jus, ou não, ao recebimento de adicional de insalubridade em grau máximo.

A matéria já não comporta maiores considerações, haja vista estar pacificada pela iterativa, notória e atual jurisprudência da Colenda SDI deste C. Tribunal, consubstanciada na Orientação Jurisprudencial nº 4, que se encontra assim redigida:

“ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. LIXO URBANO.
(nova redação em decorrência da incorporação da Orientação Jurisprudencial nº 170 da SDI-1, DJ 20.04.05)

I - Não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho.

II - A limpeza em residências e escritórios e a respectiva coleta de lixo não podem ser consideradas atividades insalubres, ainda que constatadas por laudo pericial, porque não se encontram dentre as classificadas como lixo urbano na Portaria do Ministério do Trabalho. (ex-OJ nº 170 da SDI-1 - inserida em 08.11.00)”

Nesse mesmo sentido encontram-se os seguintes precedentes: ERR-325.989/96, Min. Vantuil Abdala, DJ 31.03.99; ERR-221.439/95, Min. Francisco Fausto, DJ 26.03.99; ERR-245.527/96, Min. José L. Vasconcellos, DJ 18.12.98.

Entende esta C. Corte pela impossibilidade de se equiparar a coleta de lixo domiciliar à de lixo urbano, em face da ausência de previsão da primeira no anexo 14 da NR-15 da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho.

Com efeito, o artigo 190 da CLT atribui exclusivamente ao Ministério do Trabalho e Emprego a competência para a aprovação

do Quadro das Atividades e Operações Insalubres, bem como para elaboração de normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade.

Por sua vez, o anexo 14 da NR-15 da Portaria nº 3.214/78, que trata do contato com agentes biológicos, dispõe ser devido o adicional de insalubridade na hipótese de coletas de lixo urbano. E assim dispondo, estabelece que essa atividade não se confunde com a de limpeza e higienização de banheiros no interior de empresas, que é equiparada à coleta de lixo doméstico. Acrescente-se que os produtos de limpeza utilizados na higienização de banheiros a exemplo de saponáceos, detergentes e desinfetantes, de uso doméstico inclusive, detêm concentração reduzida de substâncias químicas (álcalis cáusticos), destinadas à remoção dos resíduos, não oferecendo risco à saúde do trabalhador, razão por que não asseguram o direito ao adicional de insalubridade.

A atividade desenvolvida pela reclamante não está, portanto, prevista especificamente na norma em questão, motivo pelo qual deve ser reformada a r. decisão impugnada para excluir o adicional de insalubridade.

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso de Embargos para excluir da condenação o pagamento do adicional de insalubridade.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, conhecer dos embargos por contrariedade à Orientação Jurisprudencial n.º 4 da SDBI-I deste Tribunal Superior, vencidos os Exmos. Ministros Lelio Bentes Corrêa, Rosa Maria Weber Candiota da Rosa e Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, e, no mérito, dar-lhes provimento para excluir da condenação o adicional de insalubridade e seus consectários.

Brasília, 08 de setembro de 2008

ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA
Ministro Redator Designado

PROC. Nº TST-E-RR-1446/2005-081-15-00.7

A C Ó R D ã O

(Ac. SBDI-1)

CARP/lt/ac

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007, QUE DEU NOVA REDAÇÃO DO ART. 894 DA CLT. RECURSO DE REVISTA. NÃO-CONHECIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFERIMENTO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS INDISPENSÁVEIS. SÚMULA Nº 219/TST. CONTRARIEDADE.

Dos fundamentos do Acórdão do Regional extrai-se claramente que os honorários advocatícios foram deferidos, não em razão do preenchimento dos requisitos a que se refere a Súmula nº 219/TST, mas única e simplesmente em virtude do princípio da proteção ao trabalhador (hipossuficiente), no caso a Reclamante que, segundo o Regional, "não deve arcar com o pagamento do profissional que contrata com o fito de postular verbas salariais inadimplidas." (fl.448). Há, efetivamente, contrariedade à Súmula nº 219 da Corte. **Embargos conhecidos e providos.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº **TST-E-RR-1446/2005-081-15-00.7**, em que é Embargante **BANCO SANTANDER BANESPA S.A.** e Embargada **MARIA VALÉRIA DOS SANTOS**.

A 5ª Turma da Corte, em processo oriundo do 15º Regional, por intermédio do Acórdão de fls.529/534, ao não conhecer do Recurso de Revista do Reclamado, manteve a Decisão do Regional, que deferiu honorários advocatícios na base de 15% sobre o valor da condenação.

O Reclamado interpõe Embargos à Seção Especializada em Dissídios Individuais (fls.536/539), postulando a reforma do julgado.

Impugnação não há.

O processo não foi enviado à Procuradoria-Geral, para emissão de parecer, pela ausência de obrigatoriedade (RI/TST, Art. 82, inciso I).

É o relatório.

V O T O

1. CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos comuns de admissibilidade, examino os específicos dos Embargos.

1.1 - RECURSO DE REVISTA. NÃO-CONHECIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFERIMENTO. SÚMULA Nº 219/TST.

A Turma, ao não conhecer do Recurso de Revista do Reclamado, manteve a Decisão do Regional, que deferiu honorários advocatícios na base de 15% sobre o valor da condenação.

Para tanto, argumentou, **verbis**:

“O recurso de revista não merece conhecimento. Isto porque, na v. decisão regional não há definição de que o empregado não esteja assistido por sindicato de sua categoria, o que revelaria contrariedade às Súmulas n os 219 e 329 do Tribunal Superior do Trabalho, como pretende o Recorrente. Dessa forma, à míngua de informações, no caso, de que o autor tenha preenchido ambos os requisitos a que alude a Lei nº 5.584/70, inviável cogitar-se de decisão em atrito com o referido dispositivo de lei ou com as aludidas construções jurisprudenciais. Não conheço, portanto.” (fl. 531).

Postula o Embargante a reforma do julgado.

Reitera a alegação pela qual caracteriza-se, na hipótese, contrariedade às Súmulas nºs 219 e 329/TST.

Aduz que há afirmação expressa do Acórdão do Regional, de que os honorários advocatícios em questão são oriundos, não de sucumbência, mas de uma espécie de indenização por verbas inadimplidas.

Assiste-lhe razão.

Eis os fundamentos do Acórdão do Regional para deferir a verba honorária, **verbis**:

“Não obstante conserve o entendimento de que resta inatingido o princípio basilar do Direito Obreiro do jus postulandi, nos termos do art. 791, da CLT, restando conservadas as hipóteses de deferimento da verba em face da sucumbência – previsão legal contida na Lei nº 5.584/70 e Súmulas 219 e 329 do C. TST, não se pode desprezar a mobilidade natural do direito e fechar os olhos às novas situações ocorridas, frutos de mudanças operadas em favor do novo, por nós muito reclamadas e festejadas.

Assim, com fulcro no art. 8º, parágrafo único, da Lei Trabalhista, decido aplicar o quanto estatuído no novel Código Civil de 2002, mais precisamente aquilo que preceituam seus art. 389 e 404. Deles se extrai que a toda obrigação não cumprida, que gere indenização ao proponente, deve-se incluir juros, atualização monetária e ainda os honorários advocatícios. Não se trata, pois, de honorários advindos de sucumbência, mas sim de compensação integral pelos prejuízos sofridos, inclusive que vai ao encontro de outro princípio informador desse Ramo Especializado, o da proteção ao trabalhador (hipossuficiente), que não deve arcar com o pagamento do profissional que contrata com o fito de postular verbas salariais inadimplidas.

Assim, considerando que houve inadimplemento de obrigações trabalhistas a tempo e modo, conforme verificado no presente caso, a reclamada deverá ficar responsabilizada pelos honorários de advocatícios na base de 15% sobre o valor da condenação, atualizado.” (fls. 448/449)

Dos fundamentos do Acórdão do Regional extrai-se claramente que os honorários advocatícios foram deferidos, não em razão do preenchimento dos requisitos a que se refere a Súmula nº 219/TST, mas única e simplesmente em

virtude do princípio da proteção ao trabalhador (hipossuficiente), no caso a Reclamante que, segundo o Regional, "não deve arcar com o pagamento do profissional que contrata com o fito de postular verbas salariais inadimplidas." (fl.448).

Há, efetivamente, contrariedade à Súmula nº 219 da Corte, pelo que, **conheço** dos Embargos.

2 - MÉRITO

2.1 - RECURSO DE REVISTA. NÃO-CONHECIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFERIMENTO. SÚMULA Nº 219/TST.

Conhecidos os Embargos por contrariedade à Súmula nº 219 da Corte, **dou-lhes provimento** para excluir da condenação a verba honorária.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, **conhecer** dos Embargos, por contrariedade à Súmula nº 219/TST e, no mérito, **dar-lhes provimento** para excluir da condenação a verba honorária.

Brasília, 12 de maio de 2008.

CARLOS ALBERTO REIS DE PAULA
Ministro Relator

PROC. Nº TST-E-RR-796.832/2001.9

A C Ó R D ã O

SBDI-1

VA/mm

**EMBARGOS. RESPONSABILIDADE
SOLIDÁRIA. CISÃO PARCIAL.
PROFORTE. ORIENTAÇÃO
JURISPRUDENCIAL TRANSITÓRIA Nº
30 DA SBDI-1 DO TST. VIOLAÇÃO
DO ARTIGO 896 DA CLT NÃO
CONFIGURADA.**

"É solidária a responsabilidade entre a empresa cindida subsistente e aquelas que absorverem parte do seu patrimônio, quando constatada fraude na cisão parcial". Inteligência da OJ Transitória nº 30 da SBDI-1 do TST. Incólume o artigo 896 da CLT. Embargos **não conhecidos**.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Embargos em Recurso de Revista nº **TST-E-RR-796.832/2001.9**, em que é Embargante **PROFORTE S.A. - TRANSPORTE DE VALORES** e Embargado **VILSON JOSÉ DA SILVA MATTOS**.

A Sexta Turma desta Corte, pelo acórdão de fls. 444-449, não conheceu do recurso de revista da reclamada, ao argumento de que a decisão regional se encontra em consonância com a Orientação Jurisprudencial Transitória nº 30 da SBDI-1 do TST, que preconiza que a responsabilidade entre a empresa cindida subsistente e as que absorverem parte do seu patrimônio é solidária, quando constatada fraude na cisão parcial.

A reclamada interpõe embargos à SBDI, às fls. 452-458. Sustenta estar configurada a ofensa ao artigo 896 da CLT, em virtude da má-aplicação da Orientação Jurisprudencial

Transitória nº 30 da SBDI-1 do TST, pois não restou comprovada, no caso concreto, a fraude na cisão parcial. Aponta violados os artigos 5º, incisos II, XXXVI, LIV e LV, e 170, inciso II, da Constituição Federal e 896 do Código Civil de 1916. Colaciona arestos a confronto.

Impugnação não apresentada, consoante certidão de fl. 461.

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho para emissão de parecer, nos termos do artigo 82 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

Preenchidos os pressupostos genéricos de admissibilidade do apelo.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CISÃO PARCIAL. PROFORTE. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL TRANSITÓRIA Nº 30 DA SBDI-1 DO TST. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 896 DA CLT NÃO CONFIGURADA

CONHECIMENTO

A Sexta Turma desta Corte não conheceu do recurso de revista da reclamada, alicerçando-se nos seguintes fundamentos:

“(...) emerge como óbice da revista a Súmula 333/TST, uma vez que a decisão recorrida se apresenta em conformidade com o entendimento pacificado nesta Corte, mediante a edição da Orientação Jurisprudencial Transitória nº 30 da C. SBDI-I, que assim dispõe:

‘CISÃO PARCIAL DE EMPRESA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. PROFORTE. DJ 09.12.2003. É solidária a responsabilidade entre a empresa cindida subsistente e aquelas que absorverem parte do seu patrimônio, quando constatada fraude na cisão parcial’.

Oportuna, outrossim, a transcrição de decisões da C. SDI-1 deste Tribunal sobre a matéria :

(...).

Fundando-se as decisões transcritas justamente na exegese dos indigitados artigos 229, § 1º, e 233, caput, da Lei 6.404/76, conclui-se pela incolumidade de seu teor. Ademais, a conclusão da Corte a quo pela responsabilidade solidária da recorrente foi pautada no princípio basilar do direito do trabalho, a saber, o princípio da proteção, razão por que, também por esse motivo, não é possível vislumbrar ofensa direta e literal aos preceitos legais invocados.” (fls. 447-449) .

Nestes embargos, a reclamada sustenta estar configurada a ofensa ao artigo 896 da CLT, em virtude da má-aplicação da Orientação Jurisprudencial Transitória nº 30 da SBDI-1 do TST, pois não restou comprovada, no caso concreto, a fraude na cisão parcial. Aponta violação dos artigos 5º, incisos II, XXXVI, LIV e LV, e 170, inciso II, da Constituição Federal e 896 do Código Civil de 1916. Colaciona arestos a confronto.

O Tribunal Regional deu provimento ao recurso ordinário do autor para reconhecer que a empresa Proforte S.A. Transporte de Valores é responsável solidária pela condenação imposta.

Eis o teor do acórdão:

“O reclamante foi contratado pela primeira reclamada – SEG-Serviços Especiais de Segurança e Transporte de Valores S/A -, no período de 13-06-95 a 22-01-97.

Os documentos das fls.132-238 comprovam que, em 11-05-94, houve cisão parcial da empresa SEG Serviços Especiais de Segurança e Transporte de Valores S/A, com versão de parcela de seu patrimônio para quatro novas sociedades, quais sejam: SEG Transporte de Valores S/A; SEG RIO Serviços de Segurança e Transporte de Valores S/A; SEG NORTE Serviços de Segurança S/A, e SEG SUL Serviços de Segurança S/A. Como a cisão foi parcial, além dessas quatro novas sociedades, a SEG Serviços Especiais de Segurança e Transporte de Valores S/A, empregadora do ora recorrente, continuou existindo, porém com seu patrimônio quase zero, pois dele se formaram as novas empresas. Posteriormente, em 31-05-95, foi alterada a razão social da SEG Transporte de Valores S/A para PROFORTE S/A Transporte de Valores (fls.126-31).

Não é a hipótese de sucessão de empresas artigos 10 e 448 da CLT -, porque esta pressupõe a substituição de uma pela outra, que continua a explorar idêntica atividade econômica, nas mesmas instalações e sem solução de continuidade. Isto porque a cisão, como se viu, ocorreu anteriormente à admissão do ora recorrente pela primeira reclamada, que foi a empregadora do reclamante (de frisar que entre os dois fatos cisão e admissão transcorreram treze meses).

No caso, o que ocorreu é que a cisão verificada veio em detrimento dos credores, tendo em vista o evidente esvaziamento do patrimônio da empresa cindida, 57,85% do patrimônio líquido (fl.144), com transferência de patrimônio, contratos, licitações em curso e pessoal respectivo (item, 3, fl.142). Em outros termos, mantido o patrimônio com algum substrato econômico e financeiro para as outras empresas criadas, e permanecendo com a cindida apenas o que em economia se denomina parte podre, ou seja, dívidas. Ressalte-se que na cisão cada um dos acionistas participou da empresa cindida e das cindendas fls.146-51 -, e, posteriormente, no item VIII do mesmo documento - Protocolo de Cisão, fls.152-4 foi registrada permuta de ações entre eles, resultando o acionista Maurício Baptista de Oliveira com 98,94262% do capital social da primeira reclamada, SEG-Serviços Especiais de Segurança e

Transporte de Valores S/A, e o acionista Marcelo Baptista de Oliveira com 98,94262% da segunda reclamada, Proforte S/A (anteriormente SEG-Transporte de Valores S/A), sem participação de cada um deles no capital social da outra empresa.

No caso, pelo próprio protocolo da cisão parcial da primeira reclamada, consta que as empresas cindendas responderão subsidiariamente na proporção das respectivas parcelas de patrimônio líquido e (...) que também não serão responsáveis solidariamente por quaisquer obrigações exceto as fiscais decorrentes da cisão e das operações da companhia proporcionalmente ao percentual do patrimônio líquido vertido' (item 10, fls.145-6).

Ora, indiscutível que a cisão foi em detrimento dos credores, mormente os trabalhistas, cujo crédito alimentar prefere aos demais, com esvaziamento do patrimônio da empresa cindida, que comprovadamente não deteve qualquer substrato econômico ou financeiro.

Não é por outra razão que a referida empresa nem mesmo compareceu a juízo para qualquer defesa, acarretando a aplicação das penalidades do art.844 da CLT. No mínimo, a responsabilização das empresas cindendas pelos créditos trabalhistas é subsidiária, nos termos do próprio protocolo de cisão. No entanto, resulta a responsabilização solidária, porquanto pelo que emerge dos autos não há como considerar empresa existente e com operação normal a primeira reclamada, desaparecida na ordem civil e comercial.

Nos termos do art.229, § 1º, e art.233 da Lei 6.404/76, há expressa previsão de solidariedade das sociedades que absorverem o patrimônio da companhia extinta, exatamente como no caso em foco. Prospera o recurso. (fls. 390-3).” (fls. 391-393) .

Dentro desse contexto, restou caracterizada a fraude na cisão parcial, estando correta a decisão da Turma pela qual se aplicou ao caso o entendimento consubstanciado na Orientação Jurisprudencial Transitória nº 30 da SBDI-1 do TST, *verbis*:

**“CISÃO PARCIAL DE EMPRESA.
RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. PROFORTE. DJ
09.12.03**

É solidária a responsabilidade entre a empresa cindida subsistente e aquelas que absorverem parte do seu patrimônio, quando constatada fraude na cisão parcial.”

Assim, porque a decisão da Turma está em consonância com a iterativa, notória e atual jurisprudência desta Corte, fica afastada, de plano, a possibilidade de divergência jurisprudencial, a teor da Súmula nº 333 do TST.

Cumpre salientar que a edição de súmulas/orientações jurisprudenciais por este Tribunal Superior do Trabalho pressupõe a análise exaustiva do tema, à luz de toda a legislação pertinente à matéria sumulada, o que afasta a indigitada violação do art. 896 do Código Civil Brasileiro.

De outra parte, não se constata a indigitada ofensa aos artigos 5º, incisos II, LIV, LV e 170, inciso II, da Constituição Federal, uma vez que sua alegação, neste recurso de embargos, caracteriza inovação recursal, já que não foram invocados nas razões da revista.

Intacto, assim, o artigo 896 da CLT.

Não conheço dos embargos.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso de embargos.
Brasília, 10 de março de 2008.

VANTUIL ABDALA
Ministro Relator

PROC. Nº TST-E-RR-198/2001-342-05-00.0
A C Ó R D ã O
SBDI-1

RECURSO DE EMBARGOS. CONTRATO NULO. LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO A SALDO DE SALÁRIOS. PRETENSÃO DE COMPENSAÇÃO DA PARCELA COM VALORES PAGOS DURANTE A RELAÇÃO CONTRATUAL. RECURSO DE REVISTA NÃO CONHECIDO. VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT NÃO RECONHECIDA. A relação trabalhista em que o Município paga ao empregado, contratado sem concurso público, o valor mensal devido a título de décimo terceiro salário, não possibilita compensação do valor com parcela judicialmente reconhecida em juízo, visto que já integrou seu patrimônio e é diversa a natureza da parcela relativa a saldo de salários do mês de dezembro que não fora pago. Impossível se falar em eventual compensação de parcelas de natureza distinta, em face da boa-fé com que o empregado recebeu o pagamento, por força da contraprestação pactuada. Embargos não conhecidos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº **TST-E-RR-198/2001-342-05-00.0**, em que é Embargante **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO** e são Embargados **PEDRO AUGUSTO PACHECO DE CASTRO e MUNICÍPIO DE CASA NOVA**.

A c. 3ª Turma, mediante o acórdão de fls. 109/113, da lavra da Exma. Ministra Maria Cristina Peduzzi, não conheceu do recurso do Ministério Público do Trabalho que se insurgia contra o decisum regional que não acolheu a pretensão de compensação dos valores pagos como décimo terceiro salário com o saldo de salário, na apreciação do tema "contrato nulo - efeitos".

Inconformado, o Ministério Público opõe embargos, às fls. 116/121. Alega violação dos artigos 896 da CLT, 37, II e § 2º, da CF, 158 do Código Civil de 1916 e 767 da CLT.

Não foi apresentada impugnação, conforme certidão de fl. 123.

Remetidos os autos ao Ministério Público do Trabalho, que se eximiu de dar parecer, por ser parte recorrente no presente feito. É o relatório.

V O T O

CONTRATO NULO. LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO A SALDO DE SALÁRIOS. PRETENSÃO DE COMPENSAÇÃO DA PARCELA COM VALORES PAGOS DURANTE A RELAÇÃO CONTRATUAL. RECURSO DE REVISTA NÃO CONHECIDO. VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT NÃO RECONHECIDA.

RAZÕES DE NÃO-CONHECIMENTO

A C. Turma não conheceu do recurso de revista do Ministério Público, que pretendia a compensação de valores pagos pelo Município ao autor, a título de décimo terceiro salário, com os valores a que fora condenado, relativo a saldo de salários.

Eis o entendimento da C. Turma sobre o tema:

O Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, em acórdão de fls. 35/37, deu provimento parcial ao Recurso Ordinário do Reclamante para excluir a compensação do décimo terceiro salário.

Consignou:

“A nulidade do contrato de trabalho aqui se impõe, por violação à regra inserta no art. 37 da Constituição da República, que dispõe: (...)

A matéria está ainda consubstanciada no Enunciado 363, do Tribunal Superior do Trabalho: (...)

Existindo proibição legal, o vínculo é nulo, conforme preceitua o art. 145 do Código Civil, inciso V, defeito que retroage ao momento da sua celebração.

São procedentes os argumentos quanto à indevida compensação ordenada - se o reclamado efetuou indevidamente o pagamento de décimo terceiro salário não cabe determinar que seja compensado com verba distinta. Indevida a dobra pretendida, justamente em razão da nulidade declarada, afastando a aplicação do art. 467 da Consolidação das Leis do Trabalho.” (fls. 35/36)

O Ministério Público do Trabalho opôs Embargos de Declaração, às fls. 44/47, desprovidos, às fls. 50/52, nos termos seguintes:

“Não se vislumbra, entretanto, qualquer contradição, o entendimento de que descabe a compensação de verbas distintas. O salário impago refere-se ao mês de dezembro, que nada tem em comum com o décimo terceiro salário. Se o Município realizou pagamentos indevidos, deve ser responsabilizado perante os órgãos competentes. Descabe ao Judiciário determinar restituição de verba, de inegável cunho salarial, inclusive.

O embargante acrescenta que o acórdão é obscuro, ao dar provimento ao recurso do reclamante para fim diverso daquele explicitado em suas razões, uma vez que este não se insurgiu quanto à compensação. Não é o que se depreende do item I, à fl. 23 dos autos. O cerne da questão é exatamente a compensação, que impediu o reclamante de perceber o salário retido do mês de dezembro.” (fls. 51)

O Ministério Público do Trabalho propugna pela compensação do décimo terceiro salário na remuneração de dezembro de 2000. Alega que o contrato nulo não produz efeitos. Indica contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 85 da SBDI-1 e aos Enunciados nos 18, 48 e 363, todos do TST. Aponta violação aos artigos 37, § 2º, da Constituição da República, 767 da CLT e 158 do Código Civil de 1916.

Na espécie, discute-se a possibilidade de compensação da gratificação natalina nos valores devidos ao Autor a título de salário.

O Código Civil Brasileiro, ao dispor acerca da compensação, preceitua que é efetuada entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis (art. 369).

Nessa esteira, o art. 370 preconiza que, muito embora sejam do mesmo gênero as coisas fungíveis, não haverá compensação se diferirem na qualidade. Eis o que dispõe o referido preceito:

“Art. 370. Embora sejam do mesmo gênero as coisas fungíveis, objeto das duas prestações, não se compensarão, verificando-se que diferem na qualidade, quando especificada no contrato.”

Na hipótese dos autos, a gratificação natalina e o salário mensal encerram prestações líquidas, vencidas e de coisas fungíveis. Contudo,

diferem na qualidade, pelo o que resta inviabilizada a compensação pretendida.

Destarte, não há falar em violação aos artigos 767 da CLT e 158 do Código Civil de 1916, ou em contrariedade às Súmulas 18 e 48 do TST.

Impossível divisar ofensa ao art. 37, § 2º, da Constituição da República e contrariedade à Súmula nº 363/TST porque, não obstante versem a nulidade do contrato de trabalho, não dispõem acerca da compensação das verbas já recebidas pelo empregado.

Os julgados transcritos revelam-se inespecíficos, porque não versam compensação de verbas trabalhistas. Incidência da Súmula nº 296/TST. Não conheço.

A questão está, na realidade, vinculada à natureza da parcela objeto de condenação, e que o Ministério Público pretende ver compensado com valores pagos durante a relação contratual.

Inoportuna tal pretensão, na medida em que a compensação apenas poderia ocorrer se houvesse pagamento da parcela sobre a qual se pretende ver compensados valores devidos. Apenas seria possível compensação de valores, se indevidamente pagos.

Enquanto prevaleceu a relação contratual o Município procedeu aos pagamentos de salários e consectários legais. Ainda que a Justiça do Trabalho tenha por nulo o contrato de trabalho, não é possível se entender que toda parcela paga pelo Município e recebido de boa-fé pelo autor deva ser alvo de compensação com valores devidos judicialmente, sob pena de se proceder a decisão **in pejus**, já que não só o saldo de salário, mas todo e qualquer valor pago ao autor, que não seja salário **stricto sensu**, poderia ser objeto de compensação, em desrespeito ao princípio de proteção ao trabalhador, gerando desequilíbrio e injustiça contra quem efetivamente trabalhou.

É de se destacar que embora a jurisprudência desta C. Corte não recepcione indenização trabalhista para o empregado que entregou sua força de trabalho a ente público, sem prévia aprovação em concurso público, exatamente em face da

nulidade da contratação, o que prevalece na jurisprudência é a garantia da contraprestação salarial pela força de trabalho despendida pelo empregado perante o ente público.

A relação trabalhista em que o Município paga ao empregado, contratado sem concurso público, o valor mensal devido a título de décimo terceiro salário, não possibilita compensação do valor com parcela judicialmente reconhecida em juízo como não paga, posto que já integrou seu patrimônio e é diversa a natureza da parcela relativa a saldo de salários do mês de dezembro que não fora pago. Impossível se falar em eventual compensação de parcelas de natureza distinta, em face da boa-fé em que o empregado recebeu o pagamento, por força da contraprestação pactuada.

Assim sendo, além de retratar parcela de natureza distinta daquela paga na presente ação, a pretensão do Ministério Público não tem respaldo em nenhum dos princípios que norteiam o direito do trabalho, em especial, o da proteção e da boa-fé.

Não merece reforma a decisão da C. Turma, não havendo se falar em ofensa literal dos dispositivos legais e constitucionais indicados, como acertadamente fundamentou a v. decisão embargada, pois nenhuma das normas indicadas tratam de tema correlato ao examinado, pretensão de compensação de valores já pagos no curso da relação de trabalho com valor objeto de condenação judicial, face a natureza diversa das parcelas pagas.

Não conheço.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer dos embargos.

Brasília, 04 de agosto de 2008.

ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA

Ministro Relator