



PARECERES DE DIREITO DO TRABALHO

EVARISTO DE MORAES FILHO



EVARISTO DE MORAES FILHO

**PARECERES
DE
DIREITO DO TRABALHO**



EVARISTO DE MORAES FILHO

PARECERES

FICHA CATALOGRÁFICA

(Preparada pelo Centro de Catalogação-na-Fonte,
Câmara Brasileira do Livro, SP)

M825p Moraes Filho, Evaristo de, 1914-
Pareceres de direito do trabalho [por] Evaristo de
Moraes Filho. São Paulo, LTr, 1976.
p.
1. Direito do trabalho - Brasil 2. Pareceres jurídi-
cos - Brasil I. Título.
75-1181 CDU-340.141:331(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Pareceres : Direito do trabalho 340.141:331(81)

Todos os direitos reservados

©

LTr EDITORA LIMITADA
R. Xavier de Toledo, 114 - 1º a.
Fones: 36-1724 e 32-7564
SÃO PAULO
1976

Para o menino

MARCOS EVARISTO, chegado a 17 de janeiro,
com os melhores augúrios e o beijo do
seu avô.

Rio de Janeiro, 17 de março de 1975.

NOTA EXPLICATIVA

Vem constituindo boa praxe entre nós a publicação dos trabalhos dos magistrados e dos pareceres dos juristas. A praxe é boa e meritória, porque pelos dois se pode reconstruir o espírito jurídico de uma época. Através da jurisprudência, costumes judiciários, e das opiniões da doutrina, levanta-se todo o direito positivo do tempo, naquilo que possa ter de mais vivo e atuante. Surpreende-se o direito em se fazendo, no estado de criação, de elaboração, de interpretação e de aplicação. A norma jurídica escapa das folhas dos códigos e se mistura com o cotidiano concreto, no que este tenha de mais humano — cômico, trágico, burlesco, dramático, bom ou mau, puro ou impuro. A justiça e a injustiça se entrecruzam rapidamente, às vezes até com indiferença, e os caracteres de revelam.

Quanto parecer se deixa de aceitar, porque não se está de acordo com a tese que deve ser defendida; ou, então, porque a parte que o solicita não tem o direito do seu lado; ou, mais ainda, porque a sua pretensão não é eticamente perfeita! A grande diferença entre o advogado e o parecerista talvez consista em que o primeiro defende *casos*, enquanto o segundo espousa *teses*. O advogado inicia a causa, confunde-se com ela, não mais se sabendo quem é parte e quem é patrono. O parecerista, não; recebe a causa no estado em que a encontra, já com a lide definitivamente formada e, não raro, com pronunciamentos judiciários. Seu estado de espírito não é igual ao do advogado, que se afirma, que se empenha, que luta, que se envolve, caminhando sempre em busca de recursos e de ganhos de causa. O parecerista pode e deve manter-se mais tranqüilo, não engajado nem comprometido, podendo aceitar ou rejeitar a tarefa. Se aceita é porque vê na causa a realização do seu ponto-de-vista doutrinário, bom pretexto até para expô-lo e desenvolvê-lo. Daí o significado e a importância dos pareceres jurídicos, normativos ou contenciosos.

Não quer isso dizer que o parecerista deva manter-se olímpico, distante, não interessado no resultado da sua peça, que constitui também manifestação de advocacia. Mas se a própria petição inicial é a sentença que o autor desejaria, com muito mais razão cabe tal desejo ao parecer, mormente quando se trata de parecer-memorial, com análise dos elementos processuais, dos dados e dos fatos, das provas e das decisões proferidas. Nesta espécie de trabalho, o parecerista se aproxima mais do advogado, suplementando-o, socorrendo-o na sustentação das mesmas teses e com o mesmo empenho de vitória.

Aposentado, voluntariamente, em dezembro de 1966, depois de mais de vinte e cinco anos de Procurador da Justiça do Trabalho, de 2.^a e 1.^a

Categorias, não mudamos de ocupação, que continuou a mesma: emitir parecer sobre matéria de Direito do Trabalho. Devemos confessar que esta segunda etapa é mais difícil e delicada do que a primeira, porque, naquela, falávamos pelo Estado — soberano, solene e autoritário —, ao passo que, nesta, a juízo nosso, prévio, antes do fato consumado, aconselhamos, opinamos e colocamos em risco todo ou grande parte do patrimônio do consultante, em geral, aflito. O parecerista só é solicitado, normalmente, quando o consultante já braceja, na iminência de afogar-se, com um ou mais de um pronunciamento contra si, à espera do milagre, que, não raro, ocorre...

As espécies que ora oferecemos à leitura dos possíveis interessados são quase todas polêmicas: advogado, empregado ou autônomo; competência da Justiça do Trabalho para a sua prestação de contas; abuso de mandato e cobrança de honorários; dissídio coletivo jurídico ou econômico; competência originária e de execução; cargos de confiança e reversão; poderes do gerente; antigo empregado, diretor de sociedade anônima, e seu contrato de trabalho; coisa julgada formal; recurso parcial, efeitos; necessidade de revisão do conceito de subordinação jurídica; relações entre empresa de serviços temporários e empresa-cliente; fato e direito na ação rescisória; competência da SUNAMAM e da Justiça do Trabalho; natureza jurídica do trabalho de frete, se subordinado ou autônomo.

O índice remissivo diz melhor e mais extensamente do que se contém neste volume, todo ele escrito em *sã* consciência e *sub censura*. Que possa servir, é o que desejamos — *nisi utile est quod facimus, stulta est gloria* — vã é a glória, se não é útil o que fazemos (Fedro).

Rio de Janeiro, 15 de outubro de 1975

Evaristo de Moraes Filho

ÍNDICE

I — ADVOGADO DE PARTIDO E MANDATÁRIO ESPECIAL EM PLEITO JUDICIAL	13
Consulta	13
Parecer — Incompetência da Justiça do Trabalho para conhecer de cominatória de prestação de contas de advogado	13
Impossibilidade de retenção de quantias recebidas de terceiros, em nome do cliente, como pagamento de honorários	21
Impossibilidade de retenção, nas mesmas condições, como pagamento de salários	24
Falta grave de improbidade	26
Ato de improbidade pela ilegítima retenção	31
II — DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA JURÍDICA — COMPETÊNCIA — EXECUÇÃO — ABONO E AUMENTO SALARIAL	33
Consulta	33
Parecer — Incompetência da Junta para conhecer de dissídio coletivo jurídico sob o disfarce de litisconsórcio — Natureza e distinção	34
Execução de sentença normativa — Competência do Tribunal Regional e da Junta de Conciliação e Julgamento	42
Reajustamento salarial e abono	44
Interpretação dos negócios jurídicos — Aumento de salário nas empresas de serviços públicos (tarifas)	47
Conclusão	49
III — CARGO DE CONFIANÇA (GERENTE GERAL) — PODERES E OBRIGAÇÕES — REVERSÃO AO CARGO EFETIVO — TRANSFERÊNCIA DE LOCALIDADE	51
Consulta	51
Parecer	52
Exercício de cargo de confiança	52
Valor probante da carteira de trabalho	54
Conceito de cargo de confiança	55
Volta ao cargo efetivo	56
Poder de comando empresarial	57
Direitos potestativos e abuso de direito	61
Volta ao cargo efetivo — Direito potestativo empresarial	63
Poderes e obrigações do gerente geral	67
Alteração contratual e prescrição	70
Quando o automóvel não constitui salário-utilidade	71
Conclusão	72

IV — DIRETOR DE SOCIEDADE ANÔNIMA — ANTIGO EMPREGADO — SOCIEDADE ANÔNIMA DO TIPO CLÂNICO OU DOMÉSTICO — CONSELHO CONSULTIVO — EQUIPARAÇÃO SALARIAL	75
Consulta	75
Parecer — Conselho Consultivo não é cargo de Diretoria	77
Empregado eleito diretor — Interrupção do contrato de trabalho	80
Requisitos para equiparação salarial — Subsiste o direito entre os conselheiros, locadores de serviços	96
V — NOVAÇÃO OBJETIVA DE CONTRATOS DE EXERCENTES DE CARGO DE CONFIANÇA COM REDUÇÃO SALARIAL — TEMPO DE SERVIÇO E GRUPO ECONÔMICO	99
Consulta	99
Parecer — Rescisão do contrato, com pagamento de indenizações legais e celebração imediata de novo contrato	100
Resilição por mútuo consentimento — Hierarquia e validade	109
Tempo de serviço efetivo — Consórcio	111
Exercício de diretoria e tempo de serviço	112
Art. 499 — Indenização aos empregados com menos de 10 anos de serviço	112
Faculdade de opção pelo FGTS	114
Novação objetiva prejudicial ao empregado	114
Conclusões	116
VI — COISA JULGADA FORMAL — IMPOSSIBILIDADE DE REINTEGRAR NÃO-ESTÁVEL — JULGAMENTO “ULTRA PETITA” — DESPEDIDA INDIRETA	117
Parecer — Acórdão recorrido da Turma do TST	117
O pedido, a sentença e os recursos ordinários	118
Recurso ordinário — Extensão e compreensão	121
Coisa julgada formal	123
Julgamento <i>ultra petita</i> do TRT	127
Risco do empregado na despedida indireta	129
Impossibilidade de reintegração	131
Conclusões	133
VII — VENDEDORA AUTÔNOMA — REVISITAÇÃO DO CONCEITO DE SUBORDINAÇÃO JURÍDICA	135
Consulta	135
Parecer — Conceito de empregado — Subordinação jurídica	135
<i>Intuitus personae</i>	141
Zona de venda	142
Trabalho e essencialidade da empresa	143
Jurisprudência dominante	144
Ônus da prova da relação de emprego	150
O erro no negócio jurídico	151

VIII — PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TEMPORÁRIOS — RELAÇÃO ENTRE AS EMPRESAS: FORNECEDORA E CLIENTE — DIREITOS E OBRIGAÇÕES	153
— SITUAÇÃO DO EMPREGADO	153
Consulta	153
Parecer — Contratação entre as empresas: fornecedora e cliente	154
Natureza jurídica da empresa fornecedora de mão-de-obra	157
Responsabilidade pela relação de emprego	159
Carência de ação dos empregados (contra a cliente)	163
Equiparação salarial — Quando impropede	165
Conclusão	169
IX — EMPREGADO ELEITO DIRETOR DE SOCIEDADE ANÔNIMA — CONTAGEM DO TEMPO DE DIRETORIA	171
Consulta	171
Parecer — Conceitos de empregado e de empregador	171
Simple interrupção da situação de empregado	172
Na jurisprudência nacional	176
Conclusão	180
X — ADVOGADO DE PARTIDO NÃO-EMPREGADO — MANDATÁRIO JUDICIAL — RENÚNCIA, EM CONCILIAÇÃO JUDICIAL, DE TEMPO DE SERVIÇO	181
Parecer — Situação de fato — Declaração de vontade	181
Provas e presunções humanas a favor do trabalho autônomo	182
Declarações de vontade — Interpretação — Boa fé	183
Contrato de trabalho e mandato — Subordinação	186
Advogado — Empregado e não-empregado	186
Ônus da prova	189
Carência de ação — Ausência de vínculo empregatício	191
Renúncia da estabilidade em acordo judicial contencioso	191
Conclusão	197
XI — FATO E DIREITO — AÇÃO RESCISÓRIA — INCOMPETÊNCIA E VIOLAÇÃO DE LEI — TRABALHO DE ESTIVA DE MINÉRIO — COMPETÊNCIA DA SUNAMAM	199
Parecer — Os fatos — A premissa menor	199
O direito aplicável — A premissa maior	205
Procedência da ação rescisória — Incompetência “ <i>ratione materiae</i> ”	207
Procedência da ação rescisória — Violação do art. 271, da CLT	210
Ainda procedência da rescisória — Art. 468, da CLT ...	215
Ação rescisória e recurso de revista	216
Conclusão	218

XII — MOTORISTA AUTÔNOMO EM SERVIÇO DE TRANSPORTE (FRETEIRO)	219
Parecer — Carência de ação — Exposição dos fatos —	
Contrato celebrado	219
Subordinação jurídica e trabalho autônomo — Um mí-	
nimo de disciplina e rotina — Conceito de empregado	220
Colaboradores e auxiliares da empresa	228
Ônus da prova	234
Análise do caso — Trabalho autônomo	234
Jurisprudência favorável	237
Na Previdência Social	242
Conclusão	244
ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO	245

CAPÍTULO I

ADVOGADO DE PARTIDO E MANDATÁRIO ESPECIAL EM PLEITO JUDICIAL

CONSULTA

1.º É competente a Justiça do Trabalho para conhecer de cominatória de prestação de contas de advogado no exercício de mandato expresso para determinado pleito judicial, embora se trate de Consultor Jurídico da empresa?

2.º Admitindo como líquidos os honorários reclamados (o que o Consultente sempre negou), podia o advogado reter, para compensação desses honorários, quantias recebidas no desempenho do mandato?

3.º Atribuindo a esses honorários o nome de salário variável, era lícito ao advogado-empregado reter, para pagamento desse salário variável, quantia recebida em nome do empregador?

4.º Cientificado dessa retenção, o Consultente suspendeu seu empregado e ingressou, na Justiça do Trabalho, com pedido de instauração de inquérito por falta grave. Foi bem qualificada como ato de improbidade a falta cometida?

5.º Ainda que, em última instância, seja julgada procedente a ação cominatória, por aquiescer a Justiça do Trabalho em que havia direito a honorários, não subsiste, para os efeitos do inquérito, o ato de improbidade representado pela ilegítima retenção?

PARECER

Pela exposição dos fatos que acompanha o pedido de parecer e pelo histórico do caso, verifica-se que o Reclamante — que assim será sempre denominado no restante deste parecer — era advogado de partido do Consultente, exercendo a função burocrática e permanente de seu Consultor Jurídico. Em contraprestação, recebia determinada importância fixa e outra variável, correspondente a certo percentual de honorários, de acordo com o montante e a importância da causa.

Isto posto, passemos a emitir o parecer, segundo os dados que possuímos e a ordem das indagações feitas.

I — INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

É sobejamento conhecido que o art. 123, da Constituição Federal, de

18 de setembro de 1946, ampliou a competência a Justiça do Trabalho, ao dispor:

“Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores, e as demais controvérsias oriundas de relações do trabalho regidas por legislação especial”.

O art. 134, da atual Constituição Federal, em vigor, mantém a mesma redação, substituindo somente o vocábulo *legislação* por *lei*, sem qualquer alteração conceitual. O art. 139, da Carta de 10 de novembro de 1937, restringia a competência a Justiça do Trabalho aos “conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social”.

O que se pretendeu, com a nova redação, foi ampliar a competência da Justiça do Trabalho para os casos em que, embora inexistindo uma inequívoca relação de emprego, ocorra, no entanto, uma relação de trabalho autônomo, *mas regulada por legislação especial*, como acontece na maioria das profissões da orla portuária. Relação de trabalho é gênero, do qual relação de emprego (contrato de trabalho, contrato de emprego) é espécie. Tanto assim que, o § 4.º, do art. 133, a Constituição de 24 de janeiro do corrente ano, sabiamente e com melhor técnica, substituiu a expressão *empregados* por *trabalhadores*, quando se refere à composição paritária dos tribunais de trabalho.

Embora ampliando a competência da Justiça do Trabalho, não chegou a Constituição de 1946 — e a atual — ao ponto de desnaturar a sua qualidade de Justiça especial, porque paralela e complementar da também especial legislação do trabalho. Permaneceu, no entanto, o princípio nuclear e inarredável de ser a relação jurídica que se forma entre as partes *regida* por lei especial, ou seja, por norma de Direito do Trabalho. Daí, a especialidade da Justiça do Trabalho. O ponto é pacífico.

No caso específico da consulta, observa-se que o Reclamante exercia o cargo de Consultor Jurídico do Consulente, cargo este interno, técnico, que poderia ser até burocrático, ainda que de índole jurídica.

Apesar de poder discutir a natureza jurídica desta prestação de serviços, preferiu o Consulente admiti-la como um contrato de trabalho, por isso mesmo ingressando na Justiça do Trabalho com o competente inquérito judicial para dispensa do Reclamante. Ao lado desta qualidade — de locador de serviços — exercia também o Reclamante as funções de advogado *ad hoc* do Consulente para certos e determinados casos — não todos, com exclusividade — mediante poderes, expressos e segundo condições particulares de honorários. Tanto assim que não lhe bastava a condição de preposto do Consulente, mister se fazia igualmente a investidura de mandatário, por instrumento próprio de representação, para poder praticar, em nome do Consulente, certos atos jurídicos.

Verifica-se, então, que sobre a mesma cabeça recaíam duas relações jurídicas *inteiramente autônomas*. O Reclamante era sujeito de direito titular de dois contratos independentes, paralelos, regulados por legislações

diversas. Como empregado, em suas funções internas, a sua relação jurídica constituía um contrato de trabalho, regido pela legislação especial do trabalho. Como advogado, munido de instrumento próprio de procuração, sua relação jurídica constituía um mandato, regido pelo direito comum. E foi como mandatário, no desempenho de mandato judicial, que o Reclamante encaminhou toda a sua argumentação e toda a fundamentação do seu pretendido direito: ação cominatória de prestação de contas, Código Civil, Código de Processo Civil, Ordem dos Advogados, etc. Realmente, por esta legislação *comum* é regida a sua relação de mandatário, *o que leva, de modo inequívoco, a ser incompetente a Justiça do Trabalho para conhecer da ação cominatória de prestação de contas de advogado*.

Cuidando da espécie — pluralidade de contratos nominados — escreve Francisco Messineo — “Doctrina General del Contrato”, trad., vol. I, Buenos Aires, pp. 391/392:

“Pode também ocorrer que se devam a um mesmo sujeito duas ou ainda mais prestações, mas que este efeito complexo, em vez de derivar de um contrato único (inominado, seja o resultado do curso de dois *contratos autônomos*, mas celebrados entre as mesmas partes e que estão unidos entre si por algum vínculo econômico; o que serve para explicar como a figura possa apresentar a aparência do contrato unitário. Se em verdade se trata de dois contratos, não se pode deixar de considerar que ambos sejam nominados. Neste caso, cada um seguiria sua própria disciplina jurídica e o problema do contrato inominado não deveria sequer ser colocado.

Assim, se alguém dá em arrendamento um prédio e concede além disso uma soma em dinheiro, que deve ser devolvida, mas que deve ser usada, contudo, na melhoria do prédio, está-se em presença de dois contratos (arrendamento mútuo), porque lhes correspondem duas causas autônomas”. (Os grifos são de Messineo).

Cita o autor em apoio de sua opinião a autoridade de *La Lumia*, “I depositi bancari”, Torino, 1913, p. 118.

O trecho acima citado ajusta-se perfeitamente ao caso concreto da consulta, sem deixar resto.

Entre nós, repelindo a doutrina dos contratos mistos ou da possível unidade contratual, por vínculo dominante, defende Délio Maranhão a incompetência da Justiça do Trabalho para conhecer das ações oriundas da relação *ex locato*, quando a habitação é dada como forma de pagamento. Mas, antes ferindo diretamente o ponto da justaposição de dois contratos diversos — de trabalho e de mandato, — tendo ambos os mesmos sujeitos, escreve — “Instituições de Direito do Trabalho”, com *A. Süsskind* e *J. de Segadas Viana*, vol. I, 4.ª ed., Rio, 1967, p. 348:

“O que pode acontecer é o empregado, *independentemente dessa condição*, concluir com o empregador um contrato de mandato, sendo a atividade exercida por força desse mandato, inteiramente estranha àquela decorrente do contrato de trabalho. Teremos, então, dois contratos distintos e paralelos, girando em órbitas diversas. Aparente-

mente, verificar-se-ia a coexistência de contratos, tratando-se de advogado-empregado... Concluindo: o *verdadeiro* mandatário não pode ser *empregado*, uma coisa excluindo a outra". (Os grifos são de Délio Maranhão).

Já em 1932, escrevia André Rouast, no vol. XI, do "Traité Pratique de Droit Civil Française", e M. Planiol e G. Ripert, p. 19:

"O empregado pode transformar-se em mandatário se for encarregado de realizar um ato jurídico por conta de seu patrão. Há profissões nas quais esta transformação é incessante: tal é o caso dos agentes de seguros que desempenham em proveito das companhias um trabalho material, e que possuem ao mesmo tempo qualidade para representá-las na celebração dos contratos... Outros casos duvidosos podem se apresentar, nos quais há possibilidade de hesitar entre o mandato e a locação de serviços. Deve-se resolvê-los fazendo prevalecer, entre os dois contratos, aquele que se relacione com o essencial das funções do preposto."

No caso da consulta: predominava, como "essencial das funções do preposto", como advogado nos autos de desapropriação, o mandato judicial expresso, com poderes de representação e regulado por normas do direito comum. Neste momento, para esses efeitos — inclusive para prestação de contas, se fosse o caso, — transformou-se o empregado em mandatário.

Pois bem, como decorrência lógica e direta desses pressupostos, é a Justiça do Trabalho incompetente para conhecer da ação cominatória de prestação de contas. É partindo exatamente dos enunciados do vol. I, que Délio Maranhão vai assim concluir no vol. III, das suas "Instituições", ao tratar da parte processual — p. 248:

"Não se trata de assimilar, portanto, o contrato de trabalho ao de locação — posição doutrinária e legal, hoje, superada — nem de contratos paralelos ou, ainda, de contrato misto, mas de um contrato *principal* — o de trabalho — e de outro *accessório* — o de locação de coisas...

No Brasil, a competência da Justiça do Trabalho vem da Constituição. E o que, nos termos da Constituição, não cabe nesse competência, será, necessariamente, da competência da Justiça comum, por isso que se trata de uma Justiça *especial*". (Os grifos são de Délio Maranhão).

E depois:

"Embora não haja perfeita coincidência entre os argumentos que ora aduzimos e os que expôs Amaro Barreto, com ele concordamos nas conclusões a que chegou em seu esplêndido trabalho sobre a "coexistência dos contratos de trabalho e de locação de prédio": a Justiça do Trabalho é incompetente para julgar ação possessória, quando fundada na inexistência da relação de trabalho ou desta não se origine."

Duas páginas atrás, explicava ainda o autor, p. 243:

"A controvérsia pode não ser regulada pelo direito do trabalho. Uma ação declaratória, uma ação de consignação em pagamento, uma ação de prestação de contas, desde que importem controvérsias oriundas de relação de trabalho regida (a relação) pelo direito do trabalho, se incluem, por certo na competência da Justiça do Trabalho" (O grifo é nosso).

Nem poderia ser de outro modo, já que o ponto de referência é a natureza da relação que se forma entre os contratantes. A prestação de contas a que se refere o Ministro Délio Maranhão é a que decorre, normalmente, dos contratos de trabalho cuja remuneração é calculada, não por unidade de tempo, mas por comissões, percentagens, participação nos lucros, participação nas entradas, gratificações, participação nas cobranças, vendas a prestação, etc., mas o contrato é, além de qualquer dúvida razoável, de trabalho, e não de sociedade, de empreitada ou de mandato.

Cristóvão Piragibe Tostes Malta — "Da Competência no Processo Trabalhista", Rio, 1960, p. 374 — quando inclui a prestação de contas na competência da Justiça do Trabalho, faz a mesma ressalva, *verbis*:

"Trata-se e controvérsias diretamente oriundas do contrato de trabalho e que, nos termos da Carta Magna, entram na competência dos tribunais trabalhistas".

A mesma ressalva emite o ilustre Juiz do Tribunal Regional de São Paulo, Wilson Campos Batalha, ao comentar uma decisão do Supremo Tribunal Federal — "Instituições de Direito Processual do Trabalho", São Paulo, 1951, pp. 355/356:

"Com efeito, seria inadmissível cindir a competência da Justiça do Trabalho, ao arrepio de expressa disposição constitucional, para atribuir à Justiça comum a apreciação de créditos e débitos indissolvemente ligados a um contrato de trabalho. Com que fundamento poderia a Justiça do Trabalho recusar-se a apreciar e julgar as contas que devem ser prestadas relativamente à execução de contratos de trabalho (por ex., nas hipóteses de viajantes, agentes ou vendedores), se a Constituição lhe outorgou competência para conciliar e julgar quaisquer dissídios entre empregadores e empregados, excetuados apenas os dissídios relativos a acidentes do trabalho?"

Só nesses casos — de prestação de contas decorrente de uma relação de trabalho regida pela legislação especial — é que a Justiça do Trabalho é competente. Noutra edição e noutra oportunidade, cautelosamente, completa Campos Batalha, como que a prevenir que a sua opinião — apesar de muito clara e distinta — possa levar a equívocos:

"Evidentemente, não compete à Justiça do Trabalho apreciar ações de prestação de contas em que não se configure a relação de emprego. Explícito, a respeito, foi o Supremo Tribunal Federal, em Acórdão em que foi relator o Ministro Mário Guimarães: não se vão discutir, na presente ação, que é cominatória, relações de trabalho. Autora pede que seu mandatário lhe preste contas de quantias que recebeu e não entregou ao dono. Nada mais do que isso. O

campo de ação da Justiça Trabalhista, nos casos duvidosos, deve ser restringido e não ampliado, porque a Justiça Trabalhista é justiça de exceção" (Rev. do Tr. Superior do Tr., ns. 1 e 2, 1956, p. 28).

Preferiríamos dizer *justiça especial* ao invés de exceção, contudo, não há como negar que o princípio da restrição está correto. Com as mesmas cautelas é o comentário de *Temístocles Brandão Cavalcanti* — "Constituição Federal Comentada", vol. II, 2.^a ed., Rio, 1952, p. 405:

"Depois de ter restringido a competência, especificando os dissídios individuais e coletivos, o texto constitucional desdobra, em uma fórmula ampla, essa mesma competência, referindo-se "às demais controvérsias oriundas de relações do trabalho, regidas por legislação especial". Aqui se encontra o terreno amplo dentro do qual a doutrina e a jurisprudência terão de delimitar a natureza da relação jurídica.

Quando poder-se-á considerar especial a legislação? Quando a relação em causa poderá ser oriunda do trabalho?

São questões que exigem exame em espécie e uma análise segura do fato de que se originou o litígio.

Assim, o contrato de locação de serviços, as relações de emprego, o sistema legal aplicável são critérios seguros para determinar a causa da obrigação de que resultou a controvérsia levada a julgamento".

O princípio dominante no direito comparado é o mesmo do texto constitucional brasileiro: pouco importa em que legislação se encontre a controvérsia, desde que a relação seja regulada pelo direito do trabalho, direito especial. Em junho de 1930 decidia a Magistratura do Trabalho, de Milão — "Il Diritto del Lavoro — Legislazione — Dottrina — Giurisprudenza" — Milano, 1937, p. 152:

"Para determinar a competência deve ter-se em vista a relação da qual se origina a controvérsia individual."

O Tribunal de Biella, em novembro do mesmo ano, esclarecia ainda mais, num caso análogo ao da consulta, p. 153:

"Quando esteja em controvérsia uma convenção regulando entre as partes relações complexas de prestação de serviços e de capital, a atribuição ao tribunal da justiça comum ou como seção especial para as controvérsias individuais do trabalho depende da preeminência que, na economia do contrato, haja tomado um ou outro elemento".

O Tribunal de Turim, em decisão de outubro de 1929, também num caso de relação jurídica complexa, p. 149:

"Proposta diante do magistrado do trabalho uma demanda fundada em dois títulos diversos, um dos quais, somente, se inclui na sua específica competência, deve para outro título ser declarada a sua parcial incompetência".

Perfeita, esta ementa. A Justiça do Trabalho é competente, no caso da consulta, para conhecer da reclamação trabalhista referente à suposta

despedida indireta ou atinente ao inquérito judicial para dispensa do Consultor Jurídico, estável, mas não o é, de forma alguma, para tomar conhecimento e julgar demanda de prestação de contas, oriunda de mandato judicial, em questão de desapropriação, julgada pela Justiça comum. Tudo aqui, neste particular, prende-se ao direito comum e à Justiça ordinária.

Na França, ainda nos socorrendo do direito comparado, expressamente invocado no art. 8.^o, da Consolidação das Leis do Trabalho, ensinam *A. Brun e H. Galland*, quanto à competência dos Tribunais de trabalho, no que se refere a mandato e contrato de trabalho — "Droit du Travail", Paris, 1958, p. 266:

"Enquanto que a jurisdição do trabalho ("jurisdiction prud'homale") deve ser invocada, em princípio, em caso de litígio, se se trata de um assalariado, em troca, as contestações concernentes aos mandatários não podem ser levadas diante desta jurisdição".

E na página seguinte, procurando distinguir um contrato (de trabalho) do outro (mandato):

"É necessário precaver-se contra um erro que poderia falsear as soluções: a subordinação não deve ser confundida com a obrigação de prestar conta, que incumbe ao mandatário". (O grifo é do autor).

Por isso mesmo, esclarece *Guy Bohn*, no seu "Droit du travail et procédure Prud'homale", Paris, 1957, p. 273:

"Para que um litígio possa ser levado diante do tribunal de trabalho, torna-se necessário que certas condições indispensáveis se encontrem reunidas:

1.^o A existência de um contrato de trabalho escrito ou verbal, caracterizado por um laço de subordinação entre o operário ou o empregado e seu empregador;

2.^o Um litígio surgido no exercício do referido contrato;

3.^o O exercício pelo empregador de uma profissão industrial, comercial ou agrícola;

4.^o A menção do decreto de instituição, tanto da profissão do empregado quanto da do empregador".

Destas condições, interessa-nos somente destacar as duas primeiras, mormente a segunda: é preciso que a controvérsia decorra da relação de trabalho, regida por lei especial. Na linha seguinte, completa o autor que o "tribunal de trabalho, tribunal de exceção que não goza da plenitude de jurisdição..." A mesma coisa se dá entre nós, embora preferamos admitir a Justiça do Trabalho como justiça especial, e não de exceção. Mas, de qualquer modo, há que ser interpretada a sua competência restritivamente, por isso que exclui da Justiça comum o que lhe deveria ser submetido. Deve aplicar-se aqui o mesmo princípio dos constitucionalistas americanos — *Bryce, Black e Cooley* — a respeito das cautelas que devem ser consideradas para que uma lei possa ser declarada inconstitucional: para que a Justiça do Trabalho, especial, possa ser declarada competente,

torna-se necessário que a espécie *sub-judice* esteja além de qualquer dúvida razoável — *beyond all reasonable doubt*.

O Ministro *Aldilio Tostes Malta*, do Tribunal Superior do Trabalho, incluiu no seu livro, "Conflitos do Trabalho", Rio, 1956, p. 91, a seguinte decisão de sua autoria, na qual vem mantido o mesmo princípio, por nós elevado aqui à categoria de pedra de toque da Justiça do Trabalho:

"A primeira vista poderia parecer que a Constituição ampliou a competência desta Justiça além dos dissídios entre empregados e empregadores, pois, segundo o art. 123, "compete à Justiça do trabalho conciliar e julgar os dissídios entre empregados e empregadores, e as demais controvérsias oriundas de relações de trabalho regidas por legislação especial". Tal parecer estaria reforçado pela única exclusão prevista no § 1.º, conservando na órbita da Justiça ordinária os acidentes de trabalho.

Todavia, a condicional no último período do artigo afasta a idéia de tamanha amplitude, já que as demais controvérsias são as que se regem por legislação especial.

Assim, fora dos casos de pequenas empreitadas (G.L.R., art. 652, n. III), esta Justiça só pode pronunciar-se quando constatada a existência da relação de emprego, ou quando muito, a da promessa do contrato".

Fiel ao critério da competência da Justiça do Trabalho quando se tratar de reclamatória que se relacione com o contrato de trabalho ou relação de trabalho, regida por lei especial, é que os tribunais trabalhistas têm-se julgado competentes para conhecer das questões atinentes.

"A devolução de fiança, prestada pelo empregado à empresa, como condição para a celebração de seus contratos de trabalho, uma vez rescindidos estes". (*B. Calheiros Bonfim*, "Dicionário de Decisões Trabalhistas", Rio, 1959, p. 45).

Acórdão este, do Tribunal Regional de São Paulo, confirmado pelo Tribunal Superior Pleno. Cf., *M. Victor Russomano*, "Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho" vol. IV, 6.ª ed., Rio, 1963, p. 1.133.

Por outro lado, ainda segundo o mesmo critério — objetivo, diferencial e válido — é que ficamos com os que negam competência à Justiça do Trabalho — como *Délio Maranhão*, *Amaro Barreto da Silva*, e outros — para conhecer das questões atinentes à reintegração de posse,

"eis que a relação jurídica a desatar-se não é a de trabalho e, sim, "ex locato", embora adjunta ao contrato de trabalho, sem que, todavia, seja absorvida pelo mesmo" (Ac. do TRT, da 1.ª Reg.; *B. Calheiros Bonfim*, "Dic. de Dec. Trab.", Rio, 1961, p. 10).

Assim, concluindo este primeiro item, não hesitamos em admitir como incompetente a Justiça do Trabalho para conhecer e julgar a prestação de contas em causa, eis que decorre do exercício de um mandato judicial expresso, para uma particular e singular realização e atos jurídicos em nome e sobre a cabeça, diretamente, do Consulente. Nem se trata de uma simples representação perante a própria Justiça do Trabalho, na qual, a

mera qualidade de preposto bastava para a substituição do empregador, como se ele próprio fora. Trata-se de uma causa na Justiça ordinária, com poderes expressos, honorários pré-fixados e específicos, segundo todas as normas do direito comum.

Tanto assim que é com apoio nessas mesmas normas que o interessado se baseia para a cominatória de prestação de contas, fixação de honorários e tudo o mais que daí decorra. Não o faz como um simples empregado, vinculado por um contrato de trabalho. Não, procede como um advogado, mandatário, diante de um cliente qualquer. Com a única diferença que, ao invés de fazê-lo perante a Justiça ordinária, dirige-se à Justiça do Trabalho. Esta nada tem a ver com a matéria, quer sob o aspecto material, propriamente dito, de direito substantivo, quer sob o aspecto do direito processual, segundo os ritos, termos e prazos, além os recursos cabíveis.

Compete à Justiça do Trabalho conhecer da matéria na parte do contrato de trabalho — da possível despedida indireta, do inquérito judicial; ela é incompetente para conhecer da cominatória de prestação de contas, oriunda de um mandato judicial, autônomo e independente, ainda que os titulares de ambas as relações sejam os mesmos.

II — RETENÇÃO DE HONORÁRIOS

A matéria é por demais pacífica para que nos demoremos nela. Lá se encontra na letra *d*, do inciso I, da Seção IV, do Código de Ética Profissional:

"Deve o advogado: *d*) dar ao cliente, quando este as solicite, ou logo que concluído o negócio, contas pormenorizadas do mandato. Não lhe é permitido reter documentos, nem quaisquer quantias, bens ou valores, ou compensá-los, fora dos casos legais".

Se, como expôs o Consulente, o seu Consultor Jurídico aceitou expressamente — pela conduta posterior ao recebimento da fixação dos seus honorários — os honorários para o desempenho do mandato no caso da desapropriação, não poderia mais tarde, *sponte sua*, fixar-se nova quantia e, o que é pior, dela assenhorar-se arbitrariamente. Ademais, havia a 4.ª Câmara Cível fixado honorários em cinco mil cruzeiros novos, dos quais sairiam os 15% determinados pela Diretoria. Diante da importância, considerada baixa pela própria Diretoria, resolveu esta, com liberalidade, já que a tanto não era obrigada, reconsiderar o seu critério, a fim de manter o montante determinado pelo acórdão.

Não podia o mandatário ser juiz em causa própria, fixando os próprios honorários — contra a decisão da Diretoria e o acórdão da 4.ª Câmara — e, o que é pior, retendo-os, apressando-se a prestar conta unicamente do saldo.

O máximo que lhe autorizava o art. 1.315 do Código Civil era reter, até se reembolsar, do que no desempenho de encargo, despendeu. A doutrina é tranqüila a respeito. O próprio Consulente, em suas razões perante a Justiça do Trabalho, já citou as doughtas opiniões de Pontes de Miranda

e de Carvalho dos Santos. Dou-as aqui também por referidas, sendo desnecessário repeti-las.

No volume 171, da *Revista Forense*, maio-junho de 1957, encontramos o seguinte acórdão da 6.^a Câmara Cível, do Tribunal de Justiça de São Paulo, unânime, sendo relator o Des. Ferreira de Oliveira, pp. 245/246:

“Não pode o advogado, sob a alegação de ser credor de honorários não ajustados entre as partes, reter dinheiro recebido de terceiro por conta de seu cliente.”

Tal decisão assenta como uma luva no caso *sub-iudice*. No vol. 174, da mesma *Revista*, p. 176, lê-se a seguinte ementa:

É ilícita a estipulação de honorários excessivos. Nulo o excesso, pode reduzi-lo o juiz”.

E no vol. 178, p. 215, da mesma *Revista*, est’outra, seguindo os diversos critérios enumerados pelo Código de Ética:

“Para arbitramento dos honorários advocatícios, embora o juiz não fique adstrito ao laudo pericial deva levar em conta os preceitos do Cód. de Ética Profissional, entre os quais avultam a natureza e a dificuldade da demanda, o trabalho e o tempo despendido na sua execução, assim como o valor da causa e o proveito resultante para o cliente.”

No vol. 150, p. 273, ainda da mesma *Revista*:

“O procurador judicial não poderá exigir quantia maior à que pleiteou anteriormente à propositura da ação de honorários.”

Comentando o inciso já referido (letra *d*, do item I, do Código de Ética), escreve *Ruy de Azevedo Sodré* — “O Advogado, seu Estatuto e a Ética Profissional”, 2.^a ed., São Paulo, 1967, pp. 278/279:

“Mesmo nessa hipótese, ou seja, a de que o advogado tenha razões suficientes para desconfiar do cliente, nem assim entendeu o Conselho da Ordem que ele poderia reter dinheiro para pagar-se dos honorários.”

A decisão foi a seguinte:

“...acordam os membros do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, por votação unânime, aplicar ao querelado a pena de advertência sem publicidade.

Consta deste processo disciplinar que o querelado, como advogado do querelante, em ação criminal que este respondia, tendo efetuado o depósito da fiança em seu nome, com o dinheiro recebido do cliente, levantou, posteriormente, seus honorários profissionais. Agindo dessa forma, contrariou o querelado o disposto na letra *d*, *in fine*, do n. I, da Seção IV, do Código de Ética Profissional. O fato do querelante ser pessoa de maus antecedentes e condenada por crime de falsificação pelo querelando. Quando muito, pode atenuar sua falta. O querelado, para haver seus honorários, devia recorrer aos meios regulares. Não lhe era permitido reter quaisquer quantias do cliente, fora dos casos legais.

Assim, declarando o art. 27, n. XXI, do Regulamento da Ordem, que constitui falta no exercício da profissão infringir qualquer preceito do Código de Ética Profissional e, tendo o querelado cometido a infração apontada, é de se lhe aplicar a pena de advertência, sem publicidade, de acordo com o art. 35 do mesmo Regulamento”.

Ainda comentário de *Azevedo Sodré*:

“Por outro lado, não se pode deixar de reconhecer que o direito de retenção para compensar o pagamento de honorários é uma espécie de Justiça feita pelas próprias mãos, é um ato de Justiça Privada.”

Nehemias Gueiros — “A Advocacia e seu Estatuto”, Rio, 1964 — aludindo aos preceitos constantes do art. 87, da Lei n. 4.215, de 27 de abril de 1963, denomina-os de “imperiosas obrigações cívicas e éticas” (p. 31). E no inciso VI, encontra-se o que manda “exercer a profissão com zelo e probidade”.

Mas, voltando ainda aos comentários e às lúcidas lições de *Ruy de Azevedo Sodré*, escreve o professor paulista, quanto ao montante dos honorários:

“O nosso Código de Ética recomenda que os honorários sejam fixados com moderação (n. III, Seção VIII). A lei n. 4.632 também aconselha moderação. O Código de Ética do Instituto dos Advogados de São Paulo, de autoria do saudoso Prof. Francisco Morato, no mesmo sentido dispunha: Art. 24 — Manda a ética que se estimem os honorários profissionais com moderação, tendo-se em vista que a advocacia é ramo da administração pública e não comércio para fazer dinheiro.”

“Firma-se, assim, esse conceito fundamental: a advocacia é ramo da administração pública e como tal não podem os seus profissionais negociar com a Justiça. Devem ser remunerados, mas não transformar a profissão em comércio para fazer dinheiro.

Outro argumento, em virtude do qual se aconselha a moderação na fixação dos honorários, decorre das relações entre clientes e advogado, *fundadas na confiança*. Esta é, em verdade, condição essencial para o bom êxito da missão do profissional.”

Pois bem, entre os critérios arrolados pelo Código de Ética, para a fixação dos honorários, na Seção VIII, encontra-se este, na letra *e*, do inciso III: “o caráter da intervenção, conforme se trate de serviço a cliente avulso, habitual ou permanente”. No caso concreto da consulta, tratava-se de advogado de partido, com vencimentos fixos, além de partes variáveis, como honorários profissionais, nas diversas causas. Tudo isso levava à moderação na fixação e cobrança de honorários.

Mas, por ser um filão inesgotável — mormente pela qualidade e pela autoridade de *Ruy de Azevedo Sodré* — voltemos ao seu livro. Lá está à p. 187:

“O desinteresse e a moderação são outros deveres do advogado para consigo mesmo.

O advogado tem direito a ser remunerado. Estando ele, porém, ligado a uma das funções essenciais do Estado — distribuição da justiça — a advocacia não pode ser encarada como simples atividade econômica.”

Respondendo ao item II da consulta, não vemos em que dispositivo legal, estatutário ou regimental; em que princípio ético, norma costumeira ou imperativo profissional, possa um advogado basear-se para reter honorários, nem que se trate de cliente inidôneo — o que não é o caso —, nem que os honorários hajam sido previamente combinados segundo a importância retida — o que também não é o caso. *Antes, pelo contrário, todas as normas de todos os códigos; todos os mandamentos profissionais o repelem e o proíbem.*

A opinião de *Pontes de Miranda* é suficiente, e mais ainda quando, numa verdadeira premunção, alude ele à invocação do art. 1.315, do Código Civil, “quer a relação jurídica entre o outorgante e o outorgado seja de locação de serviços, seja de locação de obra, seja contrato de trabalho”.

E muito mais neste último caso, dizemos nós. E, com isso, passamos ao item III da consulta.

III — RETENÇÃO DE SALÁRIOS

Se tudo isso foi dito a respeito de um simples mandato, que pode ser desempenhado muito mais rapidamente e em condições menos pessoais que o contrato de trabalho, neste mais ainda se exacerbam aqueles requisitos de confiança recíproca, de probidade e de boas maneiras entre as partes.

O contrato de trabalho e o de mandato possuem em comum a nota de subordinação existente em ambos, subordinação esta em que fica o empregado ou o mandatário. Mas, enquanto a subordinação do segundo é específica, auto-limitada e suave; a do primeiro é mais profunda, indiferenciada, geral e permanente. Por isso mesmo, o empregado tem para com o empregador o dever precípuo de fidelidade ou de lealdade. As suas relações não são instantâneas, pelo contrário, são continuativas, duradouras, de trato sucessivo.

Por outro lado, o contrato de trabalho é *intuitu personae* quanto ao empregado, não sendo uma relação fungível, em que este se possa fazer substituir por terceiros. A relação de emprego coloca-se a meio caminho entre os direitos de crédito — fungíveis e transmissíveis — e os direitos pessoais, nos quais prepondera grande dose de elemento moral, como nas relações de família. Por isso, concordamos plenamente com *Richter*, quando classifica o ordenamento social dos empregados num terreno misto, entre os bens e as pessoas. Ou, na classificação de *Adreas von Tuhr*, é uma obrigação patrimonial de prestação pessoal. Cf. *L. Richter*, “Grundverhältnisse des Arbeitsrechts”, Berlim, 1928, p. 5; *A. von Tuhr*, “Partie Générale du Code Fédéral des Obligations”, trad. de M. Torrenté e E. Thilo, vol. I, Lausanne, 2.^a ed., 1933, pp. 39/47.

No contrato de trabalho, ficam as partes — empregado, empregador ou quem o represente — em real proximidade física e confidencial, de tal

modo que se torna de todo impossível prosseguir em suas relações, caso desapareça de suas vidas essa profunda confiança mútua.

Há assim na relação de emprego como que um envoltório normativo genérico, uma espécie de halo, construído de boa fé e de confiança, que antecede, assiste e mantém viva toda a sua existência. Constitui-se até em seu elemento básico e condicional. De jeito que podem muitas vezes ambas as partes cumprir muito fielmente as cláusulas contratuais, *stricto sensu*, com absoluta exatidão, mas cometer outros atos, laterais a essas obrigações, que vêm destruir totalmente o elemento confiança, preexistente e concomitante ao próprio negócio jurídico. Já no recuado ano de 1917, assim colocava *Lodovico Barassi* a problemática deste debate: “Quanto à locação de serviços, acerca da natureza destes motivos (justos para a rescisão), há dois sistemas que lutam na doutrina. Pelo primeiro sistema, o motivo atendível é somente o inadimplemento da obrigação contratual principal dizendo respeito à parte despedida: tudo se reduz aos motivos que admitem a condição resolutiva subtendida nos contratos bilaterais. Segundo outros, ocorre a interpretação análoga das normas acolhidas quanto à rescisão em outras relações de estrutura confidencial. Já examinamos os argumentos, e vimos que a natureza da relação induz a torná-la inteiramente independente do pressuposto da violação de uma das duas obrigações atinentes às duas principais prestações. Os motivos, ao invés, devem todos prender-se a um outro princípio, isto é, devem ter implícito o conceito de lesão de confiança recíproca das partes. Pode tratar-se assim de violação de outras obrigações contratuais diversas daquelas primárias e características do contrato”. Cf. de *L. Barassi*, “Il Contratto di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano”, vol. II, 2.^a ed., Milano, 1917, p. 867.

A *communis opinio* doutrinária atual concorda com este ensinamento de *Barassi*: o fundamento da justa-cause na rescisão do contrato de trabalho reside nesta lesão de confiança, que rompe e torna impossível o prosseguimento, ainda que provisório, do vínculo contratual entre empregado e empregador. Vendo na lesão de confiança, que leva à incompatibilidade moral, o fundamento da justa rescisão do contrato de trabalho, entre outros: *L. de Litala*, “Il Contratto di Lavoro”, 3.^a ed., Torino, 1937, pp. 508/509; *L. Riva Sanseverino*, “Contratto d’Impiego Privato e Contratto di Lavoro Manuale, in *U. Borsi e F. Pergolesi*, “Trattato di Diritto del Lavoro”, vol. I, Padova, 1939, p. 402; *G. Bortolotto*, “Diritto del Lavoro. Contratto di Lavoro e d’Impiego Privato”, Milano, 1935, p. 399; *V. Simi*, “L’Estinzione del Rapporto di Lavoro”, Milano, 1948, pp. 3 e segs., 51.

Entre nós, para não perdermos tempo com excesso de rebusca, basta transcrever esta clara opinião de *Mozart Victor Russomano* — “Comentários”, cit., vol. III, p. 825:

“Há justas-causeas que se plasmam através de um único ato. Exemplo: ofensa física injustificada contra o patrão. Há outras que exigem vários atos: são aquelas que se marcam pela habitualidade, tais como a negociação por conta própria, a prática de jogos de azar, etc. Nos primeiros casos, a *qualidade* da falta é que autoriza a

rescisão; nos segundos, a *quantidade* das faltas cometidas é que a permite.

O importante é que, em uma e em outra condição, a *conduta do empregado implique numa violação apreciável de seus deveres, de modo a ficar quebrada ou abalada a confiança que o empregador nele depositava e sobre a qual repousa, necessariamente, todo e qualquer contrato individual de trabalho*" (O grifo é do próprio autor).

Entre os deveres do empregado encontra-se o de lealdade e fidelidade para com a empresa, tornando-se responsável pela guarda e conservação de seu patrimônio, dos seus bens materiais e imateriais. Tal assertiva, verdadeiro lugar comum, é encontrada em qualquer tratadista especializado. Com a prata da casa, inclui o nosso colega, Prof. *Cesarino Júnior*, "Direito Social Brasileiro", vol. II, 5.^a ed., Rio, 1963, pp. 112/113 —, entre outros os seguintes deveres do empregado, citando *Antokoletz* e *Hernainz Marquez*:

"...cumprir suas tarefas com toda eficiência e boa fé; ...ser leal em todo momento ao empregador; ...prestação do trabalho normal, que deverá ser feito pessoalmente, sua execução deve ser feita com toda diligência e espírito e colaboração; ...fidelidade e lealdade à empresa".

Por isso mesmo, não pode o empregado, de maneira alguma, sob pretexto algum, apropriar-se de importâncias pertencentes à empresa para pagar-se de possíveis parcelas salariais, de que se julga merecedor. Para isso existe a Justiça do Trabalho, que pode aplicar a sanção do art. 467, condenando o empregador ao pagamento em dobro da parte incontroversa dos salários e não paga até à audiência. *A retenção dos bens ou de dinheiros da empresa pelo empregado, longe de um direito constitui falta grave, justa e bastante para a cessação das suas relações de trabalho.* No campo especial da legislação do trabalho, nem paralelo se encontra do art. 1.315, do Código Civil, que permite o direito de retenção, para reembolso das despesas, por acaso, efetuadas pelo mandatário. Todo o edifício dessa legislação especial existe, exatamente, para proteger o empregado, elevando-a a um plano de direito público ou privado de ordem pública, com sanções patrimoniais, administrativas e até penais, para que ele não se veja tentado a fazer justiça pelas próprias mãos, justiça essa na qual é parte e juiz ao mesmo tempo. O estado de subordinação jurídica é compensado pelo intervencionismo categórico e imperativo da legislação do trabalho, o que já não acontece no mandato. Enquanto o direito civil regula numerosos contratos; bastou um — o de trabalho — para que se construísse todo o edifício de um novo direito, tutelar e protecionista.

IV — FALTA GRAVE DE IMPROBIDADE

Constitui ponto tranqüilo na doutrina universal de Direito do Trabalho o reconhecimento do estado de subordinação jurídica que caracteriza a situação do empregado diante do empregador. Direção e fiscali-

zação, tais são os dois pólos dessa subordinação, na conhecida lição de *P. Colin*, "De la Détermination du Mandat Salarie", Paris, 1931, p. 97.

A medida, porém, que se eleva o empregado na hierarquia da empresa, à medida em que o seu trabalho vai passando de predominantemente manual ou braçal para intelectual ou técnico, vai-se adelgçando esta subordinação, com maior predomínio de colaboração entre empregado e empregador. Assim é que as legislações alemã, belga, francesa, italiana, chilena distinguem, respectivamente, entre *Angestellte* e *Arbeiter*, *employé* e *ouvrier*, *impiego privato* e *contratto di lavoro*, *empleado* e *obrero*. Os primeiros gozam de maiores regalias, de mais altos salários, participam dos poderes diretivos da empresa, colaboram diretamente com o empregador, por isso mesmo, em contrapartida, é maior também a sua responsabilidade, é mais profunda a confiança que deve existir para a proteção de serviços de tais empregados.

Escreve *Luís Riva Sanseverino*, "Contratto Individuale di Lavoro"; in *U. Borsi* e *F. Pergolesi*, "Tratado", cit., vol. II, 2.^a ed., Padova, 1953, p. 26:

"Na relação de trabalho subordinado, a importância do elemento fiduciário assume, como será muitas vezes destacado no curso deste tratado, um destaque especial, tratando-se de uma relação que, com subordinação do prestador de serviço ao empregador ou a quem o substitui, coloca as partes em contato pessoal e contínuo. De fato, é exatamente neste fundamento que se justifica, por exemplo, a denúncia unilateral, não só nas relações por tempo indeterminado, mas também nas relações por prazo certo.

A importância do elemento fiduciário nas relações de trabalho subordinado aumenta à medida que aumenta o caráter intelectual da prestação, que assume particular relevo na relação de emprego, estando estreitamente ligada à "colaboração empregatícia", e assume o relevo máximo na figura do dirigente" (O grifo é nosso).

Como não poderia deixar de ser, o advogado de partido ou de empresa inclui-se entre essas figuras de "colaboração empregatícia", pelas funções que exerce, pelos segredos que vem a conhecer, pela confiança e relativa autonomia de que desfruta. De tal maneira se singularizam as funções do advogado que, durante muitos séculos, não se admitiu pudesse o advogado ser um empregado subordinado, ou pelo menos, um empregado comum; quando muito, seria um empregado de confiança. Cf. *J. Savatier*, "La Profession Liberale", Paris, 1947, p. 189 e segs.; *Nélio Reis*, "O Advogado no Direito do Trabalho", Rio, 1965, p. 14 e segs.

De tal maneira a tônica da confiança impressiona na prestação de serviços profissionais de advogado, ainda mesmo quando empregado, que dois acórdãos, respectivamente, do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho, tendo como relatores os Ministros Mário Guimarães e Júlio Barata, classificam o advogado como exercente de cargo de confiança, segundo a técnica legislativa nacional. Não somos desta opinião, mas vale a citação das duas ementas, para demonstrar o grau de confiança nesta particular prestação de serviços. Ei-las, in *Nélio Reis*, *ob. cit.*, p. 137:

“Não compreendo que se possa conceber cargo de mais acentuada confiança que o do advogado. A confiança é imanente ao mandato. *Ninguém pode ser procurador de outrem, se não goza da confiança do mandante*”.

.....
“Pode haver, e há, funções técnicas que são funções de confiança. *As de advogado de partido, evidentemente, por implicarem outorga de mandato e representação, devem ser consideradas de confiança*”.

Em nenhum outro ponto se demora tanto *Ruy de Azevedo Sodré* quanto no da probidade com que devem ser prestados os serviços advocatícios. É uma constante, aqui e ali, permanente repetida na bela obra do Conselheiro Emérito e Presidente do Tribunal de Ética, da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo. Vale a transcrição de alguns trechos esclarecedores — *ob. cit.*, pp. 137, 138, 140, 141, 142 e 178:

“Observar os preceitos do Código de Ética Profissional é dever inerente ao exercício da profissão.

... Toda a vida profissional do advogado se reveste de invólucro moral, armadura com que se defronta na luta judiciária. Há dois princípios em que se alicerça a advocacia: a confiança que lhe deposita o cliente, e sem a qual não pode ser exercida a profissão, e a independência. Aquela implicando em forte envergadura moral, sobre a qual deve repousar a dignidade profissional.

... A obrigação de exercer a profissão com zelo e probidade, observando as prescrições estatutárias, é outro dever, inscrito no n; VI, do art 87 ... A probidade é condição *sine qua non* da advocacia. A vida do advogado tem que resumir-se numa constante e permanente regra de conduta: — ser honesto. Pode-se viver sem talento — já o disse um monografista da profissão — mas não se vive sem honra.

... Discorrendo sobre a probidade, Jean Appleton nos ensina que esta palavra diz tudo, e resume, por assim dizer, os deveres do advogado.

... O primeiro dever do advogado, para consigo mesmo, é ser probo. A probidade, aliás, é mais que um dever. É condição essencial, inerente mesmo à pessoa do advogado. A probidade na reza da Ord. L LI, tít. 48, § 1.º, consiste na boa fama e consciência “além das letras e suficiência”. João Monteiro arrola como primeiro dever do advogado “ser probo, diligente, delicado e discreto.”

Tudo isso aplica-se ao caso concreto da consulta, por dois motivos: por se tratar de advogado e, ainda mais, advogado de partido, empregado, num vínculo permanente e continuado de trabalho. Não se trata de uma relação eventual de serviço, e sim de um contrato de trabalho. Lesada a confiança, no desempenho de funções de tão alta relevância, o único caminho a seguir é o rompimento das relações contratuais sem nenhum ônus para a parte ofendida, no caso, o Consulente.

Dada a natureza fiduciária da prestação do trabalho, o critério de aferimento do ato de improbidade não se confunde com as figuras deli-

tuosas do Código Penal, embora possam ambas confundir-se. O ato de improbidade, na legislação do trabalho, permanece no âmbito do direito disciplinar, de maior intimidade e sensibilidade. A jurisprudência é pacífica a respeito. Basta-nos referir ementas extraídas dos “Comentários”, já citados, do douto Prof. *Russomano* — *ob. cit.*, vol. III, pp. 837, 840, 841:

“A configuração do ato de improbidade independe da condenação criminal” (Ac. da 2.ª Turma, do TST, de 12/9/58).

“Pouco importa o valor do objeto subtraído pelo empregado para se caracterizar a falta grave, visto como a improbidade é falta que não comporta graduação, desde que, por si só, acarreta a quebra de fidedúcia necessária às relações de trabalho” (Ac. da 3.ª Turma, confirmada pelo Trib. Pleno, *in Rev. do TST*, jan-dez. 1960, p. 69). “Prova do prejuízo proposital causado à empresa, tem esta justa-causa para dispensa” (Ac. do TRT da 1.ª Reg., *in* “O. de Just.”, de 11/5/1951).

“Há certas obrigações funcionais que implicam, necessariamente, em a exigência de uma maior confiança que a comum e as atitudes assumidas por qualquer das partes contratantes que criem situação de impossibilidade dessa confiança, ensejando o despedimento, não podem justificar a outorga de indenização” (Ac. do TRT, da 1.ª Região, *in* “O. de J.”, de 12/3/54.”

A figura do ato de improbidade, constante da alínea *a*, do art. 482, da Consolidação das Leis do Trabalho, é a mais ampla possível. Talvez seja de todas as justas causas a que maiores implicações tenha com o terreno moral e de conduta do empregado. Não há meio termo entre conduta proba e ímproba. Para ficarmos mais uma vez com a prata da casa e local, citemos a pág. 827, dos “Comentários”, do Prof. *Russomano*, que faz suas palavras do nosso saudoso colega, *Jorge Severiano Ribeiro*, antigo Procurador da Justiça do Trabalho e grande advogado criminal:

“Abre-se com o “ato de improbidade” a série de motivos justos para despedida do trabalhador.

Por instinto, todos nós sabemos o que é a improbidade. Podemos até dizer quando a conduta do homem é proba ou ímproba. Especificarmos, antecipadamente, quais sejam todas as formas concretas e externas pelas quais a improbidade se pode revelar — é tarefa, porém, impossível.

A improbidade é um estado pessoal e íntimo. Está no jogo das intenções individuais. Nessa tarefa, é impossível prová-la. Por isso, a lei não estipulou *como justa causa a improbidade em si mesma*, mas os atos que revelam as condições subjetivas do trabalhador ímprobo.

A improbidade tem, por conseguinte, um fundamento moral. Mas, a lei não quer que o empregado seja um “puro”. Quer somente, que a sua conduta seja proveitosa para a coletividade e para o empregador. Poder-se-á, pois, falar em improbidade sempre que o obreiro deixar de conduzir sua vida pelas regras jurídicas e morais que pautam a conduta em sociedade (*Jorge Severiano Ribeiro*, “Dos Crimes e das Infrações no Direito do Trabalho”, p. 147”).

E concluí o Prof. *Russomano*, com o que estamos de pleno acordo:

"E os atos que revelam a improbidade são os que revelam, claramente, desonestidade, abuso, fraude ou má fé de parte do trabalhador".

E dizemos que estamos de pleno acordo com a opinião do douto Professor, porque isso já havíamos escrito em nosso "Contrato de Trabalho", São Paulo, 1944, p. 143:

"Constitui-se a falta grave do ato de improbidade pelas práticas que traduzem desonestidade, abuso, fraude e má fé, que tornam o empregado incompatível com o serviço da empresa, por isso que perdeu a confiança do seu patrão. Aliás, o simples nome — improbidade — já por si significa bem qual tenha sido a intenção do legislador — falta de probidade no desempenho da função, que faz com que desapareça aquela base de confiança necessária e imprescindível entre as duas partes que realizam a relação de emprego".

Dorval de Lacerda enumera dezesseis (16) possíveis elementos caracterizadores da justa causa de improbidade. Cf. "A Falta Grave no Direito do Trabalho", 2.ª ed., Rio, 1960, p. 103 e segs., depois de fazer uma exaustiva busca na doutrina e na jurisprudência brasileira. Entre esses elementos, como é óbvio, lá se encontram o *abuso*, a *fraude*, a *má fé*, a *má conduta em serviço* ou fora dele, a *malícia*. Entre os exemplos jurisprudenciais, confirmadores de sua tese, refere *Dorval de Lacerda*, entre outros, os seguintes, que bem classificam o ato praticado no caso concreto da consulta no âmbito da empresa e nas relações fiduciárias de empregador e alto empregado:

"A improbidade não se vincula à função. Ela resulta de atos de má fé e prejudiciais ao patrimônio a empresa e ao conceito de idoneidade moral ou funcional do empregado" (Ac. do 1.º TRT, 1958, Juiz Pires Chaves).

"Ato de improbidade. Caracteriza-se pela apropriação de coisa alheia de que tem posse em razão de ofício, sem autorização do dono" (Ac. do Tri. Sup., in "Rev. do TST", maio de 1951).

"Constitui justa causa — improbidade — para a dispensa, a falta do empregado que deixa de prestar contas de quantias recebidas em nome da firma empregadora — 3.ª Junta do DF ("Rev. do Trab.", 1943, p. 133)."

Na revista "Legislação do Trabalho", de São Paulo, número de janeiro/fevereiro de 1963, encontramos a seguinte decisão do Tribunal Regional do Trabalho, da 3.ª Região, acórdão de 9 de maio de 1960, sendo dele relatar o Juiz *Vespasiano Vieira Melo*:

"O empregado que, usando de sua condição de guardião de bens da empresa, se apropria dos mesmos, sem o consentimento da empregadora, comete falta grave justificadora da rescisão justa de seu con-

trato de trabalho. O ato de improbidade, de que fala a lei, se caracteriza, justamente, pela apropriação de coisa alheia, sem autorização de seu dono."

Na mesma "Revista", número de setembro/outubro de 1963, p. 513, lê-se este acórdão do Tribunal Regional do Trabalho, da 1.ª Região, unânime, dele sendo relator o Juiz Alvaro Ferreira da Costa:

"O ressarcimento material dado pelo empregado que se apropria de bens do empregador, pode valer para que responda criminalmente, nunca, porém, para manter obrigatoriamente o contrato de trabalho ou proporcionar indenizações pela despedida que decorrer do seu abuso."

Este, o ponto que precisa e deve ficar bem caracterizado: a falta grave, seja ela qual for, notadamente a de improbidade em sentido trabalhista, deve ser avaliada segundo o tipo de relação contratual, levando-se em conta a figura do agente, a sua qualificação profissional, o seu grau de discernimento, a confiança que gozava do seu empregador, e assim por diante. Tão maior é a gravidade da falta cometida, quanto mais elevado é o *status* de quem a praticou, traindo a confiança nele depositada. Os critérios para o seu julgamento são os da culpa contratual, de pessoas que devem executar um contrato segundo o princípio da boa fé. O alarme dá-se no círculo dessas relações profissionais, no âmbito da empresa, pelo exemplo deixado, em recinto fechado, embora possa não atingir as raias da criminalidade comum, sujeita à sanção penal, propriamente dita.

Em prejulgado recente, de número 16 — Proc. n. TST — R.Q — 100/65 AC 192/66 — decidiu o Tribunal Superior do Trabalho — "Leg. do Trabalho", set./out. de 1966, p. 505:

"Efeitos da sentença criminal na jurisdição trabalhista: a exclusão dos acusados em denúncia — crime, sem reconhecimento da inexistência dos fatos que subordinaram a decisão da Justiça do Trabalho autorizava da resolução dos respectivos contratos de trabalho, não elide a sentença trabalhista cuja rescisão se pretende".

Valeu a citação, para demonstrar a completa independência da avaliação da justa causa, no âmbito do direito comum e no trabalhista, propriamente dito, por se tratar, aqui, de uma relação de emprego, de índole moral e pessoal, da maior sensibilidade, na qual não se permite meio termo entre confiança ou desconfiança. A confiança, como a confissão, é indivisível.

Assim, concluindo, diante dos dados que nos foram fornecidos, da doutrina, da lei e da jurisprudência nacional, não hesitamos em responder pela afirmativa.

V — ATO DE IMPROBIDADE PELA ILEGÍTIMA RETENÇÃO

Já respondido este item nos anteriores, dos quais constitui uma conclusão lógica e obrigatória.

Cometida a falta, de natureza grave, outros não são os seus efeitos senão os da sua validade para o competente inquérito judicial do empregado faltoso, até então garantido com a estabilidade legal. Somente o contratante ofendido pode dar a exata medida, na primeira avaliação subjetiva, da falta cometida, tirando daí as suas conseqüências legais.

Respondemos, assim, pela afirmativa.

Diante da exposição dos fatos e dos elementos que nos foram proporcionados, este é o nosso parecer, s.m.j.

Rio de Janeiro, 12 de dezembro de 1967.

CAPÍTULO II

DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA JURÍDICA Competência — Execução — Abono e aumento salarial

CONSULTA

OS FATOS

No processo de Dissídio Coletivo n. 279/68, foi homologado pelo Tribunal Regional do Trabalho, 2.^a Região, o acordo celebrado entre o Consulente e o Sindicato representativo dos seus empregados (Doc. n. 1).

Entre as condições aventadas, constou a seguinte:

1.^o "O Sindicato suscitante, considerando o percentual de reajuste salarial estimado para o caso pelo Departamento Nacional de Salários constante de fls., as compensações dos aumentos salariais concedidos pela Suscitada no biênio considerado por aquela estimativa oficial e especialmente que a Suscitada, como empresa ferroviária sob controle acionário do Governo do Estado de São Paulo e sua situação de dependência financeira do Tesouro do Estado, está sujeita à política salarial do Estado, que na atual conjuntura nacional, entende o Suscitante ser dever patriótico "considerar e prestigiar — delibera aceitar que o índice de reajuste salarial seja o percentual que o Governo do Estado de São Paulo venha a conceder de aumento para os ferroviários das Estradas de Ferro de sua propriedade e/ou administração e a vigorar da data em que vier a ser baixado, valendo-se essa data como data-base para o futuro e eventual Dissídio Coletivo."

Através de Decreto-lei n. 43, de 18 de abril de 1969 (Doc. n. 2), aplicado aos empregados do Consulente, pelo Decreto n. 51. 723, de 25/04/1969 (Doc. n. 3), o Governo do Estado de São Paulo concedeu, a partir de 1.^o de fevereiro de 1969, um abono mensal de 20%, calculado sobre a referência numérica do respectivo vencimento ou salário.

O art. 2.^o desse diploma legal dispõe que:

"O abono de que trata esse Decreto-lei não se incorporará aos vencimentos ou salários e nem será considerado para efeito de cálculo de quaisquer vantagens pecuniárias a que façam jus os servidores beneficiados."

A Diretoria da Consulente deliberou conceder a seus empregados o abono de 20%, na forma e condições estabelecidas, conforme Circular n. P-175, de 30/4/1969 (Doc. n. 4).

Assim, as vantagens dos empregados, e que compõem suas remunerações, não foram majoradas (adicional por tempo de serviço, retribuição extraordinária, horas-extras, etc.).

Essa situação perdurou até abril de 1970, quando pelo Decreto-lei n. 215, de 3/4/1970, aplicado aos empregados da Consulente por resolução de sua Diretoria, conforme Circular n. P-187 (Docs. ns. 5 e 6), o abono anteriormente concedido foi incorporado ao salário, para todos os efeitos, tendo o Governo do Estado, através desse mesmo diploma legal, concedido novo abono de 20%, a partir de abril de 1970.

O Sindicato dos Empregados da Companhia não se conformou com a concessão do primeiro abono, por entender que nos termos do acordo celebrado no Dissídio Coletivo, os 20% deveriam ter sido concedidos como reajuste salarial, para que sobre ele também incidissem as vantagens.

Como conseqüência, foi ajuizada uma reclamação trabalhista, perante a Junta de Conciliação e Julgamento de Campinas (Doc. n. 7), onde o Sindicato, representando todos os seus associados, conforme relação que anexou, pretende que o abono concedido em março de 1969 seja considerado como reajuste salarial, para todos os efeitos.

QUESTOS

1 — É a Junta de Conciliação e Julgamento de Campinas competente para processar e julgar a reclamatória, por ser aquela cidade a sede do Sindicato, ou, na hipótese, deve ser competente o Tribunal Regional do Trabalho, da 2.^a Região, para conhecer do pedido referente à interpretação de cláusula de dissídio anterior?

2 — Se, *ad argumentandum*, se tratasse de dissídios individuais, seria a Junta de Campinas competente para conhecer de todos eles, em bloco, através do Sindicato, ou cada um dos interessados teria regulada a competência para sua reclamatória segundo os seus singulares contratos de trabalho?

3 — Pode dar-se, legalmente, aumento ou reajuste salarial sob a forma de abono? É válida, juridicamente, a cláusula do acordo celebrado entre a Companhia e o Sindicato?

4 — Com a concessão do abono de 20%, em março de 1969, nas condições estabelecidas pelo Decreto-lei n. 43, de 18/4/1969, cumpriu a Companhia o acordo celebrado do Dissídio Coletivo?

PARECER

I — A Junta de Conciliação e Julgamento de Campinas é incompetente para conhecer da espécie, pois não se trata de não cumprimento da sentença normativa ou de acordo judicial em dissídio coletivo. Trata-se, inequivocamente, de um dissídio coletivo de natureza jurídica, de vez que se cuida, *in casu*, de se obter a exata interpretação de expressões e palavras

utilizadas na cláusula 1.^a do acordo celebrado perante o Tribunal Regional do Trabalho.

Interpretando-a, segundo sua reta intenção, nunca deixou a Companhia de dar fiel e exata aplicação à cláusula, pagando o abono de 20% a partir do momento em que foi autorizada pelo Governo do Estado. Durante mais de um ano assim foi feito, como fiel cumprimento do texto do acordo, tendo os seus empregados recebido o que lhes era pago normalmente, passando recibo da importância efetivamente paga, sem qualquer ressalva. Logo, não se trata de inadimplência ou não cumprimento do acordo celebrado. O aumento foi dado, sob forma de abono, no percentual concedido pelo Governo do Estado, conforme a letra expressa da cláusula 1.^a do acordo. Agora, depois da concessão do segundo abono, baseado em seu novo critério de incorporação aos vencimentos, é que o Sindicato achou por bem interpretar também desta forma o acordo celebrado anteriormente, cuja interpretação e aplicação pacíficas vinham-se dando havia mais de um ano. Nessas reclamatórias individuais, que pretende o Sindicato, suscitante lá, e autor, único e coletivo, aqui? Nada mais, nada menos, de que as expressões *reajuste salarial* e *abono* não se justapõem sem deixar resto. Antes das pretensões individuais, há um interesse coletivo, abstrato, da própria categoria profissional representada, a ser atendido. Estamos, por isso, diante de um típico e perfeito conflito coletivo de trabalho de natureza jurídica, ou melhor, de natureza mista, quer jurídica como econômica igualmente. Em verdade, trata-se de uma prolongação do próprio dissídio coletivo de interesse anterior, que deu ensejo ao acordo coletivo que o encerrou naquela oportunidade. Da interpretação abstrata de sua cláusula, em tese, poderão advir novas vantagens para os integrantes da categoria, com efeito retroativo, a partir da data do início do pagamento do abono concedido pela Companhia.

Como é sabido, os conflitos de trabalho podem ser de duas espécies: individuais e coletivos. Individuais são aqueles em que o interesse é concreto, determinado, de um indivíduo ou de alguns deles, mas sempre sem maiores repercussões na categoria econômica ou profissional. A característica dos dissídios coletivos, pelo contrário, é a sua generalidade, são conflitos abstratos, indeterminados e gerais. Tem-se em vista o especial interesse da categoria, de toda ela, de um grupo de empresas, de uma empresa ou mesmo parte dela, mas sempre visando a um interesse abstrato do todo representado pelo sindicato, verdadeiro sujeito desses interesses.

Lá está em Paul Durand, com A. Vitu, "Traité de Droit du Travail", vol. III, Paris, 1956, p. 945:

"A exigência de um conflito coletivo conduz a distinguir os conflitos individuais e os conflitos coletivos. Duas condições devem estar reunidas para que um conflito tenha o caráter de um dissídio coletivo do trabalho: uma relativa às partes em conflito; e a outra ao objeto do dissídio.

Não poderia haver conflito coletivo, se não houvesse coletividade de empregados. Um conflito pode apresentar caráter coletivo ainda que um só empregador esteja em causa, mas perde este caráter quan-

do um empregado, individualmente, é parte no processo. A coletividade de empregados tem sido concebida, aliás, de maneira ampla.”

No mesmo sentido, A. Brun e H. Galland, “Droit du Travail”, Paris, 1958, pp. 952/954. E J. de Tovar, de maneira precisa, em sua tese de doutoramento — “De la Nature Juridique du Conflit Collectif de Travail”, Paris, 1939, pp. 63 e segs.; 95/96:

“Para determinar a natureza de um conflito coletivo, não se tem que resolver um problema de quantidade, e sim um problema de qualidade, *qualidade das partes em causa e sobretudo dos interesses em jogo*. Isto é, não é a totalização dos interesses individuais que poderá dar o caráter coletivo a um conflito. *O que é preciso procurar é se, sob a capa dos interesses individuais, não se esconde um interesse coletivo inteiramente distinto destes.*”

No estado atual da jurisprudência da Corte Superior de Arbitragem, é considerado como coletivo *todo conflito no qual se pode vislumbrar uma lesão a um interesse coletivo apresentando um caráter de necessidade para a defesa da profissão ou da paz social.*”

Entre nós, para referir mestre do próprio Tribunal Regional de São Paulo, escreve o professor Barreto Prado, “Tratado de Direito do Trabalho”, vol. II, São Paulo, 1967, p. 741:

“Vem a ser o dissídio coletivo, portanto, o processamento próprio e específico das controvérsias que incidam sobre problemas de interesse geral da categoria *ou de parte* da categoria profissional. É absolutamente essencial, para que haja o dissídio coletivo, que a controvérsia tenha por objeto a proclamação pela autoridade competente de novas condições de trabalho, *de interesse comum aos membros do grupo*. Não se confunde o dissídio coletivo com a acumulação de dissídios individuais. *No dissídio individual, o que se pretende, sempre, é a reparação de direitos violados. Já no dissídio coletivo, o seu objeto nunca deixa de consistir no reconhecimento de novos direitos.*”

Novas normas são proclamadas, que passarão a ser aplicadas a todos os contratos individuais de trabalho, sujeitos à decisão proferida” (Grifamos).

Mas, por sua vez, podem os conflitos coletivos de trabalho distinguir-se em duas outras espécies: os de natureza econômica e os de natureza jurídica. Os primeiros procuram fixar novas normas e condições de trabalho, em geral, em torno de matéria de aumento de salários entre nós. Deles cuida, de maneira expressa, o art. 142, § 1.º, da Emenda Constitucional n. 1, de 1969. Os segundos, no entanto, dizem respeito à interpretação de uma norma prévia, preexistente, fonte normativa das relações entre as categorias interessadas, desde a lei estatal, em sentido amplo, material (lei, decreto, portaria, instruções, etc.; mas desde que atinentes particularmente às categorias em causa) ao regulamento da empresa, passando pela convenção coletiva, a sentença normativa ou outro qualquer pacto ou ato coletivo existente, como um acordo coletivo.

O assunto é, igualmente, tranqüilo na doutrina universal e no pensamento brasileiro especializado. Ensina, por exemplo, o papa desta matéria, Francesco Carnelutti, “Teoria del Regolamento Collettivo dei Rapporti di Lavoro”, Padova, 1936, p. 137:

“De acordo com o art. 13 da lei, parágrafo primeiro, pertencem à competência do magistrado do trabalho “todas as controvérsias relativas à disciplina das relações *coletivas do trabalho*, que digam respeito ou à *aplicação dos contratos coletivos ou de outras normas existentes, ou o pedido de novas condições de trabalho.*”

Estas controvérsias vêm divididas, segundo o art. 13, em duas categorias, que segundo o modo de ver desde já estabelecido na ciência, correspondem às controvérsias *jurídicas* e às controvérsias *econômica*; as primeiras dizem respeito à *aplicação*, as segundas à *formação do regulamento coletivo*” (Os grifos são do A.).

Do mesmo modo: A. Brun e H. Galland, cit., p. 954; P. Durand e A. Vitu, cit., p. 949, nos dissídios coletivos de natureza jurídica,

“a ação sindical tem por objeto, não formular novas regras das relações do trabalho, *mas fazer aplicar uma regra preestabelecida e contida numa lei, num decreto, numa convenção coletiva ou numa sentença arbitral*” (Grifamos).

J. de Tovar, cit., pp. 3, 4/6, 65, de maneira precisa e breve:

“Os conflitos coletivos podem surgir quando de dissídios que dizem respeito às condições do trabalho ou à *interpretação de um texto*” (Grifamos).

Depois, feito sob medida para a hipótese da Consulta:

“§ 5.º — Conflitos sobre a aplicação de um acordo anterior. *Do mesmo modo no caso em que um acordo tenha sido concluído entre um sindicato patronal e um sindicato operário*” (Grifamos).

Ainda: B.I.T., “Les Tribunaux du Travail”, Genève, 1938, pp. 20/21; M.L. Deveali, “Derecho Sindical y de Previsión Social”, Buenos Aires, 1957, pp. 201/202; Fr. de Ferrari, “Lecciones de Derecho del Trabajo”, vol. IV, Montevideo, 1964, p. 250, com muita precisão:

“Os conflitos coletivos apresentam o caráter de jurídicos quando se promovem em virtude da suposta violação de uma norma legal *ou convencional* relativa ao trabalho e se procura, nelas, *exclusivamente a aplicação correta do direito ou o cumprimento da norma desconhecida ou violada*”. (Grifamos).

Mais, agora no direito alemão, com abundância de exemplos esclarecedores, W. Kaskel e H. Dersch, “Arbeitsrecht”, 5.ª ed., Berlim, 1957, pp. 305/306:

“Conflitos de direito (*Rechtstreitigkeiten*). São inteiramente diferentes estes conflitos, que se originam de normas coletivas autônomas (contratos de tarifa, convenções de empresa ou de serviços), seja de leis ou decretos estatais, quer se trate de pessoas naturais (empregador, empregado) ou de pessoas jurídicas, seja que o dissídio ocorra entre associações profissionais ou tenha origem em matéria

referente à organização da empresa. Tais conflitos são *conflitos de direito*, que do ponto-de-vista processual são solucionados mediante decisão. Não se trata aqui de criar novas normas jurídicas, coletivas, autônomas ou estatais, e sim de interpretar judicialmente normas já existentes. Este conflito termina com uma sentença ou resolução judicial, pelas quais se põe ponto final no litígio aplicando o direito.

Quer dizer que o litígio sobre a aplicação ou interpretação do direito existente é aqui a raiz sociológica e não o conflito sobre a criação de normas jurídicas novas, criação que se baseia no equilíbrio de interesses" (Grifamos).

Finalmente, dentro da mesma ordem de idéias, mais este pequenino trecho de E. Krotoschin sobre conflitos coletivos de natureza jurídica — "Instituciones de Derecho del Trabajo", vol. II, Buenos Aires, 1948, p. 36:

"Os conflitos coletivos de trabalho podem versar também sobre direitos subjetivos, discutidos por exemplo entre uma associação profissional operária e outra patronal e baseados numa convenção coletiva existentes; conflitos relativos à interpretação ou ao cumprimento de obrigações contratuais que tenham assumido ambos os grupos em sua relação recíproca" (grifamos).

Entre nós a tratção da matéria teórica e legislativa é igual, dispensando-nos de maiores e longas citações, desnecessárias. No conflito coletivo jurídico, nas palavras de Oliveira Viana — "Problemas de Direito Corporativo", Rio, 1939, p. 103, — trata-se de "declarar o direito, interpretando a lei ou a cláusula da convenção coletiva, aplicando-a".

Por isso, diz-se que as sentenças que põem fim aos conflitos coletivos de natureza jurídica são meramente declaratórias, podendo ser retroativas até o período da prescrição, tudo ficando na vontade do tribunal prolator; ao passo que nos conflitos de natureza econômica, as sentenças são constitutivas, pois o direito novo se forma da sua data em diante, para o futuro. *Coletivo econômico foi o dissídio entre o Sindicato suscitante e a Companhia, do qual exatamente consta a cláusula 1.ª, sobre a qual ora se discute na sua exata interpretação e aplicação, na linguagem de Kaskel e Dersch.*

Nos conflitos coletivos jurídicos tem-se em vista interpretar e aplicar "uma norma jurídica preexistente", nas palavras do Ministro M.V. Russomano. São coletivos porque se desenrolam num campo de normatividade abstrata, indeterminada e geral, tanto quanto os econômicos. O assunto é pacífico, cf. M.V. Russomano, "Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho", vol. V, 6.ª ed., Rio, 1963, pp. 1.493/1.494; Délio Maranhão, com A. Süsskind e J. de Segadas Viana, "Instituições de Direito do Trabalho", vol. III, 4.ª ed., Rio, 1967, pp. 273/276; G.M. Bezerra de Menezes, "Dissídios coletivos do trabalho e Direito de greve", 3.ª ed., Rio, 1957, pp. 40/41; R. Barretto Prado, cit., pp. 741/742; A.F. Cesarino Júnior, "Direito Social Brasileiro", vol. I, São Paulo, 6.ª ed., 1970, pp. 172/173.

Na jurisprudência do mais alto tribunal brasileiro especializado vamos encontrar novos ensinamentos, sempre no mesmo sentido, sobre a caracte-

terização dos conflitos coletivos de natureza jurídica, que se aplicam com exatidão, sem deixar resto, ao caso concreto da Consulta. No acórdão de 26/4/67, decidiu o Tribunal Superior do Trabalho, Pleno, no DC 2/66, sendo Relator o Min. Arnaldo Süsskind:

"Dissídio coletivo de natureza jurídica. Sempre que o dissídio suscitado por entidade sindical tem por objetivo a interpretação de norma legal, regulamentar ou convencional, de interesse de um grupo, que representa, constituído de pessoas não identificadas, a controvérsia é coletiva, sendo resolvida por sentença declaratória. Pouco importa a dimensão do grupo, que pode corresponder a uma categoria, a categorias conexas, a uma empresa ou parte desta. O importante é que o grupo seja composto de trabalhadores não concretamente determinados e haja interesse específico da categoria" (Grifamos). In "Rev. do TST", 1969, p. 64.

Já o acórdão respondeu a uma questão que poderia andar no espírito de alguém menos afeito às coisas da doutrina especializada. O que importa, para a caracterização do dissídio coletivo, é o interesse da categoria, geral, encarnado na pessoa jurídica do Sindicato, que a representa. O grupo beneficiado ou diretamente envolvido pode ser constituído de toda a categoria, sindicalizada ou não, parte dela, grupo de empresas, uma só empresa ou mesmo parte de uma só empresa. A doutrina universal é pacífica a respeito, confirmando o ensinamento, correto, do acórdão do ilustre Ministro do Tribunal Superior. Dois ou três exemplos:

M. Rideau, "Précis de Législation du Travail", Paris, 1968, p. 59:

"Os conflitos coletivos supõem a intervenção de um grupo representativo e o envolvimento de um interesse comum de toda ou parte de uma coletividade" (Grifamos).

J.M. Verdier, "Syndicats, Paris", 1966, p. 423:

"O critério do interesse coletivo reside na compreensão geral ou de princípio da questão submetida ao juiz. A este respeito uma aproximação deve ser feita com a noção de conflito coletivo de trabalho, oposto ao conflito individual... Um conflito de trabalho é coletivo se possui este caráter ao mesmo tempo pelas partes que nele se opõem, das quais pelo menos uma deve ser um grupo, e pelo interesse que suscita; o objeto do conflito coletivo é então da mesma natureza que o fundamento da ação sindical: é um interesse coletivo... Ora, depois de alguns enganos, a jurisprudência arbitral aprovada pela unanimidade da doutrina, reconheceu no conflito o caráter coletivo em duas séries de casos: em primeiro lugar quando diz respeito à condição individual de todos os empregados da empresa ou pelo menos de uma categoria dentre eles, isto é na prática, quando isso acontece em decorrência de decisões de caráter geral do chefe da empresa, aplicáveis a uma coletividade de empregados, quer se trate da aplicação de uma lei, de um regulamento ou de uma convenção coletiva (conflitos jurídicos), ou da criação de uma nova norma de direito (conflito de reivindicação ou de revisão)."

Eis aí a lição da doutrina; eis aí a jurisprudência dos nossos tribunais superiores. Assim, competente para conhecer e julgar dessa reclamatória do Sindicato suscitante do primitivo dissídio coletivo de natureza econômica, de interesses, é o próprio Tribunal Regional do Trabalho, da 2.^a Região, prolator do acórdão que pôs fim àquele conflito. É ele o único competente, por lei (art. 856, da CLT), para conhecer da instauração de dissídio coletivo, e não a MM. Junta de Conciliação e Julgamento, cuja competência se esgota nos dissídios individuais típicos (art. 652), oriundos de matéria concernente ao contrato individual de trabalho (n. IV).

Deve o Sindicato dos trabalhadores interessados suscitar um dissídio coletivo, de natureza jurídica, para a exata interpretação das suas cláusulas. Não houve inadimplência pela Companhia, que pagou durante longo tempo conforme lhe pareceu mais justo e correto, nos termos expressos da cláusula 1.^a do acordo coletivo homologado naquele Tribunal, equivalente à sentença normativa, da sua mesma natureza jurídica. Diante do documento normativo, o acordo perante o Tribunal Regional, há dúvidas de interpretação sobre o alcance exato de certas expressões e vocábulos. De maneira abstrata, geral e indeterminada, deve ser dada a exata interpretação do seu texto pelo mesmo órgão judiciário que o prolatou. Coletiva era a contenda; coletiva continua a ser, sem mudança de natureza jurídica.

O atual conflito nada mais é do que um prolongamento do primeiro. O conflito de interesses é nele subjacente, porque da sua interpretação advirão maiores ou menores vantagens para as partes conflitantes. Daí, caberem bem aqui essas judiciosas palavras de E. Krotoschin, cit., p. 37:

“Mesmo no conflito que versa sobre um direito subjetivo já existente, é o interesse que move as partes (a insistir neste direito, a negá-lo ou a modificá-lo).

Por outro lado, nos conflitos que têm por objeto a criação de novas normas, existe também no fundo uma controvérsia jurídica. Em qualquer conflito há interesses em jogo”. (Os grifos são do próprio A.).

Não se trata, na espécie da Consulta, de execução de sentença normativa ou de acordo coletivo, que tenham deixado de ser cumpridos. Só assim se poderia admitir a representação sindical, num litisconsórcio ativo, representando seus associados. Dispõe o art. 872, da Consolidação das Leis do Trabalho:

“Celebrado o acordo, ou transitada em julgado a decisão, seguir-se-á o seu cumprimento, sob as penas estabelecidas neste Título.

Parágrafo único. Quando os empregadores deixarem de satisfazer o pagamento de salários, na conformidade da decisão proferida...”

Vê-se por aí: a) que o *acordo coletivo* tem a mesma natureza jurídica da própria sentença normativa, isto é, trata-se de fonte normativa das relações individuais, concretas, de trabalho; b) como norma preexistente, homologada pelo Tribunal, pode ser objeto de interpretação abstrata e

geral para a sua exata aplicação àquelas mesmas relações individuais; c) cabe a sua execução, nos termos do art. 872, somente quando os empregadores deixarem de “satisfazer o pagamento de salário, na conformidade da decisão proferida”.

Saber qual foi exatamente a decisão proferida, eis do que se trata agora. O texto da cláusula 1.^a do acordo homologado não é claro, tendo a Companhia o interpretado e aplicado, sem protesto ostensivo dos seus empregados, por mais de um ano. Nunca deixou ela de cumprir o que lhe pareceu correto, pagando sempre o abono de 20%, como autorizada a fazê-lo pelo Governo do Estado de São Paulo. Há dúvida interpretativa sobre cláusula convencional e termos jurídicos ali utilizados; logo trata-se de um dissídio coletivo jurídico, abstrato e geral, de interesse de toda a categoria, representada pelo Sindicato, pelo precedente e interpretação geral que abre. Nessa interpretação estão interessados todos os empregados da Companhia, sindicalizados ou não, cujos interesses — de forma indeterminada, abstrata e geral — estão em jogo.

Não deixou a Companhia de efetuar o pagamento do que lhe pareceu devido a nenhum empregado. Não interpretou de forma desigual a cláusula 1.^a para este ou aquele empregado, pagando mais a uns ou menos a outros. Não distinguiu entre categorias de empregados. Para todos interpretou igualmente a cláusula questionada, de maneira geral, indeterminada, abstrata. Por isso mesmo, vem agora o Sindicato, suscitante do dissídio coletivo anterior, em nome de todos pleitear o que lhe parece a justa interpretação da cláusula do acordo que pôs fim ao conflito. Lá, interesse geral, abstrato, indeterminado, em nome de todos os possíveis empregados da Companhia, representados pelo Sindicato; aqui, a mesma natureza de interesses, representados pelo mesmo Sindicato. Não mudou a natureza do conflito, que continua coletivo, e não individual.

E não se diga que, com a anexação da relação dos seus associados agora perante a MM. Junta, deixou de ser abstrato o interesse para ser concreto e determinado. Ora, qualquer aplicação de norma jurídica, em qualquer ramo do Direito, termina sempre num negócio jurídico concreto, de natureza individual, já que as pessoas naturais são o último átomo da vida jurídica. De que adiantariam todas as normas gerais e coletivas, se não existissem contratos individuais de trabalho e pessoas concretas que os executassem? Como lembra Carnelutti, nos conflitos individuais, cuida-se de simples soma de indivíduos; ao passo que, no coletivo, trata-se de uma série, praticamente infinita; mas, é claro, sempre a sua execução se faz através de contratos individuais de trabalho.

Abstrato era o conflito; coletivo era; abstrato e coletivo continua a ser; porque nele está envolvida toda a coletividade interessada da Companhia, e não este ou aquele determinado empregado. De tão boa fé agiu a Companhia, tranqüilamente em seu ponto-de-vista interpretativo, que nem se pode ou deve falar em efeito retroativo da sentença declaratória que venha a ser proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho, único competente para a espécie. Estamos com o ilustre Juiz desse mesmo Tri-

bunal, *Wilson Campos Batalha*, quando escreve — “Instituições do Direito Processual do Trabalho”, São Paulo, 1951, p. 408:

“Entendemos que a sentença normativa, que estabelece normas e condições para o trabalho (sentença coletiva dispositiva), não pode ter eficácia retroativa, uma vez que estabelece um regulamento novo para a disciplina contratual. As sentenças coletivas de natureza jurídica (meramente declaratórias) poderão ter efeito retroativo, desde que o tribunal assim expressamente disponha, sendo-lhe facultado denegar esse efeito retroativo todas as vezes em que a retroatividade puder ocasionar dificuldades financeiras para as empresas interessadas, agindo “sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público” (CLT art. 8.).

Assim, concluindo e respondendo de frente ao quesito n. 1 da Consulta:

Nenhuma Junta de Conciliação e Julgamento, de todo o território nacional, é competente para conhecer da reclamatória do Sindicato dos Trabalhadores em Empresas Ferroviárias da Zona Paulista. Não se trata de competência *ratione fori*, e sim de competência *ratione materiae*, para a qual a primeira instância trabalhista é absolutamente incompetente, quando se trata de dissídio coletivo, de competência exclusiva e privativa dos Tribunais Regionais do Trabalho (arts. 652 e 856, da Consolidação das Leis do Trabalho).

Entre a pretensão individual de cada um dos empregados da Companhia e o acordo coletivo, interpõe-se a exata interpretação, prévia e normativa, da sua cláusula 1.^a.

II — Para nós, o parecer terminaria aqui, de vez que somente depois de proferida a sentença normativa declaratória do C. Tribunal Regional do Trabalho — que pode ser a favor ou contra a Consulente — é que teria cabimento o restante dos quesitos formulados. Mas prossigamos, pelo simples prazer de argumentar e responder ao que nos foi formulado.

Dispõe o parágrafo único, o do art. 872, da Consolidação das Leis do Trabalho, cuja transcrição iniciávamos acima:

“Quando os empregadores deixarem de satisfazer o pagamento de salários, na conformidade da decisão proferida, poderão os empregados ou seus sindicatos, independentes de outorga de poderes de seus associados, juntando certidão de tal decisão, apresentar reclamação à Junta ou Juízo competente, observado o processo previsto no Capítulo II deste Título, sendo vedado, porém, questionar sobre matéria de fato e de direito já apreciada na decisão”.

Vemos, então, que somente aos seus associados pode o Sindicato representar, embora sem procuração expressa. Admite-se a outorga tácita pela simples adesão ou pertinência aos quadros associativos da entidade.

Pode o Sindicato apresentar reclamação “a Junta ou Juízo competente”; logo, desloca-se a questão para a matéria maior de competência das Juntas, segundo regulado no art. 651, da CLT, *verbis*:

“A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutra local ou no estrangeiro.

§ 1.^o — Quando for parte do dissídio agente ou viajante, é competente a Junta da localidade onde o empregador tiver o seu domicílio, salvo se o empregado estiver imediatamente subordinado a agência; ou filial, caso em que será competente a Junta em cuja jurisdição estiver situada a mesma agência ou filial.

§ 2.^o — A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento, estabelecida neste artigo, estende-se aos dissídios ocorridos em agência ou filial no estrangeiro, desde que o empregado seja brasileiro e não haja convenção internacional dispondo em cartório.

§ 3.^o — Em se tratando de empregador que promova realização de atividade fora do lugar do contrato de trabalho, é assegurado ao empregado apresentar reclamações no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respectivos serviços”.

Vê-se, desde logo que, em se tratando de reclamação individual ou plúrima, litisconsorcial ou não, *o que importa é a pessoa natural ou física, e não a pessoa jurídica da entidade sindical. Pouco importa onde o Sindicato tenha sede, já que a competência da Junta se regula pelo contrato de trabalho dos respectivos empregados.*

A nosso ver — repetimos, — não se trata de inadimplência da Companhia, por haver deixado de cumprir ou executar decisão normativa do Tribunal Regional, porque só aí caberia discutir a questão da competência da Junta, *ex-vi* do art. 872, referido. Não houve falta de pagamento de salários, como o declara o artigo consolidado, só então passível o instrumento normativo de execução individual, sob forma de reclamatória.

Não há dúvida de que o princípio maior da competência da Junta é sempre o de facilitar a reclamação do empregado, partindo de onde ele efetivamente preste serviço, o mais próximo possível da sua localidade de trabalho, por economia de esforço e de produtividade. Tal se encontra inscrito no *caput* do art. 651, combinado com o § 3.^o, do mesmo dispositivo.

A matéria é absolutamente tranqüila. Assim, sempre *gratia argumentandi*, pois se trata de dissídio coletivo de natureza jurídica, — os empregados da Companhia, por si sós ou por intermédio do Sindicato devem apresentar suas reclamatórias perante a Junta de localidade onde celebraram os respectivos contratos ou onde realmente prestem atividade, e não em bloco, maciçamente, numa só localidade de sua eleição. Ao encampar as reclamações de todos os seus associados, deu o Sindicato claramente o caráter, não de uma ação individual plúrima, de um litisconsórcio ativo, e sim de dissídio, que pôs fim ao dissídio anterior, coletivo e de natureza econômica.

Não há na lei nenhum dispositivo que permita este deslocamento de competência, pelo simples fato de haver o Sindicato, com sede em Cam-

pinas, apresentado nessa cidade a sua reclamatória *omnibus*. Sindicato não presta serviços; pessoa jurídica, não pode ser empregado de ninguém, já que somente o pode ser pessoa natural, para prestação *peçoal* de serviços (arts. 2.º, *in fine* e 3.º, da CLT).

Lê-se o seguinte no *Monitor Trabalhista*, de março de 1964:

“Tratando-se de processo que envolve a apreciação de cláusulas contidas em contrato coletivo de trabalho, devidamente homologado pela autoridade competente, tem o Tribunal Regional do Trabalho competência originária para conhecer a matéria. Isso em virtude de disposição expressa do art. 678, alínea *e*, da Consolidação das Leis do Trabalho” (Ac. TRT, 2.ª R., Proc. 434/63; Rel. Juiz Tupinambá Fonseca).

E não se diga, voltando ao assunto do quesito n. 1, que aqui as reclamações são determinadas, com nome dos indivíduos. Lá, no dissídio coletivo econômico; cá, nestas reclamatórias, iguais eram as pessoas, *porque não abriu a Companhia exceção para nenhuma delas, interpretando e aplicando a cláusula 1.ª de mesma forma para todas, na sua universalidade, abstrata e concretamente*. Por isso mesmo, com razão, pôde escrever *Cristóvão P. Tostes Malta*, procurando distinguir litisconsórcio de conflito coletivo jurídico — “Da Competência no Processo Trabalhista”, Rio, 1960, p. 338:

“E, pelo menos entre nós, podem ser conhecidos todos os suscetíveis ou, melhor, todos os beneficiários de dada controvérsia normativa, mesmo ao se elaborar esta.

... Na controvérsia coletiva pode existir apenas uma relação de direito litigiosa e no litisconsórcio haverá sempre mais de uma.”

Assim, concluindo e respondendo diretamente ao quesito n. 2 da Consulta formulada:

Gratia argumentandi, por absurdo, caso se deixe de considerar como conflito coletivo de natureza jurídica, a Junta de Conciliação e Julgamento, de Campinas, é competente só para as reclamatórias dos associados ou dos empregados, sindicalizados ou não, que ali prestem serviços, ou que ali tenham sido contratados.

III — Não existe na sistemática da Consolidação das Leis do Trabalho nenhuma expressão denominada *reajuste ou reajustamento salarial*. Essa locução vamos encontrá-la na recente Lei n. 4.725, de 13 de julho de 1965, que estabelece normas para o processo dos dissídios coletivos e dá outras providências. Nas letras *a* e *b*, do art. 2.º, refere-se a *reajustamentos salariais e reajuste*. O art. 10 vai aludir a *ajustamentos de salário*, voltando o art. 12 a falar em *reajustamento de salário*.

Depois deste diploma legal, o primeiro sistemático da Revolução de 1964 sobre política salarial do Governo em matéria de dissídio coletivo. alguns outros vieram, levando o Tribunal Superior do Trabalho a baixar Prejulgados, ns. 33 e 34, disciplinando e ordenando a espécie. É de destacar, no entanto, a Lei n. 5.451, de 12 de junho de 1968, sobre reajusta-

mento salarial, que veio criar entre nós o chamado *abono de emergência*, no art. 3.º:

“As categorias profissionais, cujos salários tiverem sido fixados nos termos da legislação salarial anterior à presente Lei, terão direito a um abono de emergência até a fixação do novo reajustamento e com início conforme tabela anexa.”

No art. 4.º regula-se o montante do abono, sobre o qual não podia incidir contribuição ou desconto de qualquer natureza, mas seria ele “considerado salário para efeito do cálculo de qualquer reajustamento salarial concedido a partir de 1.º de maio de 1969”.

Como o próprio nome está a indicar, tratava-se de um abono de emergência, que podia ser financiado até 70% pelo Instituto Nacional de Previdência Social (art. 5.º). Atendia ao que o Ministro Jarbas Passarinho chamou, na época, de afrouxo salarial, abrandando o Governo a sua política sobre o cálculo do chamado resíduo inflacionário. Tratava-se de lei federal, especial, regulando matéria particular e de emergência, por isso mesmo com os efeitos limitados ali previstos.

Também de grande importância são os Decretos-leis ns. 15, de 29 de junho de 1966, e 17, de 22 de agosto do mesmo ano, ambos dispondo sobre normas e critérios para uniformização dos reajustes salariais.

Apesar da insegurança da linguagem e da falta de uma sistemática jurídica sobre a matéria, já se pode ir traçando uma visão ou concepção geral sobre reajustamento salarial. Até a Lei n. 4.725, de 1965, limitava-se a Justiça do Trabalho a conceder aumentos salariais baseada praticamente num só critério, que era o índice do aumento do custo de vida. Com a nova política salarial, tudo se alterou, com outra sistemática complexa, de fórmulas e critérios, bem explicitados nos Prejulgados ns. 33 e 34, de 1969, do Tribunal Superior do Trabalho, nos quais são levados em conta, além do nível do custo de vida, muitos outros fatores. Estabelece o novo sistema que o cálculo de reajustamento deverá ser feito em função dos *coeficientes de correção salarial*, mensalmente divulgados pelo Poder Executivo, mediante Decreto do Presidente da República. Ao índice apurado, permite o § 1.º, do art. 1.º do Decreto-Lei n. 15, modificado pelo Decreto-lei n. 17, que a Justiça do Trabalho possa acrescer as seguintes parcelas: a) metade do resíduo inflacionário indicado pelo órgão competente; b) o percentual referente ao aumento da produtividade nacional no ano anterior; c) a percentagem concernente à perda do poder aquisitivo médio real ocorrida entre a instauração e o julgamento do dissídio. Com isso, segundo a nova técnica da política econômica do Governo, procura-se aumentar o poder do salário real do trabalhador, levando-se em conta todos aqueles fatores, considerados anti-inflacionários.

Contudo, volta a expressão *abono* a aparecer nesta legislação recente, como se verifica no art. 7.º, do Decreto-lei n. 15:

“É vedada a concessão de qualquer aumento ou reajuste salarial, inclusive sob a forma de abono ou reclassificação, antes de decorrido

um ano do último acordo ou dissídio coletivo e sem obediência às normas e critérios estabelecidos no presente Decreto-lei.”

Nada impede, assim, que os aumentos ou reajustamentos salariais sejam realizados ou processados sob a forma de abonos, como expressamente a eles se refere o art. 7.º, supra citado. Também o art. 8.º, deste mesmo diploma legal, modificado pelo Decreto-lei n. 17, de 22 de agosto de 1966, vai-se referir novamente à figura do *abono* como dado salarial, incorporando-o definitivamente à terminologia técnica da legislação do trabalho:

“Será obrigatoriamente compensado qualquer *aumento salarial*, voluntário ou compulsório, *inclusive* sob a *forma de abono* ou reclassificação, concedido durante o prazo de vigiância do acordo coletivo ou de decisão da Justiça do Trabalho, salvo se decorrente de aumento individual relativo a término de aprendizagem, promoção, transferência ou equipamento salarial resultante de sentença transitada em julgado.”

Logo, não são incompatíveis, como a princípio parece, as expressões *reajuste salarial*, *aumento* e *abono*. O *aumento salarial* pode ser dado sob *forma de abono*, com esta denominação e com este caráter, incida ou não somente sobre a referência, mas, na verdade, implica permanência — e não mera emergência — e acréscimo orçamentário de despesa para a Companhia e de poder aquisitivo para os empregados.

Por outro lado, não há na legislação especializada nenhum dispositivo que impeça a aceitação pelo Sindicato suscitante das condições de aumento — em se tratando de empresa ferroviária, de controle acionário do Estado, altamente deficitária — constantes da cláusula 1.ª do acórdão perante o Tribunal Regional. Não houve renúncia prévia, antecipada a qualquer vantagem, e sim mera transação em negociação coletiva, dentro do espírito do que mais vale um pássaro na mão do que dois voando. É este exatamente o espírito de mediação nos conflitos de trabalho. Por outro lado, permite e autoriza a legislação revolucionária que tal se tenha dado, desde que respeitados os limites máximos permitidos pela sua política salarial. Tudo que ficar aquém poderá ser livremente pactuado e celebrado pelas partes interessadas.

Não se trata de nenhum benefício legal, de ordem pública, irrenunciável, sob pena de nulidade plena, fulminado pelo art. 9.º, da Consolidação. Isto aconteceria, por exemplo, se o Sindicato admitisse pagamento inferior ao mínimo legal ou reduções salariais à margem do que, por exemplo, autorizam os arts. 462 e 503, da mesma Consolidação. No caso concreto da Consulta, trata-se somente de obtenção de aumento salarial, acima dos padrões mínimos fixados pela legislação do trabalho, aumento este negociado livremente, perante a autoridade judicial competente, entre Sindicato e empresa, uma das formas normais de fixação salarial, nada mais.

Assim, concluindo e respondendo a este quesito, de n. III:

A) Nada há na atual legislação do trabalho brasileiro que impeça e reajuste ou aumento salarial mediante a concessão de abono aos empregados. A esta forma expressamente se referem os art. 7.º

e 8.º, do Decreto-lei n. 15, de 1966. Não há incompatibilidade entre as expressões nem entre a efetividade do aumento;

B) Por outro lado, ainda que interpretada desta forma, a cláusula 1.ª do acordo coletivo não implica nulidade ou qualquer outro vício jurídico, eis que livremente pactuada, acima dos mínimos legais, perante a autoridade judicial competente, como forma de conciliação válida em dissídio coletivo. Não foram violados, nem de leve, os arts. 9.º e 444 da Consolidação; antes, realizou-se plenamente a diretoria contida no art. 766, do mesmo corpo consolidado.

IV — Dispõe o art. 85, do Código Civil:

“Nas declarações de vontade, se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem.”

É esta a norma geral, a diretiva legal mais ampla encontrada na legislação brasileira a respeito das interpretações dos negócios jurídicos privados. Em comentário, escreve Clóvis Bevilacqua, “Código Civil Brasileiro”, vol. I, Rio, 5.ª ed., 1936, pp. 324/325:

“A vontade manifesta-se por sinais ou símbolos entre os quais ocupam lugar proeminente as palavras. Esses sinais ou palavras podem não traduzir, fielmente, o que o agente quer exprimir. A lei, por isso, manda atender, de preferência, à intenção, desde que haja elementos para determiná-la, fora da expressão verbal imperfeita, indecisa, obscura ou insuficiente.”

Ficou o Código Civil Brasileiro entre a teoria da vontade real (da pura intenção) e a da vontade conhecida através de declaração. Manda ele atender mais à intenção das partes, ainda que sem o abandono completo das palavras. A exata interpretação fica para o conjunto das circunstâncias — a natureza do ato jurídico, a condição econômica das partes, os precedentes negociais concretos, etc. Deve, por isso, ser lembrado o equilibrado comentário de J. M. de Carvalho Santos — “O Código Civil Brasileiro Interpretado”, vol. II, 3.ª ed., Rio, 1944, p. 286:

“Para isso aclarar pode o intérprete lançar mão dos atos que precederam, acompanharam ou seguiram aquele que se trata de interpretar, podendo mesmo, se eles têm uma relação direta com a convenção, se servir deles para a pesquisa da intenção comum dos contraentes.”

Quando do dissídio coletivo de 1968/1969, bem conhecia o Sindicato suscitante, era inteiramente do seu conhecimento a natureza jurídica da Companhia — de empresa sob o controle acionário do Estado de São Paulo, de cuja política econômico-financeira dependia diretamente. Era, igualmente, do seu pleno conhecimento a situação altamente deficitária da Companhia, que a impedia de arcar com aumentos maiores do que o que viesse a ser concedido pelo Governo estadual. A própria legislação federal cercava, de maneira absoluta, a concessão de aumento maior, fora dos termos estritos do concedido pelo Estado, sob pena de nulidade absoluta.

Assim, a Companhia, cônica da sua situação jurídica e econômica, das dificuldades econômico-financeiras que atravessa, interpretou global-

mente, segundo sua reta intenção, a cláusula do acordo, porque a sua condição e natureza jurídica não a distinguem, quanto à relação aumentotarifária, das demais empresas de propriedade direta do Estado, tanto assim que é este o detentor do seu controle acionário. *E disso, repetimos, bem sabia o Sindicato, tanto que tais argumentos (atos precedentes) serviram de fundamento ao decisório final da cláusula:*

“... e especialmente que a Suscitada, como empresa ferroviária sob controle acionário do Governo do Estado de São Paulo e sua situação de dependência financeira do Tesouro do Estado, está sujeita à política salarial do Estado, que, na atual conjuntura nacional, entende o Suscitante ser dever patriótico considerar e prestigiar.”

Reconhece-se aí, expressamente, estar a Companhia “sujeita à política salarial do Estado”. Quem diz isso, deve aceitá-lo em todas as suas consequências, qualitativas e quantitativas, sem brechas nem tergiversações ampliativas, sob pena de anular ou restringir os seus efeitos práticos. Assim interpretado, em sua totalidade funcional, o restante da cláusula prende-se às suas premissas, isto é, aos argumentos de sua própria fundamentação.

Nem dependia da vontade da Companhia o poder conceder aumento salarial, como pretendido pelo Sindicato, por vários motivos: a) a sua situação altamente deficitária, que, de plano, a excluiria dessa possibilidade, impedindo-a de concedê-lo; b) depender qualquer concessão mais generosa da autorização expressa do Governo do Estado de São Paulo, do qual é dependente direta, do ponto-de-vista jurídico, econômico e financeiro; c) a incorporação dos 20% concedidos a todas as vantagens legais e contratuais levaria a Companhia a uma situação calamitosa, de todo contrária aos anseios da política econômico-financeira do Governo Federal.

Para o rigor e gravidade da legislação federal, basta que se transcrevem aqui, sem comentário, o que dispõe o Decreto-lei n. 15, de 29 de junho de 1966, a respeito do assunto, disposições estas aplicáveis todas à natureza jurídica e econômico-financeira da Companhia:

“Art. 2.º — O Conselho Nacional de Política Salarial não autorizará a concessão aos empregados das empresas e entidades sujeitas à sua jurisdição, de qualquer aumento salarial em percentagem superior à resultante da estrita aplicação dos critérios estabelecidos no presente Decreto-lei.

Art. 3.º — Não será admitida a concessão de aumento ou reajustamento salarial, que implique na elevação de tarifas ou de preços sujeitos à fixação por autoridade pública ou repartição governamental, sem prévia audiência dessa autoridade ou repartição e sua expressa declaração no tocante à possibilidade da elevação do preço ou tarifa e o valor dessa elevação.

Art. 4.º — Para a concessão de aumento ou reajustamento salarial a empregados de empresas subvencionadas pela União, Estados ou Municípios, ou de sociedades de economia mista que dependem de financiamento de bancos oficiais para a cobertura de déficits correntes, é condição prévia e indispensável a audiência da autoridade

máxima responsável pela gestão financeira da entidade subvencionadora ou financeira e sua expressa declaração de que existem recursos disponíveis, votados pelo órgão legislativo competente, ou outras disponibilidades financeiras para atender à elevação da subvenção em importância suficiente para fazer face ao aumento ou reajuste.

Art. 5.º — O acordo coletivo de trabalho ou a decisão da Justiça do Trabalho que tenha reajustado ou aumentado salários não será aplicado, no todo ou em parte, à empresa que demonstrar, perante a mesma Justiça, a incapacidade econômica ou financeira de atender ao aumento da despesa decorrente.

§ 1.º — O requerimento da empresa à Justiça do Trabalho suspenderá a aplicação do acordo ou da decisão referida no *caput* deste artigo, até a decisão final daquela Justiça.

§ 2.º — A empresa que invocar incapacidade econômica ou financeira para pagar o aumento de salário referido no *caput* deste artigo não poderá, enquanto não aplicar o acordo coletivo ou decisão da Justiça do Trabalho:

- a) distribuir lucros ou dividendos a titulares, sócios ou acionistas;
- b) atribuir gratificações a diretores e gerentes ou aumentar os honorários destes.”

Eis aí o rigor e a severidade da legislação federal atinente à espécie. A intenção da Companhia somente poderia ter sido a da concessão do aumento nos termos estritos do Decreto-lei n. 43, de 18 de abril de 1969 e do Decreto n. 51.723, de 25 de abril do mesmo ano, diante das suas particulares condições econômico-financeiras e da sua situação jurídica perante o Governo do Estado, de cujos atos depende diretamente, sem que goze de autonomia em assuntos da espécie destes.

Assim, concluindo:

a) Somos de parecer que, diante do texto ambíguo e elástico da cláusula 1.ª do acordo realizado perante o Tribunal Regional do Trabalho, da 2.ª Região, pelos precedentes que a ditaram, é *inteiramente cabível a interpretação dada pela Companhia.*

b) Esta, como peça importante do sistema ferroviário do Estado, sob o seu controle acionário, *sujeita a todos os óbices e restrições gerais da política salarial daí decorrentes*, não poderia funcionar e agir como peça isolada, solta, autônoma dentro do sistema.

c) Assim, à sua interpretação rigorosa da cláusula 1.ª do acordo, devem ser somados os termos e as condições do aumento, sob forma de abono não integrativo, *fixados pelo Governo do Estado, mediante diplomas legais executivos*, aos quais não se poderia ela furtar.

d) De boa fé como agiu, não hesitamos em responder pela afirmativa ao quesito n. 4 da Consulta — *cumpriu a Companhia o acordo celebrado no dissídio coletivo.*

Rio de Janeiro, 10 de fevereiro, 1971.

CARGO DE CONFIANÇA (GERENTE GERAL)
Poderes e obrigações — Reversão ao cargo efetivo
Transferência de localidade

Consulta

OS FATOS

1. Tício exercia o cargo de Gerente do Departamento de Vendas da Empresa, em São Paulo, atualmente com a nova denominação de Departamentos de Vendas Atacado, quando, em 1955, foi transferido para a Filial da Companhia, a fim de aí exercer o cargo de confiança de Gerente Geral, com todos os poderes de representação e gestão, indispensáveis ao pleno desempenho da função.
2. Em decorrência de legítimo interesse empresarial, devido à reorganização dos seus setores de produção, havendo concentrado os serviços *por atacado* na Filial de São Paulo, e sendo o Sr. Tício especializado na função, resolveu a Direção da Empresa fazê-lo *reverter* ao seu antigo cargo. Para isso lhe escreveu várias cartas, gentilmente, em atenção ao seu cargo, propondo-lhe a volta, quando a lei a autorizava fazê-lo direta e imediatamente. Ainda mais, seriam mantidos os seus vencimentos do cargo da Companhia. Mais ainda: ser-lhe-ia garantido o exercício do cargo de Diretor de empresa em São Paulo, pertencente ao grupo. Assim, no uso de um direito, não pretendia a Empresa criar-lhe qualquer dificuldade, nem de ordem econômica nem de ordem moral. Eram-lhes mantidos os salários e o prestígio dentro da organização.
3. Em decorrência das suas atribuições gerenciais, dispunha o Gerente Geral de um automóvel Galáxie para o bom desempenho de suas funções, a qualquer hora, dentro e fora do serviço, pois o veículo representava um instrumento para as boas relações públicas do cargo.
4. Por outro lado, quando há muitos anos resolveu a Empresa construir um novo edifício, já inaugurado em princípios de 1970, recebia o Gerente Geral ordens e instruções da sede da Empresa, na cidade do Rio de Janeiro, por onde correram todas as despesas, numa concentração contábil.
5. Não se conformando com a *reversão* ao antigo cargo de São Paulo, não aceitando o cargo de Diretor que lhe era oferecido, deu o Sr. Tício como rescindindo o seu contrato de trabalho, pleiteando na Justiça do Trabalho a indenização pelo tempo de serviço, com apoio nas alíneas a,

b, e d, do art. 483, da Consolidação das Leis do Trabalho, além do pagamento dos serviços prestados na administração da construção do edifício, com integração do automóvel como salário-utilidade nos cálculos das suas reivindicações.

6. Obteve o Autor ganho da causa perante uma das Juntas de Conciliação e Julgamento, de C., nos itens acima arrolados, vendo-se derrotado somente em parte no seu pedido inicial, pois pretendia perceber salários até à data da decisão da Junta.

PARECER

7. Do inteiro exame das peças processuais que nos foram oferecidas e da descrição dos fatos, não há como esconder um sentimento de surpresa pela decisão da MM. Junta, que se choca com a prova dos autos e com o direito aplicável à espécie.

Inicialmente, *data venia*, ao contrário do que afirma a sentença é exatamente na questão de reversão do cargo de confiança para o antigo cargo efetivo, em São Paulo, que reside o fulcro da causa. A MM. Junta deu de barato como não provada a alegação da Empresa, confundiu num só balaio este ponto com o da transferência, pura e simples, e, sem analisar a justa e pacífica interpretação dos dispositivos legais, criou toda uma doutrina de abuso do direito, dando como arbitrário e malicioso o ato da empresa. Abusiva, isto sim, foi a doutrina construída em torno dos pressupostos de fato, porque a eles inteiramente inaplicável, com endereço para outras hipóteses de transferências, segundo a teoria de alguns autores e decisões de alguns tribunais.

8. O Autor, quando transferido de São Paulo para C, passou a exercer, *sempre e desde logo*, cargo de confiança, o de Gerente Geral. Para isso fora removido em 1955. A prova é inequívoca e, a rigor, nem o próprio Autor se sente com coragem de colocar em dúvida a afirmativa. Limita-se, na sua petição inicial, em declarar (item 7) que fora *depois* designado para exercer as funções de Gerente da Filial de C.

Não houve efetivo exercício, em C., das funções do antigo cargo efetivo de São Paulo. A relação de trabalho — efetiva, real, fática — começou, desde logo, no cargo de Gerente, de confiança. Atestam-no a anotação da carteira profissional, de imediato; os salários recebidos no primeiro mês de estada em C.; os documentos assinados pelo Autor nestes primeiros momentos e, inclusive, os depoimentos de seus amigos, que se dignaram vir testemunhar a seu favor nos autos da sua reclamação.

As fls. 25 dos autos, pelo Doc. n. 4, verifica-se que o Autor fora:

“em 15.1.55 transferido para a Filial de C.”, e que”

“assumiu a 16.1.55 as funções de Gerente Geral da Filial de C.”

Trata-se de prova documental, juntada aos autos pelo próprio Autor, constante de fotocópia de sua carteira profissional, principal documento, por força de lei, para prova das condições do contrato de trabalho, ge-

rador de forte presunção *iuris tantum*, somente elidível por robusta prova, de igual índole e superior, em sentido contrário, mas nunca pelo depoimento pessoal, interessado, orientado, do próprio Autor. *Assim, a prova documental dos assentamentos da carteira profissional, trazida aos autos pelo próprio Reclamante, demonstra de forma irresponsável que o mesmo somente exerceu em C., as funções de Gerente Geral, nada mais.*

9. Por outro lado, suas próprias testemunhas, seus amigos, batem no mesmo diapasão, também de modo inequívoco. As fls. 233, informa o Autor que:

“o Dr. P. J. F. foi a primeira pessoa com quem o reclamante teve contato em C., quando de sua vinda, tendo trazido uma carta de apresentação do Dr. S. L. ao referido Dr. P.”

Pois bem, às fls. 235, *in fine*, declara esta mesma testemunha que:

“somente conheceu o reclamante como gerente geral da Filial de C.”

10. Outra testemunha, também do próprio Reclamante, Sr. A. M. L., reconhece o mesmo fato. Quando da chegada do Autor a C., encontrou ele aquela testemunha a serviço da Reclamada. As fls. 236, lê-se no depoimento testemunhal que:

“já se encontrava há um ano na reclamada, como seu funcionário, quando ocorreu a transferência do reclamante de São Paulo para C., sendo do conhecimento do depoente *que veio ele para exercer as funções de gerente da filial desta Capital, ou melhor, gerente geral.*”

Continuou a mesma testemunha que:

“todo funcionário da reclamada entendia que o reclamante foi transferido de São Paulo para C., *para exercer funções de gerente geral da filial desta Capital, o que era notório no âmbito da reclamada*” (fls. 237, *caput*).

Voltando a afirmar, categórico, que (fls. 237, 8.^a linha):

“já estando o depoente trabalhando na filial há cerca de um ano antes da transferência do reclamante para cá, *não ocupou ele outra função na filial a não ser a de gerente geral como acima declarou.*”

11. *Provado encontrar-se, pois, e à saciedade, que o Reclamante somente exerceu em C. as funções de confiança de Gerente Geral, nada mais. E está provado em documento, em depoimentos insuspeitos e pela própria notoriedade do fato.*

12. Tão tranqüilo é o valor probante da carteira profissional, o principal documento das condições do contrato de trabalho por força de lei (arts. 40 e 456, da CLT) — e para isso foi ela criada, — que nos dispensamos de citações doutrinárias e jurisprudenciais inúteis.

Lá está em *Russomano*, “Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho”, 6.^a ed., vol. III, Rio, 1963, p. 691:

“Não há dúvida de que a carteira ou o instrumento apartado — ambos provas escritas do contrato de trabalho — são mais aconselháveis, porque dirimem, antecipadamente, controvérsias possíveis, visto que os pontos principais neles ficam estipulados de modo claro.”

Como está igualmente em *Délio Maranhão*, "Direito do Trabalho", Rio, 1966, pp. 34 e 35:

"Sua prova (do contrato de trabalho), por excelência, no entanto, é a *Carteira Profissional, obrigatória*, para o exercício de qualquer profissão (art. 13, da Consolidação), emitida pelo Ministério do Trabalho, a pedido dos interessados (art. 15), e que, apresentada pelo empregado admitido, deverá ser anotada pelo empregador em 48 horas (art. 29)...". "Não se pode *contestar* a prova escrita do contrato por meio de testemunhas." (Os grifos são do próprio autor).

Gerando presunção *iuris et de iure*, como querem alguns, quando regularmente anotada contra o empregador, e relativa, *iuris tantum*, contra o empregado, em qualquer das duas hipóteses constitui o documento primordial, principal, do contrato de trabalho e suas condições. Dois exemplos jurisprudenciais, somente, neste sentido:

"Constitui a *Carteira Profissional instrumento formalizado, previsto em lei, com a finalidade de identificar o empregado e provar as principais cláusulas do contrato de trabalho*. As anotações existentes na mesma não podem deixar de prevalecer, salvo decisão judicial em contrário" (Ac. do TRT, 2.^a Proc. 1.573/66, Rel. Juiz Barreto Prado, prof. em 21/3/67, *Bonfim*, "Dicionário", ed. 1971. p. 55):

"Somente uma prova indiscutível, veemente, é capaz de elidir a forte presunção de veracidade que emana de uma anotação feita na *Carteira Profissional do empregado, em seu poder mantida, sem protesto, sem reclamação e sem impugnação, durante cerca de nove anos*" (Ac. do TRT, 1.^a Proc. 880/68, Rel. Juiz Ferreira da Costa, prof., em 11/6/68, *id.* p. 56).

Frise-se que, no caso concreto dos autos, ora *sub iudice*, a anotação foi feita em C., sob as ordens do próprio Reclamante, desde logo Gerente Geral, em cujo poder ficou a carteira profissional durante 15 (quinze) longos anos. A presunção aí nem é mais relativa, *iuris tantum*, e sim absoluta, *iuris et de iure*. Não se tratava de um simples empregado comum, e sim do próprio representante da Presidência da Reclamada, do seu mandatário, do seu Gerente Geral, a quem cabia anotar carteiras, mandar anotá-las ou tomar qualquer outra providência atinente à espécie. Mas, durante todo esse tempo foi do seu interesse manter a verdade da anotação, nunca contestada nem posta em dúvida: a de que se revestiu das funções de Gerente Geral em Belo Horizonte no seu primeiro dia de efetivo e real trabalho na Reclamada...

13. Exercendo eminente cargo de confiança, o primeiro, o mais elevado, o mais importante, da Reclamada em C., ele, o Reclamante, passou a ser a própria empresa em sua representação local. E é daí que vão decorrer todas as conseqüências, ora discutidas nos autos. Senão, vejamos.

Como se conceituam os cargos de confiança? Quais as suas características? Quais os seus poderes? Quais os seus riscos?

Já escrevíamos no nosso "Tratado Elementar de Direito do Trabalho", 2.^a ed., Rio, 1965, pp. 434/435:

"São cargos de confiança aqueles que participam dos poderes de gestão ou administração próprios do titular da empresa. Como que se colocam entre o contrato de trabalho e o mandato, obrigando a própria direção de modo direto, através de atos praticados com representação. *Os seus exercentes não possuem outro título legítimo para a sua ocupação além da livre e espontânea escolha do empregador*. Realizam atos que deveriam ser praticados pessoalmente pelos titulares do negócio daí a confiança imediata de que se revestem. Podem ser cargos de direção, de gestão, de gerência, como igualmente de guarda de valores vultosos da empresa. Permite a lei essa demissibilidade *ad nutum* devido ao fato de ficar na mão desses ocupantes de cargo de confiança o destino da própria empresa, em sentido jurídico ou material, por ato prévio do empregador".

A matéria é pacífica e unânime, dispensando-nos de um sem-número de referências iguais e monótonas. Significa isso que ninguém é obrigado a aceitar e a ocupar cargo de confiança, mas, em o fazendo, sabe que poderá ser destituído a qualquer momento, sem necessidade de qualquer motivação objetiva por parte do empregador, bastando o seu simples arbítrio. Pelos poderes de mando, pela gestão de que se acham possuídos, pelos padrões mais elevados de vencimentos, destacam-se os cargos de confiança dos demais cargos da empresa. *A sua natureza jurídica é um misto de contrato de trabalho e de mandato, mormente no caso de gerência, como dos autos, munido de instrumento próprio*. Por tudo isso, são os cargos de confiança tratados à parte pela legislação do trabalho, parando diante deles a quase totalidade dos dispositivos protetores dessa legislação — duração, estabilidade, proibição de remoção e de transferência, entre os mais importantes.

Escreve *Délio Maranhão*, "Instituições", com *Segadas e Süssekind*, vol. I, Rio, 1966, p. 342, que a importância teórica e prática da conceituação do cargo de confiança reside, exatamente, no fato de que o seu exercente

"não se beneficia da proteção legal com a mesma amplitude atribuída aos demais empregados."

14. E é exatamente dentro da conceituação por nós dada no *Tratado*, cuja 1.^a edição é de 1960, que se vem orientando a jurisprudência nacional. É necessário repisar bastante este ponto, pois é dele, preponderantemente dele, que decorrerá todo o restante da solução do caso ora *sub iudice*, a nosso ver, tão mal deslindado pela MM. Junta, que confundiu espécies jurídicas diversas, aplicando a casos singulares uma doutrina ampla, difusa e, *data venia*, sem fundamento algum.

Alguns exemplos conceituais, na jurisprudência recente:

"Diverso e inconfundível é o exercício de cargo de confiança que gera a demissibilidade *ad nutum* do empregado. A confiança a que se refere o art. 499 da CLT é aquela imediata e direta do empregador, cujo ocupante do cargo mantém com ele contato instantâneo, pela contigüidade das atribuições, com o próprio empregador, substituindo-o com amplo poder de representação.

Mister se torna que tenha capacidade de administração, de gestão e mando" (Ac. TST, 1.ª, Proc. RR 2.724/69, proferido em 24/2/70, Rel. Min. Celso Lanna, in "Em. Tr." abril de 1970, 8);

"O cargo de confiança exige complementação regular, quer dizer, mandato em forma legal para o exercício do cargo de gestão ou de administração. Cargo de confiança é aquele que participa dos poderes de gestão ou administração próprios do titular da empresa. O seu exercente realiza atos que só poderiam ser praticados pelos donos do negócio, daí a confiança imediata de que se revestem" (Ac. TRT, 8.ª, Proc. 15/71, prof. em 29/3/71, Rel. Juiz Olinto Contente, in "Em. Tr.", maio de 1971, 5);

"O cargo de confiança há de ser o que investe o empregado de funções de tal monta, que o coloca na empresa, em face do pessoal e da gestão econômica da mesma, em posição de substituir o empregador, na ampla representação dos interesses empresariais, em juízo e fora dele, e, sobretudo, no exercício do poder diretivo ou hierárquico do próprio empregador" (Ac. TRT, 5.ª, Proc. 558/66, in "Em. Tr.", abril de 1968, 5).

Todas essas características encontravam-se reunidas no cargo de Gerente Geral, ocupado pelo Reclamante: carta de gerente, mandato com representação, amplos poderes de gestão, de administração, pleno gozo da faculdade de comando inerente ao próprio empregador, em suma, como se fora o próprio Presidente da Reclamada em C. De tal modo que, no seu exercício, bem se aplica esta modelar conceituação do atual Presidente do Tribunal Superior do Trabalho:

"Cargo de confiança é aquele cujo ocupante fica investido de mandato com ampla autonomia de agir e representação integral, substituindo a pessoa do empregador, sem que este, durante o exercício daquela mesma substituição, possa normalmente ou tenha meios de impedir os atos praticados pelo substituto" (Ac. do TST, 2.ª, Proc. 6.389/54, Rel. Min. Thélío Monteiro, in "Rev. do TST", 1957, p. 119.)

15. Por ora, iremos tirar conseqüências diretas dessas conceituações no que diz respeito aos poderes que tem o empregador de destituir o ocupante de cargos de confiança, fazendo-o reverter ao cargo efetivo, anteriormente exercido na empresa. É um direito e dever ao mesmo tempo, regulado, quanto ao direito, pelo parágrafo único, do art. 468, e regido, quanto ao dever, pelo § 1.º, do art. 499, ambos da CLT.

O retorno ou a reversão do ocupante do cargo de confiança ao cargo efetivo constitui legítimo direito potestativo, é uma faculdade unilateral, imotivada, abstrata, do empregador. Como manifestação unilateral de vontade, não necessita ele de dar razões e muito menos da anuência ou da concordância do empregado. O ato se aperfeiçoa, por ser de natureza receptícia, ao chegar ao conhecimento do empregado, a quem é dirigido, que nada poderá fazer, senão cumpri-lo. Não se trata aqui do ato bilateral, nem de novação contratual; cuida-se, pura e simplesmente, de um ato de poder. Se certo ou errado, pouco importa, por isso que é da mesma

natureza da investidura do empregado no cargo de confiança. Também esta é unilateral, subjetiva, potestativa na escolha, por parte do empregador. A confiança não pode ser imposta; como igualmente não pode prosperar, uma vez perdida. Como escolhe e investe, pode também o empregador destituir e fazer reverter o empregado ao cargo efetivo. A sua natureza jurídica, de caráter potestativo, é a de um ato abstrato, independente de motivo expresso ou declarado. Não se trata de um ato causal, para que tenha validade.

Demos forte colorido ao descrever a destituição de comissionamentos em cargos de confiança, de propósito, para que não se confundam tais atos com o clássico ato subjetivo, com a simples espécie negocial, quando se está diante de um ato potestativo, no qual basta a mera manifestação de vontade de uma das partes, para que se façam sentir seus efeitos jurídicos na esfera da vontade alheia, garantidos por lei, ainda que sem o seu assentimento.

É o que se dispõe expressamente no parágrafo único, do art. 468, da CLT, *verbis*:

"Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança."

Pacífica é a doutrina a respeito, e nem poderia ser de outra maneira. Escreve o Prof. Martins Catharino, "Contrato de Emprego", Salvador, 1963, p. 452:

"Se o empregador pode despedir ou afastar o empregado do cargo de confiança, lógico também possa unilateralmente fazê-lo reverter ao cargo efetivo, ou removê-lo, mantida a relação de emprego... Em qualquer hipótese — mesmo na do art. 450, a nova situação do empregado, seja estável ou não, é essencialmente precária, sujeita a condição resolutiva meramente potestativa, porquanto o empregador não precisa apresentar as razões da ordem de retorno, que pode ser abstrata sem nenhuma influência na sua validade. Quebrada a confiança, mesmo por simples motivos (subjetivos), a ordem é lícita."

A mesma doutrina vem esposada de modo veemente pelo Ministro Russomano, "O Empregado e o Empregador no Direito Brasileiro". 4.ª ed., Rio, 1955, vol. I, p. 233 e vol. II, pp. 388/389:

"Como já dissemos, o empregado de confiança ocupa posição toda especial dentro da Consolidação, porque, como seu nome indica, ele sempre está dependendo do juízo pessoal que o empregador faça a seu respeito..."

O fato de o indivíduo ser admitido em cargo de confiança, de per si, pressupõe uma condição fundamental: a possibilidade de ser ele demitido a qualquer momento. E isso porque o motivo essencial de sua admissão, a razão de ser de sua permanência na empresa é a confiança que nele deposita o empregador. Essa confiança, porém, é um elemento inteiramente subjetivo, de modo que o empregador

pode perdê-la por fatos e circunstâncias imponderáveis, sem ter meios de provar e de justificar, em juízo, as causas de seu procedimento.

A simples suspeita, por exemplo, destrói a confiança; ... Empregado de confiança — pensamos — é aquele que tem poderes do empresário para exercer funções de superintendência e de comando administrativo ou que possa representá-lo nas relações da empresa com terceiros."

Outra não é a opinião, também categórica e firme, do Ministro Arnaldo Süssekind, "Comentários à CLT e à Legislação Complementar", vol. III, Rio, 1964, pp. 435/436:

"Sempre que o empregado estiver no exercício de função de confiança, poderá o empregador, por ato unilateral e a qualquer tempo, determinar sua reversão ao cargo efetivo, se houver. Esse retorno — estatui expressamente o parágrafo único do art. 468 — não é considerado como alteração do contrato de trabalho, incluindo-se, assim, nos limites do poder de comando da empresa... Afigura-se-nos, em face do exposto, que: a) pertence ao poder de comando do empregador a faculdade de modificar por ato unilateral, no interesse da empresa, os encargos ou serviços atribuídos ao empregado, desde que inerentes à função deste; isto é, quando correspondam à natureza dos serviços ajustados e, portanto, continuem compatíveis com a qualificação profissional resultante do contrato de trabalho. Também a dispensa do empregado do cargo que exercia em comissão (função de confiança), interinamente ou em substituição, com o conseqüente retorno à função prevista no contrato de trabalho, se inclui no âmbito do poder diretivo da empresa."

16. Aí está o que há de assente e unânime, sem que haja mais necessidade de insistir no tema quanto à doutrina. E a jurisprudência, como se tem comportado? Com a mesma segurança e com idêntica tranquilidade da doutrina, sem invocar qualquer extemporânea teoria de abuso de direito, absurda e incabível na espécie. Alguns exemplos significativos:

"É legítimo o ato do empregador que faz retornar o empregado ao cargo efetivo, com a conseqüente supressão da gratificação que vinha pagando pelo exercício transitório da função" (Ac. TST, Pleno, Proc. RR 898/61, Rel. Min. Délio Maranhão, in Bonfim, *A CLT vista pelo TST*, Rio, 1963, p. 202):

"Não constitui alteração vedada em lei, determinante da rescisão do contrato de trabalho por despedida indireta, o ato da empresa que afasta o empregado do exercício de cargo de confiança e determina sua volta ao cargo anterior efetivo" (Ac. do TRT, 3.^a, 2.^a T., Proc. 1.727/69, prof. em 29/10/69, in Bonfim, "Dic." cit., p. 52);

"Empregado que ocupa cargo de confiança, em comissão, ou seja, em caráter interino, está obrigado a obedecer ordem do empregador, para que retorne ao cargo efetivo" (Ac. do TRT, 2.^a, Proc. 3.380/66, Rel. Juiz Barreto Prado, prof. em 1/8/67, id., p. 54);

"Comissionamento em chefia e cargo de confiança, sujeito à destituição por força do poder de comando da empresa, tornando o em-

pregado à situação anterior" (Ac. do TRT, 1.^a, Proc. 199/68, prof. em 2/4/68, Rel. Juiz Sá Filho, in "Em. Tr.", agosto de 1968, 6).

Já em acórdão antigo, proclamava a 1.^a Turma, do Supremo Tribunal Federal, em decisão da lavra do Min. Luiz Galotti, no RE 18.567, in "DJU", 29/12/52, p. 5.753:

"Empregados transferidos de São Paulo para Santos a fim de exercerem cargos de confiança. Legalidade da transferência de Santos para São Paulo, uma vez cessado o comissionamento naqueles cargos. Questão de fato. Recurso extraordinário incabível."

Outros acórdãos, tranquilos e uniformes, no mesmo sentido: *A. Campaignole*, "Prática e Jurisprudência Trabalhista", 3.^a ed., São Paulo, 1969, p. 304; *B. C. Bonfim*, "Jurisprudência do Contrato de Trabalho", Rio, 1955, pp. 90/91.

17. Toda a doutrina exposta até aqui e a jurisprudência citada encontram perfeita e cabal aplicação ao caso dos autos. Destituído do cargo de confiança em C., deveria o Reclamante reassumir o seu cargo anteriormente exercido em São Paulo. Nenhuma dúvida resta, diante dos termos inequívocos da carta de fls. 31:

"Vimos, pela presente, comunicar a V.S. a decisão da Diretoria de revertê-lo, a partir de 1.^o de outubro de 1970, ao exercício das funções de Gerente do Departamento de Vendas Atacado da Filial de São Paulo, que corresponde hoje ao seu cargo efetivo anterior de Gerente de Vendas. Em conseqüência, V.S. deixará o cargo de confiança de Gerente Geral da Filial de C., garantido o seu atual salário."

Pela condição do cargo do Reclamante, demissível *ad nutum*, teria ele, por certo, de reassumir o cargo anteriormente exercido, independente da sua localização no território nacional. Trata-se, pois, de reversão ou retorno ao cargo efetivo, nada mais, vindo a transferência somente por via de conseqüência, como já se dera quando da designação e do investimento do Autor nas funções de confiança em Belo Horizonte. Não há falar em abuso de direito, diante dessa faculdade empresarial, desse direito potestativo, desse poder garantido por lei — *Neminem laedit qui suo iure utitur*.

Nada alegou a Reclamada contra a honra ou a boa reputação do Reclamante; não avançou nenhum conceito que não pudesse provar; não cometeu nenhuma falta, capaz de levar ao espírito de qualquer a insinuação de represália ou de punição. Nada. Simplesmente, no interesse da empresa, da sua reorganização, do remanejamento dos seus departamentos, achou por bem entregar ao Reclamante o novo Departamento por Atacado de São Paulo, cargo anteriormente por ele exercido e no qual se concentrava toda a atividade nacional da empresa. Apesar de o ato de reversão ser potestativo, abstrato, sem exigência de causa justa para tanto, não iria a Reclamada determinar o retorno se ele não precisasse. Afinal são dela os riscos da atividade econômica, como expressamente dispõe o art. 2.^o, da Consolidação, por isso mesmo lhe cabe também o poder de comando.

É este o ensinamento da doutrina, quer estrangeira, quer nacional. A matéria é incontroversa, por isso seremos breves. Escreve G. D'Eufemia "Le Situazioni Soggettive del Lavoratore Dipendente", Milano, 1958, pp. 82/84:

"Diferentemente do poder de conformação (do empregado), são os poderes diretivo e disciplinar que competem ao empregador, porque é ele o organizador dos fatores da produção, sobre quem cai o risco econômico, o titular dos poderes de disposição dos bens de produção da empresa e dos seus produtos... Trata-se de uma potestade ordinatória privada."

Guy Bohn, "Droit du Travail et Procédure Prud'homale", Paris, 1957, p. 240:

"O interesse da empresa pode, do mesmo modo, obrigar o empregador a modificar a orientação de sua atividade (Cass. scc. 17/11/42) ou a fazer cessá-la sem que suas faltas anteriores na gestão da empresa possam lhe ser juridicamente assacadas."

Paul Durand e R. Jaussaud, "Traité de Droit du Travail", vol. I, Paris, 1947, pp. 431/432:

"Os poderes do empregador são, em seguida, determinados pela finalidade do direito de direção. *Eles lhe são proporcionados para atingir uma boa organização do trabalho na empresa.* Legítimo neste domínio, a autoridade cessa de sê-lo fora destes limites... É ao direito de direção que convém prender então a liberdade, para o chefe de empresa, de determinar as condições de funcionamento da empresa, e a organização interior do trabalho. Este princípio foi afirmado, de maneira absoluta, pela Corte de Cassação e numerosas conseqüências são daí deduzidas. *Para ela o empregador é o único juiz das necessidades de sua empresa e das modalidades de sua organização...* No fundo, a idéia que inspira este princípio é que a organização interna da empresa constitui um problema puramente econômico, dependente a este título da competência exclusiva do chefe da empresa."

No mesmo sentido, ainda da doutrina francesa: P. Durand e A. Vitu, "Traité", cit., vol. II, Paris, 1950, p. 784; A. Brun e H. Galland, "Droit du Travail", Paris, 1958, p. 481; G. H. Camerlynck, "Contrat de Travail", Paris, 1968, pp. 174 e segs., do qual merece referido um trecho, pelo menos:

"De modo mais direto, e no próprio quadro do contrato individual, a prática, longe de consagrar, por uma concepção civilista e estática das relações de trabalho, uma posição jurídica definitiva, revela um ajustamento constante pelos próprios interessados do estatuto do assalariado em função de sua aptidão, *das necessidades do bom funcionamento da empresa ou da conjuntura econômica e social...* O empregador permanece como único juiz do ponto de saber se o assalariado desempenha, com sua inteira satisfação, as funções que lhe foram confiadas."

Na doutrina nacional, são os mesmíssimos ensinamentos encontrados,

entre outros, em M. V. Russomano, "Comentários", cit., vol. I, p. 81; O. Gomes, "Introdução ao Direito do Trabalho", Rio, 1944, p. 137.

Na jurisprudência nacional, entre muitos outros, bastam dois acórdãos, confirmadores ambos da tese doutrinária:

"Pela própria conceituação jurídica da empresa, é patente que se lhe integra no poder do comando a faculdade que tem de nortear a execução dos trabalhos para alcançar os objetivos do empreendimento. Lícito lhe é, por certo, visar os melhores resultados e o maior lucro, dentro dos superiores princípios da legalidade e do bem comum. Se, portanto, para resultados mais lisonjeiros do negócio urge alterar o sistema de trabalho em vigor, impossível fora exigir se detenha aí a ação do empregador ante semelhante dificuldade" (Ac. TRT, 2.^a, Proc. 3.191/63, Rel. Juiz Bandeira Lins, in Bonfim, "Dic", ed. 1968, p. 275);

"O poder de comando do empregador permite que ele organize a sua empresa de forma a que apresente melhor produção e que sirva a seus clientes da melhor maneira" (Ac. TRT, 2.^a, Rel. Juiz Teixeira Penteado, in C. Pires Chaves, "Jurisprudência Trabalhista", vol. I, p. 19, n. 12).

18. Acastelada numa suposta teoria de abuso de direito, a sentença da MM. Junta errou de alvo, *data venia*, utilizando-se de uma doutrina de todo inaplicável à espécie. Assim mesmo, para aplicar tal doutrina — com citação de trecho de discurso, que tanto pode ser usado para um lado como para outro... — confundiu reversão com transferência, duas hipóteses inteiramente diversas. Inverteu o ônus da prova, ainda dentro da suposta teoria do abuso, exigindo da Reclamada a prova das suas alegações (*aliás, feitas*), quando o encargo probatório cabia ao Reclamante, pois a empresa usava do seu direito de reversão, legítimo, abstrato, unilateral. Ainda mais, deixou a MM. Junta de dar como provado o que alegava o Reclamante, quanto ao exercício anterior, em Belo Horizonte, de cargo efetivo na Reclamada. Ainda mais, para concluir, nem mesmo no caso de transferência de ocupante de cargo de confiança se exige a prova da necessidade de serviço (art. 469, § 1.^o), trata-se, por igual, de um ato puramente de vontade patronal, potestativo, como veremos.*

Mas, vamos aos autos. No item 7 da sua reclamatória, limita-se o Autor a declarar que "foi depois o Reclamante designado para exercer as funções de Gerente Geral da Filial de C. (Doc. 4)". Como vimos, da análise deste Doc., fls. 25, *prova-se exatamente o contrário: o Reclamante somente exerceu cargo de confiança em C.*

Na parte expositiva da sentença, limita-se a MM. Junta a transcrever esse trecho das alegações do Reclamante, não dado como provado. Mas isso não constitui obstáculo para a MM. Junta, que vai confundir duas teses (reversão ou transferência) e deslocar inteiramente o fulcro da questão, invertendo inteiramente as teses em debate — fls. 5 da sentença:

* Pela Lei n.º 6.203, de 17 de abril de 1975, passou-se a exigir, erroneamente, necessidade de serviço para as transferências dos exercentes de cargo de confiança.

“Nesse sentido, a controvérsia acesa entre as partes quanto à natureza do ato do empregador — se transferência ou reversão a cargo efetivo — não se nos afigura como dirimência basilar para a apreciação da matéria em epígrafe; o essencial é se investigar, de conformidade com os elementos nos autos, se a ordem da reclamada se inscreveu nos limites do direito ou se os venceu, passando a ferir interesses maiores que aquela absorveriam. *Enfim, se estava a reclamada investida de efetivo interesse no retorno do reclamante, como fator indispensável ao mecanismo empresarial.*”

Neste final, grifado, *data venia*, o engano maior da MM. Junta, ainda que cometido de boa fé. Engano este que vai ser repetido, como da primeira vez, mas ainda de maneira mais flagrante, pois se refere ao dispositivo legal (art. 468, par. único) e exige, ainda nesta hipótese de simples reversão — *por ela aceita* — a prova do legítimo interesse:

“Ainda que se argumente com a disposição do art. 468, Parágrafo único, da Consolidação, não há negar que *também no seu exercício o direito limita o comportamento empresarial*, ao analisar a verdadeira utilidade para o agente na aplicação na norma legal, levando em conta fatores outros cuja soma pode sobrelevar a lei no campo do interesse social.

Destarte, a reclamada, não obstante tenha se esforçado para comprovar a presença do fator utilidade na reassunção do cargo de “Gerente de Dept.^o de Vendas “Atacado” da Filial de São Paulo, por parte do reclamante, que seria o seu cargo efetivo, não logrou convencer-nos de tal, descortinando-se na ordem respectiva o abuso de direito” (Fls. 6, da sentença).

Mais adiante ainda volta a MM. Junta a repisar o seu ponto-de-vista, data venia, errôneo, fora da boa doutrina, do mandamento legal e da jurisprudência, como o demonstramos anteriormente. Torna a misturar as teses de reversão e de transferência (arts. 468, par. único, e 469, § 1.º) e dá como exigível em ambos um legítimo interesse, quando tal não ocorre, por se tratar de empregado exercente de cargo de confiança. Em ambos os casos, trata-se de um direito potestativo empresarial. Além do mais, nada têm a ver as duas linhas do discurso inaugural de Brasília com a espécie dos autos... Vamos ao trecho da MM. Junta:

“Não basta, assim, *concessa venia*, argumentar com as disposições constantes do art. 468, Parágrafo único, da CLT ou do art. 469, § 1.º do mesmo diploma, pois “o fim social é um elemento móvel que permite aos tribunais a adequação da norma a uma gama multiforme de casos, buscando sempre a solução justa que nela se encastoa.” (Discurso do Ministro Arnaldo Süssekind, Vice-Presidente do TST na inauguração da Sala de Imprensa). Por conseguinte, num e noutro caso, *reversão ou transferência*, não é dado ao empregador exercer a *faculdade legal* sem deixar evidenciado o interesse legítimo que animaria aquele exercício, “traduzido na utilidade para o agente”; que “é a razão de ser do ato lícito e a sua causa justificativa” (*Jorge Americano, “Do Abuso de Direito no Exercício da Demanda”, p. 43*),

nem também em detrimento dos direitos de empregado consubstanciados nos vínculos de ordem familiar e pessoal, sedimentados ao longo de 15 anos de permanência nesta cidade, que a *reversão*, com o deslocamento do autor e sua família para São Paulo, ou a transferência, importariam.”

Em ambas as hipóteses dos dois permissivos legais — arts. 468, parágrafo único e 469, § 1.º — trata-se de ato unilateral, potestativo, *faculdade* (na expressão da própria MM. Junta...), de ato abstrato, e não de ato causal, que exija causa legítima, expressa e provada. Daí, *concessa venia*, repetimos, o engano da *r. sentença, que merece reforma, pois se estriba em fundamento falso. Que diz o art. 8.º, da Consolidação? O seguinte:*

“As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão...”

No caso sub iudice, temos os dois: disposições legais expressas (arts. 468, par. único e 469, § 1.º), que autorizam o ato praticado pela Reclamada, sem mais; e disposições contratuais, exercício de cargo de confiança, inequívoco, inteiro, completo, cabal, pelo Reclamante.

As disposições legais aplicáveis à espécie atribuem uma particular *faculdade* ao empresário, no caso de exercente típico de cargo de confiança, autorizando-o à destituição do ocupante de tal função, fazendo-o reverter ao cargo efetivo, de onde veio, seja lá onde for. E não há aqui como falar em abuso de direito.

Baseado em *L. Josserand e E. H. Perreau*, outra não é a opinião do grande mestre francês, *Georges Ripert*, “La Règle Morale dans les Obligations Civiles”, Paris, 1925, pp. 168/169:

“Vamos então descobrir toda uma categoria de direitos aos quais não se poderá aplicar a idéia do abuso. São os direitos, aos quais a lei concede o exercício arbitrário. Este arbítrio é necessário, porque o titular é o único juiz do dever que lhe incumbe... Ora, há motivos que são de tal maneira pessoais, que nenhuma apreciação é possível. Estes direitos arbitrários são raros; entretanto, existem.”

Esse direitos são exatamente os chamados *direitos de poder* ou potestativos. *Josserand*, exatamente o campeão da teoria do abuso de direito, chama-os de *direitos não causados*, e os exclui da aplicação da sua célebre teoria, “De L’Esprit des Droits et de leur Relativité”, Paris, 1939, p. 416:

“Existem, se bem que se tenha por vezes duvidado, *direitos não causados*, pelo menos em sua realização, em sua utilização, porque, não é necessário dizer, sua instituição mesma explica sempre por motivos aos quais o legislador foi sensível e fora dos quais sua existência se tornaria incompreensível. *Uma vez concedidos estes direitos podem ser exercidos nas condições e para quaisquer fins sem que seu titular seja obrigado a alegar os motivos que o fazem agir e sem que sua responsabilidade possa jamais ser empenhada nesta ocasião; a implacável máxima feci sed iure feci torna-se então a expressão de uma verdade jurídica. Existe assim um certo número de direitos*

abstratos, de prerrogativas peremptórias e soberanas que cobrem indiferentemente sob seu amplo pavilhão os atos inspirados por motivos louváveis e os que são realizados com um pensamento malicioso, tendo em vista prejudicar alguém.”

Eis aí a verdadeira doutrina do confronto do abuso de direito com os direitos potestativos, de cuja natureza são os arts. 468, parágrafo único, e 469, § 1.º, da Consolidação. O intuito da Reclamada não foi de prejudicar quem quer que seja, tanto assim que se demorou em correspondência com o Reclamante, oferecendo-lhe um sem-número de soluções na sua reversão (ou transferência), inclusive mantendo-lhe o prestígio e os vencimentos dentro da empresa. *Somente, ao fim de todas as tentativas suasórias, é que se viu obrigada a lançar mão, pura e simplesmente, dos poderes que lhe são conferidos pelos dispositivos legais referidos.*

19. Por outro lado, ainda — já que a MM. Junta uniu num só fundamento e numa só justificativa as duas hipóteses legais, — também poderia a Reclamada ter-se utilizado do disposto no § 1.º, do art. 469, da Consolidação. Também aqui, por se tratar de exercente do cargo de confiança, que iria exercer em São Paulo outro cargo de confiança, qual seja o de Diretor de empresa do grupo, poderia *transferência* ser levada a efeito, sem prova de necessidade de serviço, sem que se lhe possa aplicar a teoria dita do abuso de direito.

A doutrina nacional é unânime em separar as diferentes hipóteses (são três) do § 1.º, do art. 469: exercentes de cargo de confiança, existência de cláusula explícita ou implícita no contrato de trabalho, autorizando a transferência. *Délio Maranhão*, tão rigoroso, é bem claro — “Direito do Trabalho”, cit., p. 182:

“Esta proibição legal não se aplica aos empregados que exerçam cargo de confiança, ou cujos contratos, expressa ou implicitamente, permitirem a transferência (§ 1.º do artigo citado)... Ainda que fundada em cláusula contratual, expressa ou tácita, a transferência supõe, sempre, uma *real* necessidade de serviço. A cláusula faz presumi-la. Mas ao empregado é facultado provar, se for o caso, que o ato foi *abusivo, anulando-o* judicialmente.” (O grifo é do autor).

A mesma opinião, do mesmo autor, encontra-se nas “Instituições”, cit., vol. II, p. 84.

O Ministro *Arnaldo Süssekind*, invocado na r. sentença, é categórico, sem meias medidas, chegando até a veemência, “Comentários”, cit., pp. 454/455:

“A regra proibitiva da transferência do local de trabalho, por ato unilateral do empregador, não se aplica aos “empregados que exercerem cargos de confiança” (§ 1.º do art. 469). O empregado não é obrigado a aceitar um cargo de direção, de representação da empresa ou cujo desempenho exija uma confiança incomum. Se o aceita, entretanto, sujeita-se à condição de transferibilidade, que se justifica pela necessidade que tem o empregador de poder contar, sem restrições, quanto ao local de trabalho, com a ação dos que exercem

funções da sua imediata confiança... A faculdade conferida ao empregador pelo § 1.º do art. 469 concerne, não só ao momento em que o empregado é designado para a função de confiança, como todo o tempo em que permanecer no exercício do respectivo cargo. Entendemos, ainda, que, sendo o empregado dispensado da função de confiança, cumpre ao empregador fazê-lo retornar ao local onde exercia o cargo efetivo, salvo se convier a ambas as partes que os serviços atinentes a esse cargo passem a ser prestados na localidade para a qual fora o trabalhador transferido. A reversão ao cargo efetivo, após o desempenho de função de confiança, não constitui, como assinalamos, alteração unilateral do contrato de trabalho; mas o empregado pode exigir esse retorno, a fim de que preste os serviços para os quais fora contratado na localidade referida no contrato.”

Perfeito, sem deixar resto... Esta, sim, *concessa venia*, seria a fundamentação e a razão de decidir da r. sentença da MM. Junta. Neste trecho é que mereceria o Min. Süssekind ter vindo citado no corpo da r. sentença, e não num tropo de discurso, excessivamente amplo e geral, afirmativo de uma verdade por todos sabida.

Entre as várias espécies jurisprudenciais citadas pelo Ministro em apoio da sua opinião — do Supremo Tribunal, do Tribunal Superior e do Tribunal Regional, — merecem destaque dois acórdãos, um do primeiro, outro do segundo tribunal. O primeiro já foi por nós referido na sua ementa. Trata-se do acórdão do Min. Luiz Gallotti no RE 18.567, mas merecem citados os fundamentos decisórios:

“Os recorrentes invocam o art. 469 da Consolidação, que veda a transferência sem anuência do empregado. Mas o § 1.º desse mesmo artigo declara não compreendidos na proibição os empregados que exercerem cargos de confiança e aqueles cujos contratos tenham como condição, implícita ou explícita, a transferência. E o parágrafo único do art. 468 dispõe que não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o empregado reverta ao cargo efetivo, ao deixar o exercício da função de confiança.”

E o acórdão da lavra do saudoso Min. Oscar Saraiva:

Não faz jus o empregado, ainda que estável, à ocupação efetiva de cargo de chefia, no qual fora comissionado, podendo, nesse caso, sem obstáculo da lei, ser ordenada sua volta ao cargo anterior e ao local onde este último era exercido” (Ac. do TST, 2.ª, RR 2.386/57, Rel. Min. Oscar Saraiva, in “Rev. do TST”, 1960, p. 65).

Esta, exatamente esta, a hipótese dos autos, na qual não há falar em abuso de direito nem quejandos, já que se trata de um direito constitutivo, na terminologia alemã; de um direito potestativo, na terminologia italiana ou de um direito de poder, na terminologia francesa: imotivado, não causado, abstrato.

Mas, ainda nos casos de transferência por existência de cláusula explícita ou implícita no contrato de trabalho do empregado, revela-se severa a jurisprudência quanto ao ônus de prova do alegado abuso de direito. As exceções do § 1.º, do art. 469 — cláusulas explícita ou implícita — inver-

tem o ônus da prova, criando uma forte presunção, *iuris tantum*, a favor da empresa. Algumas espécies jurisprudenciais:

“Transferindo em caráter definitivo de local de trabalho, o reclamante deu por rescindido seu contrato, sendo a ação acolhida nas instâncias ordinárias. Revista provida. *Estando contratualmente prevista a transferência, somente provado o empregado a malícia do ato ou os seus prejuízos irreparáveis decorrentes é que se poderia exigir prova da necessidade da medida*” (Ac. do TST, 3.^a, E 3.481/67, Rel. Min. Charles Moritz, prof. em 12/12/67, in “Em. Tr.”, nov. 1968, 39);

“Apreciando recurso envolvendo cláusula expressa de transferência, entendeu o acórdão embargado indispensável a prova da necessidade de serviço. — Embargos providos. Existindo cláusula contratual de transferência, a necessidade de serviço se presume, cabendo ao empregado provar o abuso do direito. Se no caso da existência de cláusula contratual somente se legitimasse a transferência do empregado com a prova feita pelo empregador, na Justiça, na necessidade de serviço, não teria sentido destacar a lei essa hipótese, e dizer que, inexistindo a cláusula, ainda assim a transferência se tornara possível havendo necessidade de serviço. Daria tudo no mesmo. E é regra elementar de hermenêutica que a interpretação que conduz ao ilogismo é de ser desprezada” (Ac. do TST, Pleno, E 789/66, prof. em 8/11/67, Rel. Min. Délio Maranhão, in “Em. Tr.”, junho de 1968, 39);

“Só a transferência por necessidade de serviço dá direito ao adicional de 25% do art. 470 da CLT. Sendo, como foi, a transferência por condição implícita, presume-se legítima, por *presuntio iuris tantum*, a qual não foi destruída pelo empregado, que não alegou, nem provou, abuso de direito” (Ac. do TST, Pleno, E 1248/68, prof. em 11/12/69, Rel. Min. Amaro Barreto, in “Em. Tr.”, março de 1970, 40);

Porque implícita a cláusula de transferibilidade do bancário, no seu contrato laboral, quando não explícita como *in casu*, lícita é a sua transferência para outra agência dentro do território nacional” (Ac. do TRT, 3.^a 2.^a T., Proc. 541/70, prof. em 24/6/70, in “Em. Tr.”, jan. 1971, 38).

Note-se que, ainda mesmo nas hipóteses menores de existência de cláusula explícita ou implícita de transferibilidade no contrato de trabalho, *presume-se sempre válida e lícita a transferência do empregado, cabendo o ônus da prova do ato malicioso ou abusivo — cumpridamente, exaustivamente, completamente — ao empregado, que o alega.*

No caso dos autos, no entanto, trata-se de transferência de empregado exercente de cargo de confiança, de transferência por via de consequência, por haver deixado de exercer cargo ou função de gerência. Aqui não se exige qualquer prova de necessidade de serviço, constituindo-se numa presunção absoluta a favor da empresa, *iuris et de iure*, dada a natureza do cargo exercido. Tudo isso ficou exuberantemente demonstrado em parágrafos anteriores, na doutrina, na legislação e na jurisprudência.

Nada mais a acrescentar, para que fique patente a necessidade — esta, sim — da reforma da r. sentença da MM. Junta.

20. Outra matéria, data venia, constante da r. sentença e que não encontra apoio na lei, nem em nenhum fundamento jurídico, é o atinente à incorporação aos vencimentos do Reclamante de sua possível e alegada administração na construção do novo edifício da Reclamada em C. Nenhum pagamento extraordinário lhe é devido pelas razões que a seguir serão alinhadas:

a) “Primeiramente, convém acentuar que não é exato se devesse à “administração do Reclamante”, como se diz no item 10 da inicial (fls. 4), a “incorporação e construção do majestoso Edifício R.” Antes, ao contrário, pela própria envergadura do empreendimento, teria que extrapolar dos lindes de uma “Administração Regional”, para situar-se na área da “Administração Central”. De igual modo, não é certo que o Reclamante dirigiu e supervisionou toda a construção (fls. 5, item 3). Todo o trabalho ficou a cargo da Direção Geral, por cujas verbas correram as respectivas despesas. “A escrita da Filial não registra a respeito da obra.”

Foi isto alegado na defesa da Reclamada e provado nos autos. Além do mais é o próprio Reclamante quem o confessa em sua petição inicial (item 8):

“Ao desempenho dessa árdua função, entregou-se de corpo e alma, procurando desenvolver os negócios da Empresa e aumentar sua clientela, obedecendo sempre e rigorosamente às instruções recebidas da Direção Geral.”

Referia-se o Reclamante ao desempenho das funções de Gerente Geral, dentro das quais, como é óbvio, encontra-se qualquer cometimento de interesses da empresa.

b) Em segundo lugar, nada lhe é devido, porque é este exatamente o encargo de Gerente Geral, que substitui na localidade a pessoa do próprio Presidente da empresa; faz-lhe as vezes, é como se ele fora. O mandato gerencial é o mais amplo possível, abrangendo tudo que diga respeito ao bom desempenho da função. Por isso mesmo, citamos nos itens 13 e 14 os conceitos de cargos de confiança, nos quais esta amplitude de representação e de gestão de negócio estão contidos. Contudo, não virão de mais alguns outros exemplos:

“Cargo de confiança conceitua-se como aquele em que toca substancial participação de seu titular nos destinos da empresa, em funções cuja substitutividade ao poder diretivo do empregador é imediata e ampla” (Ac. TRT, 3.^a, Proc. 2.002/67, prof. em 9/2/68, Rel. Juiz Ribeiro Vilhena, in *Bonfim*, “Dic.”, 1971, p. 51);

“Caracteriza-se como cargo de confiança o que é exercido mediante mandato e que, pela multiplicidade, variedade e responsabilidade de funções e percepção de melhores salários, indica a ação em nome da empresa” (Ac. do TRT, 3.^a, Proc. 128/68, prof. em 24/2/69 Rel. Juiz Freitas Lustosa, in, “ib.”);

“Via de regra, pela complexidade e extensão de suas atividades,

não pode a empresa, quer pessoa física quer jurídica, deter diretamente todo o poder de mando. Daí, surgirem auxiliares que *passam a representar integralmente o empregador*, substituindo-o como titular do poder diretivo, “sem que este, durante o exercício daquela mesma substituição, possa normalmente ou tenha meios de impedir os atos praticados pelo substituto” (Dorval de Lacerda, *apud* J. Antero de Carvalho, *Cargos de Direção no Direito do Trabalho*). Tais auxiliares detem a confiança que caracteriza o cargo cogitado na lei” (Ac. do TRT, 2.^a, Proc. 4.015/66, prof. em 9/5/67, *id.*, p. 52).

c) Logo, em terceiro lugar, indevido é qualquer pagamento, pois as tarefas amplas desenvolvidas pelo Gerente já se acham pagas, globalmente, dentro dos altos salários que percebe. Não se confunde o Gerente Geral com qualquer outro empregado ou locador de serviços da empresa. O seu conceito é o mais amplo possível; remunerado se encontra ele para qualquer tarefa dentro do âmbito geral da sua representação. É esta a lição tranqüila dos tratadistas:

C. Vivante, “Trattato di Diritto Commerciale”, vol. I, Torino, 1893, pp. 256/257:

“O gerente é o representante permanente e geral de um comerciante, preposto para o exercício de um comércio especial em lugar determinado. Distinguem-no dos outros representantes: a) a ampla esfera de sua representação; b) a estabilidade da sua residência e do seu escritório. Substituí o dono do negócio no comércio do qual é preposto, tratando e concluindo os negócios pertencentes à empresa que lhe é confiada”... “O mandato geral não compreende unicamente os negócios ordinários do comércio confiado ao gerente, mas também todos os excepcionais que a ocasião oferece; não só os negócios necessários ao exercício do mesmo, mas também aqueles úteis ou oportunos; não só os negócios que constituem o objeto específico da indústria, como a faculdade de outorgar procurações para negócios particulares.”

No mesmo sentido: E. Vidari, “Corso di Diritto Commerciale”, vol. IV, Milano, 1890, p. 309; C. Baldi, “Manuale Pratico di Diritto Commerciale”, Torino, 1914, p. 515; e A. Rocco, “Princípios de Direito Comercial”, trad. de Moncada, São Paulo, 1931, pp. 332/347, que merece citado:

“Como representante, a figura jurídica do gerente é bastante original. Ele é representante geral. Ou, por outros termos: a representação do gerente tem uma amplitude especial, bastante particular, *devida à natureza também “sui generis” do encargo que lhe é confiado*. Se ele tem o encargo de exercer o comércio por conta do dono dos negócios, ou patrão, é natural que se ache autorizado a praticar todos os atos que são indispensáveis a esse exercício e que, portanto, a sua faculdade de representar aquele se estenda também a todos os atos necessários para o fim para que foi escolhido.”

O gerente é, afinal de contas, a própria pessoa do proprietário ou do titular da empresa; são os seus olhos, as suas mãos, a sua cabeça, agindo em seu nome, sendo para isso já, globalmente, remunerado, não por peça,

tarefa, comissões ou empreitada, mas pelo conjunto da atividade e dos encargos, comutativamente, e não operação por operação, *Zug um Zug, donnant donnant*, como dizem os alemães e os franceses. Sendo o salário por unidade de tempo, subentende-se que, dentro e durante sua execução, no conjunto de suas atividades (amplíssimas), já se encontra remunerada a totalidade dessas atividades, por isso mais altos são seus vencimentos e ilimitada (dentro do direito) a sua representação.

d) Em quarto lugar, nada tem a ver o art. 460, referido na inicial e implicitamente aceito pela r. sentença, com o arbitramento ou a fixação de vencimentos do Reclamante. Já vai longo este parecer, para que percam tempo com matéria tão elementar. Por ser comumente verbal e tácito o contrato de trabalho, na maioria dos casos da mão-de-obra não-qualificada, houve por bem o legislador brasileiro fazer constar do texto consolidado aquele dispositivo, à maneira do direito francês. Todos os comentaristas da Consolidação censuram tal dispositivo, como inútil, confuso e redundante. A sua matéria já se encontrava nos arts. 442, 444, 447 e 461. *A sua razão de ser, contudo, é para os casos em que, na celebração do contrato, por dever ser este oneroso, tenham as partes, de boa ou de má fé, deixado de fixar o “quantum” salarial*. O Código Civil francês, do começo do século XIX, dava como verdadeira, nestes casos, unicamente a palavra do patrão... Daí, a necessidade do dispositivo, nada mais.

Basta o comentário de um tratadista, o Prof. Orlando Gomes “O Salário no Direito Brasileiro”, Rio, 1947, pp. 81/82:

“Refere-se a lei à falta de estipulação do salário. Deve-se entender de estipulação quanto à taxa do salário. O contrato de trabalho é substancialmente oneroso; conseqüentemente, não pode deixar de haver estipulação de salário. Em muitos casos não haverá ajuste expresso. Presume-se, porém, que o salário foi estipulado. Houve, então, ajuste tácito. Com efeito, não se pode compreender relação de emprego sem remuneração do trabalhador. Assim, o salário é sempre estipulado ao menos por presunção. O que pode deixar de ser estipulado, como sucede em alguns casos, é o valor, a importância, o *quantum* exato do salário. Para esta falha é que o legislador ofereceu a solução contida neste artigo.”

Eis aí, nada mais claro. O dispositivo foi elaborado para a falta de estipulação de salário, na celebração do contrato, nos casos excepcionais de trabalhadores analfabetos, não-qualificados, braçais ou manuais. Mas nunca para o caso de um contrato em plena vigência com um gerente, alto empregado, gozando de toda a confiança da empresa, podendo, a qualquer momento — numa prestação de serviço longa e demorada — pleitear o que julgava ser do seu direito. Tais salários não lhe eram devidos, porque se encontrava a tarefa prestada — *se realmente prestada* — dentro das suas atribuições, segundo instruções vindas da Matriz. Já se encontrava o Reclamante remunerado por tudo que fazia em favor da empresa, como sua obrigação geral.

e) Mas, *ad argumentandum*, em quinto lugar, diante da insistência do seu petitório e da sentença a seu favor, só há um caminho para a

Reclamada — declarar prescrito qualquer direito a reclamar tais vencimentos, substancialmente, contudo, indevidos. Mas, só para argumentar.

Escreve o Reclamante nos itens 13 e 14 da sua inicial:

“Embora não fosse das suas atribuições contratuais, nem objeto do ramo a que dedica a Reclamante, o Reclamante dirigiu e supervisionou... Por esse trabalho estranho ao seu contrato que deve ser remunerado...”

Confessa-se aí uma novação contratual objetiva do contrato de trabalho anterior existente entre o Reclamante e a Reclamada. Em linguagem corriqueira de legislação do trabalho, confessa-se aí uma alteração unilateral do pacto, a partir do momento em que tais serviços passaram a ser exigidos ao Reclamante. Houve, assim, pelo próprio Reclamante alegado, uma alteração positiva, direta e objetiva nas suas condições contratuais. E isto há muito mais de 2 (dois) anos; logo, já prescreveu o seu direito de reclamar contra tal alteração ou novação contratual. A doutrina e a jurisprudência são pacíficas a respeito do assunto. Não se trata de cobrança periódica de parcelas salariais, sucessivas; trata-se de uma mudança instantânea, novatória, das suas funções, alterando-lhe o contrato. Prescreveu, assim, o seu direito de impugnar a novação ou a alteração unilateral.

Basta a jurisprudência pátria. Alguns exemplos:

“Se o ato do empregador constitui ato único, positivo, e direito de alteração do contrato, cumprido pelo trabalhador, o direito à ação prescreve após dois anos de inércia do titular do direito subjetivo ferido, na forma do art. 11 da CLT. A prescrição sucessiva apenas se verifica naqueles casos em que a violação do direito do trabalhador é reiterada e periódica, como na hipótese prevista no art. 119, também da Consolidação, relativamente a diferenças de salário mínimo” (Ac. do TST, Pleno, E-AI 1.117/69, prof. em 12/2/70, Rel. Min. V. Russomano, in “Em. Tr.”, fev. 1971, 23);

“Ocorrendo a prescrição do direito de ação por decurso de mais de dois anos entre o ato que teria causado lesão e o ajuizamento da ação, bem denegada foi a subida da revista.” — Embargos rejeitados. *Tratando-se de ato positivo, no terreno da livre contratualidade, corre a prescrição, no curso do contrato, a partir do ato violador*” (Ac. do TST, Pleno, E-AI 1.019/67, prof. em 26/2/69, Rel. Min. Délio Maranhão, in *Bonfim*, “Dic.”, 1971, p. 253);

Tratando-se de alteração contratual, a prescrição atinge o direito, e não apenas as conseqüências de seu não cumprimento. Quando prevalecer o interesse individual, porque o direito resulta do contrato, e o seu reconhecimento depender, assim, do exercício da ação judicial, a violação, em si mesma, é atingida pela prescrição, consolidando-se o ato ilegal pela inércia do titular do direito (alteração unilateral das condições de trabalho, de origem contratual) (Ac. do TST, 2.^a, RR 702/68, prof. em 26/6/68, Rel. Min. Raimundo Moura, in *Bonfim*, “cit.”, p. 253);

“Contra ato positivo violador de direito corre prescrição, se o interessado não se insurgir dentro do biênio” (Ac. do TST, Pleno, F

3.863/67, prof. em 2/10/69, Rel. Min. Rodrigues Amorim, “id.”, p. 256);

“O adicional-periculosidade vinha sendo pago por força de contrato, e não de lei, como reconhece o autor. Se era confessadamente contratual e foi suprimido em 10/5/65, evidente é que houve aí uma alteração contratual supressiva de vantagem condicional, prescrevendo a ação de restauração em 10/5/67. Só mais tarde, já prescrita, foi ajuizada esta ação. E a prescrição é total, porque se trata de direito individual de contrato, sem mescla com qualquer interesse público” (Ac. do TRT, 1.^a, Proc. 1.278/68, prof. em 6/8/68, Rel. Juiz Amaro Barreto, *id. ib.*).

E poderíamos ficar aqui e citar numerosos outros exemplos, sempre no mesmo sentido — não há como confundir prescrição do ato violador de um alegado direito, ato este positivo, de alteração de condições contratuais ou de atribuições, ou de funções, com as suas conseqüências salariais. E no caso, nem estas existem, porque é exatamente contra a sua falta que reclama o Autor. O seu alegado direito — sempre “*gratia argumentandi*” — passou a ser violado, de seu pleno conhecimento, desde o primeiro dia em que a Reclamada teria exigido aquelas tarefas alheias ao seu contrato, como alega na sua própria inicial... A novação ou a alteração deu-se naquele instante; a prescrição foi total e irremediável. Ainda outros decisórios, de idêntico teor: Ac. TST, 2.^a, RR 1.068/69, Min. Raimundo Moura, Bonfim, 71, p. 256; Ac. TST, 3.^a, RR 1.835/67, Min. Délio Maranhão, in “Em. Tr.”, in *Bonfim*, 71, p. 253. Limitamo-nos a decisões recentes, pois nos seria fácil encher páginas com ementas jurisprudenciais, sempre do mesmo teor, pois tal costume judiciário já é antigo e reiterativo.

O Autor nunca reclamou o pagamento dos supostos salários, que lhe eram devidos, porque ninguém mais do que ele próprio sabia, durante todos esses longos anos, desde o início da construção do edifício, que nada, realmente nada, lhe era devido. Só agora, para o aumento do bolo indenizatório, houve por bem apelar para este possível pagamento esdrúxulo e inédito entre nós.

21. Chegamos, finalmente, ao automóvel fornecido ao Reclamante para sua representação, tido, agora, como parcela salarial *in natura*. Pelo que ressalta dos autos e do que ficou provado, o veículo não constituía propriamente salário utilidade, mas sim simples verba de representação do próprio cargo, tanto assim que não se cingia ao tempo de serviço, nem às tarefas do seu trabalho, estritamente considerado. Ficava à sua disposição, ainda fora das horas de expediente, pelo que significava para a Reclamada, vendedora de automóveis, ter um Gerente Geral despossuído de transporte próprio, constitutivo dos carros de sua linha de venda.

Por isso, nem sempre pode o automóvel ser considerado como salário *in natura*. Ele era proporcionado ao Reclamante como instrumento indispensável ao bom desempenho de suas funções, inerente, este instrumento, ao cargo de confiança exercido pelo Autor. Tanto assim que, tão importante para a empresa era a boa representação social do seu Gerente, que

foi ele eleito Diretor do Clube dos Diretores Lojistas de C. conforme Doc. 28, constante dos autos.

Não constituirá nenhum absurdo — na hipótese — ter-se o automóvel como “uma condição para a prestação do serviço”, incluída na exceção do parágrafo único, do art. 458, na análise que do dispositivo faz o Prof. Orlando Gomes, *Salário*, cit., p. 64. O exemplo que oferece esse Professor pode ser, *mutatis mutandis*, aplicado ao caso especialíssimo do Gerente Geral da empresa, cujo local de trabalho, como acontece com o próprio titular da empresa, é a cidade toda, são as suas relações, é o seu prestígio, é a sua aparência, são os seus contatos, e assim por diante. As suas relações comerciais chegam até onde chega a sua personalidade...

22. Por sua conta e risco, deu o Reclamante como rescindido o seu contrato de trabalho, baseado em alíneas do art. 483, da Consolidação das Leis do Trabalho, vindo a pleitear os seus supostos direitos à Justiça do Trabalho. Diante do fato consumado, quando tão boas condições lhe foram oferecidas para a reversão ao seu cargo efetivo, não há como deixar de lamentar o caminho tomado pelo Autor. Mas, a despeito de tudo, não há também como apegar-se a Justiça à ultra-desmoralizada *jurisprudência sentimental do Juiz Magneaud*, que tão má reputação já acarretou — e ainda acarreta, às vezes — a essa Justiça especializada. Não há como confundir justiça com sentimentalismo.

Não poderiam ter sido mais elevados, cordiais, nem cortesios os termos da carta de fls. 36 dos autos, verdadeiro exemplo de aula de como manter boas relações humanas entre empregador e empregado. Salientava-se nela que a Reclamada houvera por bem decidido a *reversão* do Reclamante ao seu cargo em São Paulo, mas,

“sem que dessa deliberação lhe resulte o *mais leve prejuízo moral ou econômico*. Reiteramos, pois, os termos de nossa carta de 10 de setembro de 1970, pela qual dissemos que, além de correrem por nossa conta as despesas de mudança, com a família, para São Paulo, *lhe seriam também assegurados no cargo efetivo todos os direitos e vantagens* de que V. S., desfrutava no exercício de função de confiança, *como salário, gratificações, despesas de representação e transporte próprio*.”

Podendo usar de um direito líquido e certo, imotivado, abstrato e não causado, ainda assim ia a Reclamada além, muito além do permissivo legal, não esquecendo o lado humano de uma relação que pudera ter sido rigidamente legal e formal. Dava um generoso exemplo, ao contrário do que se afirma na r. sentença da MM. Junta, de boa fé, de rara boa vontade, estendendo a mão ao seu antigo colaborador, sem lhe assacar uma acusação, sem rebaixá-lo nem humilhá-lo de qualquer forma. Demonstrava intuítos conciliatórios, no espírito da atual política social do Governo, de colaboração de classes, e não de luta nem de conflito, no melhor estilo dos princípios gerais do Direito do Trabalho. Mas tudo em vão, infelizmente.

23. *Pelo visto, concluindo, não hesitamos opinar pela reforma da r. sentença da MM. Junta, que, data venia, apreciou mal a espécie que lhe*

foi submetida. Criou doutrina inaplicável aos fatos, provados pela Reclamada, embora invertendo o ônus da prova. Aplicou-lhes direito inadequado, emprestando aos dispositivos legais invocados uma hermenêutica contrária à doutrina, à sua literalidade, ao seu espírito e à jurisprudência, como demonstramos ao longo destas páginas.

Agiu a Reclamada no mais absoluto cumprimento desses dispositivos (arts. 468, par. único e 469, § 1.º), mas indo além de sua letra fria, penetrando-os de um forte conteúdo moral e humano, que não possuem. *Por isso mesmo, não se caracterizou nenhuma das hipóteses invocadas das alíneas a, b e d, do art. 483, da Consolidação das Leis do Trabalho, capaz de ensejar a alegada despedida indireta por parte do Reclamante. Improcedente, absolutamente improcedente, a sua reclamação, nada mais.*

É este o nosso parecer, *sub censura*.

Rio de Janeiro, 4 de agosto de 1971.

CAPÍTULO IV

DIRETOR DE SOCIEDADE ANÔNIMA

Antigo empregado — Sociedade anônima do tipo clânico ou doméstico — Conselho consultivo — Equiparação salarial

CONSULTA

A. C. M. ingressou na S. A. R. C. I., em 1927, na condição de simples empregado, tendo sido, em 1953 e 1959, sucessivamente, eleito sub-diretor e diretor pela Assembléia Geral de Acionistas.

A título de remuneração percebia o Consulente, antes de ser sub-diretor, um salário fixo mensal, uma gratificação junina, equivalente a um mês de salário, e uma participação de 2,5% sobre os lucros, participação que ultimamente, em 1967, era de 5,5%.

Em setembro de 1967, o Consulente foi destituído da função de diretor pela Assembléia Geral Extraordinária, tendo sido, nessa mesma oportunidade, eleito para exercer o cargo de Conselheiro do Conselho Consultivo, órgão criado no mesmo ensejo, mediante reforma estatutária, a respeito do qual o estatuto social assim passou a dispor:

“Art. 24 — O Conselho Consultivo será composto de no máximo 9 e no mínimo 5 membros, acionistas ou não, natos ou eleitos anualmente pela Assembléia Geral, podendo ser reeleitos.

Par. Único — A remuneração dos membros do Conselho Consultivo será fixada pela Assembléia Geral que os elegeu.

Art. 25 — Dentre os membros do Conselho Consultivo, um será eleito com a designação de Presidente, e os demais exercerão as suas funções sob a designação de Conselheiro.

Art. 26 — O Conselho Consultivo opinará sobre todas as questões que lhe sejam submetidas pela Diretoria.

Art. 27 — Dos trabalhos do Conselho Consultivo será lavrada ata no livro próprio.

Embora protestando, passou o Consulente a servir no Conselho Consultivo, percebendo o mesmo salário fixo que percebia quando diretor e mais Cr\$ 100,00 por mês, ficando dispensando de quaisquer outras atividades na Empresa, a qual, porém, a partir de 1969, deixou de lhe pagar a gratificação junina, a participação salarial nos lucros e férias.

Mais tarde, em 1969, três outros antigos empregados, também eleitos diretores, foram destituídos da diretoria, e mandados servir no Conselho Consultivo onde continuaram ganhando o mesmo que percebiam como membro da direção, vale dizer Cr\$ 4.809,00, Cr\$ 7.000,00 e Cr\$ 11.000,00

e mais Cr\$ 100,00 cada um, mensalmente, dispensados, por igual, de quaisquer outras atividades.

Logo em 1969, solicitou o Consulente equiparação ao salário do Conselheiro T. R., pois sendo idênticas as funções por eles exercidas, não poderia haver disparidades salariais entre eles, pretensão esta que lhe foi recusada por carta de 31 de julho de 1969.

Sentindo-se prejudicado o Consulente, depois de muito apelar em vão, formulou uma reclamação perante a MM. 1.^a JCJ de B., pleiteando equiparação e a restauração do pagamento da gratificação junina, da participação percentual nos lucros e das férias e como a sua atitude não tivesse motivado a empresa para uma solução suasória, dias após, pediu fosse declarado rescindido o seu contrato de trabalho por despedida indireta, com o pagamento de indenização de antiguidade em dobro, distribuída a nova reclamação, por conexão e prevenção, à mesma Junta (doc. 1 e 2, petições iniciais).

Citada, defendeu-se a Sociedade (doc. 3) e encerrada a instrução e oferecidas as razões finais (doc. 4), proferida foi a decisão (doc. 5), julgando a reclamação improcedente, por entender o respeitável decisório que a função de Conselheiro do Conselho Consultivo, exercida pelo Consulente, importa no exercício de função de DIRETORIA, estando, por isso, suspenso ou interrompido o seu contrato de trabalho, pelo que não pode ele, até o término do seu mandato anual, exigir nenhum dos seus direitos trabalhistas (equiparação, gratificação junina, percentagem nos lucros e férias), sendo de se negar em qualquer hipótese a equiparação, em virtude da desigualdade salarial decorrer da circunstância de terem ido os paradigmas, da Diretoria para o Conselho, em épocas diferentes e com diferentes níveis salariais, no que viu o decisório a ausência de contemporaneidade, não obstante admitir, como verdadeiro o fato de terem o Consulente e os paradigmas servido juntos, na mesma época, ao mesmo tempo, ao Conselho Consultivo.

Inconformado, recorreu o Consulente ordinariamente, para o EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO (doc. 6), onde o processo se encontra pendente de julgamento.

Diante dos fatos acima narrados, o Consulente.

CONSULTA

a) O exercício da função de Conselheiro, no Conselho Consultivo da Sociedade, importa exercício de função ou cargo de Diretoria?

b) A eleição, como forma de investidura de alguém num cargo ou função, por si só, exclui, de plano, a possibilidade ser o eleito um empregado subordinado de quem o elegeu?

c) Sendo o Consulente um antigo servidor e tendo em vista as funções conferidas, pelo Estatuto social da Sociedade, ao Conselho Consultivo, o exercício da função de Conselheiro tira ao Consulente

o *status* de empregado subordinado suspendendo o seu contrato de trabalho?

d) Sendo o Postulante velho servidor da Sociedade e seu pequeno acionista, titular de menos de meio por cento das ações do capital social, prestando serviços subordinados, de colaboração, ao grupo acionário majoritário, perdeu ele o seu *status* de empregado durante o período de 1953-1967, em que funcionou como sub-diretor e diretor, eleito pela Assembléia de Acionistas?

e) Comprovada a existência de todos os requisitos exigidos pelo Art. 461 da CLT, tem o Consulente direito a ter o seu salário equiparado ao dos Conselheiros paradigmas? Ou a natureza dos serviços prestados ao Conselho Consultivo exclui o direito à equiparação?

PARECER

1. Não. E responderemos com longo trecho de um dos nossos livros recentes — “Estudos de Direito do Trabalho”, São Paulo, 1971, p. 158:

“Embora criados pelos estatutos, esses conselhos nenhuma função podem ter, como órgãos propriamente administrativos ou deliberativos, na vida da sociedade. Proíbe-lhes a lei qualquer intervenção — real, válida, efetiva, vinculante — na vida administrativa da corporação. É o que expressamente dispõe o art. 116, § 5.º, da Lei das Sociedades Anônimas, Decreto-Lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940: “As atribuições e poderes, conferidos pela lei aos diretores, não podem ser outorgados a outro órgão, criado pela lei ou pelos estatutos”.”

Diante da inequívoca clareza desta disposição legal, outro não poderia ser o comportamento da doutrina, senão o de manter-se unânime ao apontar na diretoria das sociedades anônimas o órgão permanente de administração dessas pessoas jurídicas, quer interna, quer externa. Alguns exemplos demonstrativos da *communis opinio* doutrinária, tomados entre os autores em mãos:

2. *Pontes de Miranda*, “Tratado de Direito Privado”, vol. 50, 2.^a ed., Rio, 1965, pp. 390/391:

“Nem diretor, nem a Diretoria, pode outorgar poderes a outro órgão da sociedade por ações... O art. 116, § 5.º, 1.^a parte, retira à assembléia geral o poder de outorgar os poderes, que são, por lei, da Diretoria, a outro órgão. É o que lá está explícito” (O grifo é do Autor).

Trajano de Miranda Valverde, “Sociedade por Ações”, Rio, 3.^a ed., vol. II, 1959, pp. 281/283, 311:

“Podem, certamente, os estatutos criar órgãos auxiliares, v.g., conselhos consultivos ou técnicos, e até conferir a esses órgãos poderes especiais (arts. 87, parág. único, a, 91, § 1.º, e 121, § 2.º). Todavia, a esses órgãos auxiliares não são de outorgar-se poderes

de gestão, que *ex vi legis*, competem à diretoria e são estritamente necessários para a consecução do fim social" (art. 116, § 5.º).

J. C. Sampaio de Lacerda, "Manual das Sociedades por Ações", Rio, 1967, p. 177:

"Só eles (diretores), em pessoa, podem exercer suas funções. Não podem delegar poderes a estranhos, nem na qualidade de mandatário. Será nulo o mandato assim conferido. Podem, todavia, em nome da sociedade constituir procuradores ou mandatários com poderes expressos, isto é, especificados no instrumento os atos e operações que poderão praticar. O que a lei, pois, impede é o exercício das funções por outrem, mesmo que seja outro órgão da sociedade, criado pela lei ou pelos estatutos" (art. 116, § 5.º).

O mesmo ensinamento vem monotonamente repetido, como não poderia deixar de ser, *diante da literal disposição de lei*, na totalidade dos autores que trataram do assunto. Podem ser aqui lembrados, a título de exemplos: Rui C. Guimarães, "Sociedade por Ações", vol. III, Rio, 1960, p. 58; Roberto B. de Magalhães, "Constituição das Sociedades Comerciais", Rio, 1960, p. 197; Lopes Pontes, "Sociedades Anônimas", 1.ª ed., Rio, 1957, pp. 125 e segs.; além de Waldemar Ferreira e Eduardo Carvalho, citados pelo Consulate em suas Razões Finais.

3. Não proíbe a lei, é claro, a criação de órgão ou de funções auxiliares para a boa administração das sociedades anônimas, tais como colegiados consultivos, técnicos, científicos, ou de qualquer outra qualidade, mas sempre sem atribuições de administração, de direção, nem de gestão. São meros órgãos técnico-consultivos, sem atribuições administrativas, deliberativas ou de poder. Os centros de decisão vinculante das sociedades por ações encontram-se nos seus órgãos permanentes, autorizados por lei, necessários, que não se podem ampliar — com estas características — por nenhum meio instrumental criado pela ciência jurídica. Os órgãos auxiliares nada mais são, repetimos, do que conselhos especializados, técnicos, de simples consulta, de parecer, sem qualquer capacidade interna de decisão, em externa de representação. O mando não lhes pertence, nem os poderes diretivos da sociedade. Os órgãos necessários das sociedades anônimas são a assembléia geral, a diretoria e o conselho fiscal, nada mais.

Não poderia, pois, o Consulate exercer qualquer função de diretor como membro do Conselho Consultivo. O organismo, ao qual pertencia, de criação estatutária, constitui um colegiado técnico-consultivo, como o seu próprio nome indica. Na divisão social e jurídica do trabalho societário, não se reveste esse Conselho de condição nem de atribuições de Diretoria. O Consulate não é, nem poderia ser, legalmente, um diretor, pelas funções que passou a exercer desde 1967, sob pena de ver seus atos anulados por flagrante ilegalidade.

B e D

4. Preferimos responder aos quesitos *b* e *d* de uma só vez, dada a estreita conexão das matérias tratadas em ambos, da mesma natureza e

índole. Constitui o assunto um dos tópicos obrigatórios de qualquer compêndio ou tratado de Direito do Trabalho, qual seja o da distinção entre contrato de trabalho e os contratos afins (empreitada, mandato, sociedade, parceria rural, etc.). Como na medicina, há que ser mantida a cabeça fria e serena diante dos numerosos sintomas apresentados, a fim de que se chegue a um diagnóstico diferencial com plena segurança, antes que o doente morra ou que se cometam injustiças irreparáveis. Assim é que, pelo art. 3.º, da Consolidação das Leis do Trabalho, considera-se empregado toda pessoa física, que presta serviços de natureza não eventual a outra pessoa física ou jurídica, sob suas ordens e mediante salário. Quatro, pois, são os requisitos legais para a configuração da situação de empregado:

- a) pessoa física;
- b) prestação de serviços não eventuais, isto é, contínuos;
- c) encontrar-se o prestador de serviços sob as ordens (subordinação jurídica, hierárquica ou administrativa) daquele a quem os serviços são prestados;
- d) mediante salário.

Em qualquer situação concreta, em meio aos mais confusos e nevenhos dados existenciais, nunca deve ser dado ao intérprete e aplicador da lei deixar-se levar pelo formal, pelo acidental, pelas manifestações esporádicas ou meramente exteriores, sem prescrutar a natureza profunda, essencial, verdadeira, autêntica da relação jurídica que está diante dos seus olhos. Presentes aqueles requisitos, de maneira inequívoca, não há como hesitar: está-se em presença de um empregado, escondido às vezes na suposta pessoa de um mandatário, de um sócio, de um empreiteiro, de um profissional liberal, de um autônomo, de um eventual. Em verdade, na hipótese material da Consulta, não há a menor dúvida que tudo vai residir na análise do elemento contido na letra *c* do desdobramento conceitual da condição de empregado.

5. Por isso mesmo, é sempre dada a subordinação jurídica como a nota característica do contrato de trabalho, capaz de o distinguir dos demais pactos afins do mundo jurídico, nos quais alguém coloca a sua atividade a serviço de outrem ou de alguma coisa (contrato de atividade). Pouco importa a roupagem formal ou o nome jurídico (*nomen iuris*) que se dê ao negócio jurídico celebrado ou em execução; interessa a maneira de executá-lo, a forma de exercê-lo. Se o agente o faz com completa autonomia, livremente, como lhe aprouver, com risco seu, trata-se de prestador de serviços autônomos (empreiteiro, mandatário, sócio tão somente, etc.), não sujeito à legislação do trabalho. Caso contrário, configura-se a condição típica de empregado, de par, às vezes com outras situações compostas ou mistas, aparentemente desfigurantes daquela condição, mas, a rigor, com elas compatíveis e a ela subordinadas. Devem sempre ser recordadas, nestes momentos, as lapidares palavras de Renato Corrado, o maior jusprivatista atual das letras jurídicas italianas — M. Comba e R. Corrado, "Il Rapporto di lavoro nel Diritto Privato e Pubblico", 3.ª ed., Torino, 1953, pp. 97 e 121:

"O contrato de trabalho constitui, ao invés de um contrato típico, um modo de ser de qualquer contrato que importe uma obrigação de fazer, quando a prestação deva realizar-se em um estado de subordinação... O contrato de trabalho não constitui, como já se esclareceu, um tipo de negócio jurídico, na acepção comum de negócio caracterizado por um particular conteúdo. Qualquer contrato destinado a um fazer pode transformar-se em um contrato de trabalho, desde que se assumam obrigações relativas a uma qualificação profissional e seja previsto um poder às declarações do empregador para a determinação das singulares prestações devidas e acordadas indiretamente pelas partes no âmbito da qualificação profissional."

Em se tratando, como no caso concreto da Consulta, de um antigo empregado — em exercício desde 1927, — que somente foi eleito para sub-diretor em 1953 e para diretor em 1959, há evidentes sintomas da persistência do *status* de subordinação perante a diretoria da sociedade para a qual trabalhava. Devido ao controle acionário em mãos de poucos ou de alguns, não é segredo para ninguém que a eleição pela assembléia geral constitui, por assim dizer, uma particular modalidade de nomeação ou designação, levada a efeito segundo os ritos e processos da lei comercial. O ato material, no entanto, é a decisão da própria diretoria — majoritária, autoritária, verdadeira detentora dos poderes de mando e disposição da sociedade.

6. Como exposto na Consulta, era o Postulante possuidor de pequeno número de ações da sociedade, por força mesma do exercício do seu contrato, sob a forma do chamado *acionariado do trabalho*, no qual se via obrigado a perceber em ações parte das suas gratificações salariais. Quase que se poderia dizer, sem irreverência: sócio à força... Este tipo de trabalho associativo, se louvável por um lado, serve de porta aberta, infelizmente, para um sem-número de fraudes ou de descaminhos da legislação do trabalho. Não deu resultado em nenhuma parte do mundo. Escrevem A. A. Berle Júnior e G. C. Means — "The modern corporation and private property", Nova York, 1950, pp. 56/58:

"Nos anos recentes, dois comparativamente novos desenvolvimentos contribuíram amplamente para incrementar o número de acionistas — participação da propriedade pelos consumidores e pelos empregados. Nenhum desses desenvolvimentos, todavia, aparece como capaz de afetar em proporção apreciável o conjunto da propriedade das ações."

Em ambos os casos, prosseguem os autores,

"a força do movimento parece já se ter dissipado... parece ser pequena para indicar que sua posse venha a representar uma proporção importante na riqueza da corporação... nada sugere que sua propriedade venha a envolver uma crescente proporção na indústria."

Diante disso, não hesitou L. de Litala em classificar como decorrente da relação de emprego, por isso mesmo de natureza remuneratória, o paga-

mento mediante *ações de trabalho* — "Il Contratto di Lavoro", 5.^a ed., Torino, 1956, pp. 63/64:

"Não havendo repartição de risco entre os contraentes, falta no contrato o *animus contrahendae societatis*. Há casos nos quais elementos do contrato de sociedade se encontram no contrato de trabalho... seja ainda no caso em que a retribuição do trabalho assuma a forma de *ações de trabalho* constitutivas de retribuição integrativa de uma retribuição fixa garantida.

Ora, nos casos referidos, a relação não assume o caráter social, mas, predominando o pagamento com retribuição fixa, tem-se um contrato de troca, um contrato de trabalho".

O que importa fixar é o núcleo central do tipo de relação que sempre se constituiu entre o Consulente e a grande sociedade para a qual trabalhava: contrato de trabalho. Como empregado ingressou na sociedade; nesta situação permaneceu por 26 anos. Dele *dispôs* a diretoria para designá-lo (mediante eleições majoritárias da assembléia) para o posto de sub-diretor; pouco além, elevado, pelo mesmo procedimento, ao de diretor. Sente-se ao vivo, chega-se a tocar com as mãos, o exemplo perfeito, de aula, das transformações ou vicissitudes por que pode passar um empregado dentro de um organismo de uma corporação de capitais no mundo contemporâneo da economia. A sua condição de locador de serviços subsistiu, em realidade, por baixo de toda a roupagem que lhe foi imposta. Raspado o verniz formal, meramente nominativo, das novas situações jurídicas, lá estava o corpo e a alma do antigo empregado, que nunca deixou de existir.

7. E tudo isso ressalta, e é ainda mais de frisar-se, quando se trata de sociedades por ações dominadas por interesses de família, do tipo doméstico ou clânico, ainda tão comuns em nossos dias, e mais do que isso, em nosso país, dito em vias de desenvolvimento. Constituem essas corporações clânicas a sobrevivência de sociedades arcaicas, sub-desenvolvidas, no início do capitalismo financeiro e industrial; representam às vezes sérios obstáculos ao desenvolvimento. Tudo isso foi objeto de uma longa e demorada pesquisa social levada a efeito pelo Prof. Fernando Henrique Cardoso, na Universidade de São Paulo — "Empresário Industrial e desenvolvimento econômico", São Paulo, 1964, p. 95 e segs.:

"O padrão mais difundido de direção dos empreendimentos industriais no Brasil continua a basear-se na autoridade obtida pelo controle da propriedade. Isto não acarreta, em si mesmo, como vimos no capítulo I, nenhum elemento de diferenciação, dentro do quadro geral da economia capitalista. Entretanto, como a propriedade das empresas se restringe, em geral, aos grupos familiares, o padrão de controle dos empreendimentos implica na intromissão dos proprietários em decisões que ultrapassam o limite natural de ingerência dos acionistas nas empresas dos países desenvolvidos. De fato, além de participarem das decisões fundamentais das empresas (por exemplo, a determinação de novos investimentos), que constitui praticamente um corolário do sistema de apropriação privada, os proprietários das

“empresas clánicas” exercem intensa atuação administrativa... Assim, por exemplo, a prática normal de controle familiar das empresas no Brasil exclui, em regra, a delegação de autoridade para pessoas de fora do círculo familiar, o que impede a diferenciação burocrática da administração e o aproveitamento de técnicos e especialistas. *Em geral, não apenas a administração faz-se através de membros da família proprietária, como a maior soma de autoridade é exercido unipessoalmente pelo “patriarca” chefe da família.*”

Neste tipo de sociedades concentra-se nas mãos do clã doméstico a quase totalidade das ações, o que lhe permite o controle da maioria necessária às decisões da assembleia. Já o Prof. P. Sargant Florence, da Universidade de Birmingham, havia escrito de maneira peremptória — “Economia y sociologia de la industria”, trad., Barcelona, 1966, p. 163:

“As ações são possuídas desigualmente, contudo, e um pequeno número que possua uma grande proporção dos votos bem poderia estar em condições de governar.”

Tal fato não passou despercebido à proverbial argúcia do Prof. Orlando Gomes, que, já em 1957, mostrava a possibilidade da existência de um contrato de trabalho junto a outros de mandato e sociedade, mormente nas chamadas sociedades domésticas. Vale a transcrição — “Diretor de Sociedade Anônima. Empregador ou empregado?”, in “Legislação e Jurisprudência Fiscal”, maio-junho de 1957, pp. 15/16:

“Outras situações indicativas de sua condição de empregado costumam apresentar-se na prática. Configura-se uma delas nas sociedades anônimas de *tipo doméstico*, nas quais a quase totalidade das ações pertence a uma família. Para os estranhos que se deseja colocar num dos postos da diretoria, reservam-se uma ou duas ações. Esse estranho é quem verdadeiramente trabalha e dirige a empresa, mas, evidentemente, em posição subalterna à dos outros diretores donos de negócio, agindo, pois, como empregado com o rótulo de diretor... Acionista aparente, esse diretor nominal é, no entanto, genuíno empregado.”

8. Nem sempre oferece a vida econômica casos extremos, inconfundíveis, de contrato de trabalho, de mandato ou de sociedade. Não raro, apresentam-se sob forma compósita ou mista, de difícil deslinde. Nem sempre se sucedem, podendo coexistir, na realidade econômica e com pleno reconhecimento do ordenamento jurídico. Já em 1935, informava Jean Vincent — “La Dissolution du Contrat de Travail”, Paris, pp. 388/390:

“A jurisprudência, embora mostrando-se bastante favorável à idéia do mandato assalariado, preocupou-se entretanto em atenuar os inconvenientes resultantes de sua interpretação, concedendo, numa certa medida, aos mandatários assalariados uma situação que os aproxima dos assalariados ordinários no que concerne à dissolução de seu contrato...”

Ela considera, com efeito, como mandatários assalariados os representantes de comércio independentes (mas não os viajantes de

comércio que são os empregados), os administradores de sociedades anônimas (*mas não os diretores técnicos ou administradores-diretores*)... É bastante freqüente, aliás, constatar a coexistência numa convenção determinada de um mandato e de um contrato de trabalho... A jurisprudência inclina-se em tais hipóteses a pesquisar qual é o contrato que é acessório do outro. Parece preferível, no entanto, adotar a tese apresentada por Savatier, segundo a qual deve-se ao contrário procurar, em princípio, conciliar as regras respectivas dos dois contratos em jogo; *desde que isso não seja possível, deve-se fazer predominar as regras que tenham caráter de ordem pública, e, entre estas últimas, as que dizem respeito à ruptura do contrato de trabalho e que são imperativas.* “Mas se as regras respectivas que se encontram em conflito não são de ordem pública, os tribunais deverão voltar-se para intenção das partes, pesquisando qual dos dois contratos combinados era considerado como o principal”. Esta concepção, sustentada igualmente por Rouast, apresenta vantagem incontestável de dar a numerosos mandatários assalariados uma proteção mais eficaz no caso de ruptura de sua convenção, e podemos assinalar que *ela permite atingir, em certos casos, resultados bastante análogos aos que foram obtidos no direito alemão, em virtude da teoria segundo a qual o mandato é um contrato abstrato e acessório.*”

Entre nós — e isso mesmo dizíamos em 1960 e 1965, no nosso “Tratado Elementar de Direito do Trabalho”, Rio, p. 475 — é pacífica a jurisprudência: predomina sempre, como de caráter imperativo e de ordem pública, a relação de emprego, quando presente e inequívoca, sobre a possível manifestação, menor, do mandato.

A mesma coexistência vai ocorrer no que diz respeito aos contratos de trabalho e de sociedade. Em princípio, pode o sócio ser empregado da sociedade anônima de que participe (art. 20, do Código Civil), por gozar a sociedade de personalidade jurídica própria, que se não confunde com a das pessoas naturais que a compõem; mormente em se tratando de pequeno acionista, como no caso da Consulta, de posse de menos de 0,5%, do controle acionário, e ainda assim em decorrência obrigatória da sua primitiva e constante condição de empregado assalariado e subordinado.

A matéria é por demais pacífica para que percamos tempo com ela. Escrevamos no nosso “Tratado”, citado, p. 478:

“A doutrina e a jurisprudência admitem a coexistência desses dois contratos, com a predominância, como aconteceu no mandato, do contrato de trabalho. O empregado de uma sociedade anônima ou de uma sociedade por quotas pode ser igualmente sócio das mesmas. Ademais, não deixa de ser considerado empregado para todos os efeitos o simples diretor-técnico de sociedade anônima. Ainda mesmo o empregado que seja eleito para o cargo de administrador-delegado não perde a sua condição de antigo empregado, que fica em suspenso, embora o cargo eletivo seja de mandatário revogável *ad nutum* pela própria assembleia.”

9. Este mesmo ensinamento vamos encontrá-lo na doutrina e na jurisprudência comparadas. Lá está em *P. Greco* — “Il Contratto di Lavoro”, Torino, 1939, p. 62/63:

“Nas sociedades comerciais, dada a sua personalidade jurídica, que a torna e não aos sócios titulares da empresa, pareceria que nenhum obstáculo lógico se o oponha a conceber no sócio um trabalhador subordinado também quando o trabalho seja ele prestado sob o título de quota ou de contribuição social, e não somente quando se trate de uma relação diversa e distinta de trabalho contraída entre sociedade e sócio, independentemente da que tenha sido objeto de contribuição por parte deste último.”

Quando o sócio assume posição dominante, na administração e na representação da sociedade, deixa de ser considerado empregado, acrescenta Greco; como igualmente acontece nas sociedades de nome coletivo e em certas comanditas. Mas, quando os sócios e os comanditados não se revistam daquelas qualidades, quando os “poderes diretivos e administrativos são bastante limitados”, não há como lhes tirar a condição de empregados, embora altos-empregados, de confiança.

Depois de longa exposição, na qual mostra a possibilidade de coexistência de mais de um contrato, conclui *G. Mazzoni* — “Manuale di Diritto del Lavoro”, 3.^a ed., Milano, 1969, p. 327:

“A conclusão assim é esta: para verificar se uma relação é de sociedade ou de trabalho subordinado, deve-se olhar a destinação do trabalho para uma finalidade comum ou não; em seguida, o *animus* das partes, a subordinação, a participação ou não no risco, etc.; para distinguir relação associativa de trabalho, deve-se verificar se subsiste ou se falta a subordinação técnica de trabalho, se à associação nos lucros corresponde uma equivalente associação nas perdas, se a posição social do trabalhador é considerada, na relação, com normas de particular tutela ou não, etc.”

Fica, assim, para cada caso concreto a verificação da presença ou da ausência das características da conceituação de empregado, como dito no § 4. Renato Corrado estuda o assunto exaustivamente, sendo de consignar-se o que se contém nestes dois trechos, que se aplicam perfeitamente à hipótese ora *sub iudice* do Consulente — “Tratato di Diritto del Lavoro”, vol. II, Torino, 1966, p. 330:

“O problema deve ser redimensionado. Não são justificadas as dúvidas sobre a compatibilidade das posições de sócio e de dependente para as sociedades de capitais, cuja personalidade jurídica é incontestável.

Constituem sujeito distintos dos sócios, com os quais podem estipular contratos de trabalho, como com qualquer terceiro.... Decisiva nos parece, ao contrário, a norma contida no art. 2.349 do código civil, relativa à emissão de categorias especiais de ações para serem atribuídas individualmente aos prestadores de trabalho, que prevê a atribuição da qualidade de sócio a sujeitos que são e perma-

nece dependentes da sociedade por haver com ela estipulado um contrato de trabalho.”

Numerosos são os exemplos encontrados na jurisprudência italiana, ainda anterior à Guerra, tão antiga e pacífica é ela. Dois ou três exemplos — “Diritto del Lavoro — Legislazione — Dottrina — Giurisprudenza”, Milano, 1937, pp. 312, 320 e 321:

“O cargo de administrador de um banco (sociedade anônima) é compatível com a de diretor do mesmo, sem que tal acumulação na mesma pessoa tenha por efeito de excluir a relação de emprego” (Mag. del Lav. de Torino). “Na espécie, pois, foi admitido efetivamente que o sócio mandatário revestisse a qualidade de empregado, por haver sido nomeado diretor técnico com estipêndio mensal” (Mag. del Lav. de Milano).

Em outra espécie, da Magistratura do Trabalho de Gênova, declara-se que perdem a qualidade de empregados, como tais, os diretores de uma sociedade anônima que,

“tenha a grande maioria das ações e que ajam como patrões da sociedade.”

Esta não é, de maneira alguma, a hipótese da situação do Consulente — antigo empregado, a quem foram destinadas algumas ações da sociedade, absolutamente minoritárias (0,5%), sempre subordinado e dependente dos verdadeiros detentores do capital social, centralizado nas mãos de poucos de maneira clânica, doméstica ou familiar.

Na doutrina francesa escreve *G. H. Camerlynck* — “Contrat de Travail”, Paris, 1968, pp. 75/76:

“A jurisprudência admite a acumulação das funções de presidente-diretor geral, ou de diretor geral adjunto de uma sociedade anônima, mandatários sociais, a este título, revogáveis *ad nutum*, com a qualidade de diretor técnico assalariado, com a reserva de que sejam observadas as prescrições do art. 40 da lei de 24 de julho de 1867 (autorização do conselho de administração). Resultará notadamente desta coexistência das duas convenções que a revogação das funções de mandatário social deixa subsistir o contrato de diretor técnico assalariado.

Mas conforme aos princípios gerais, a qualificação dada à convenção — ou às convenções — concluídas entre a sociedade anônima e seu colaborador deve corresponder às funções realmente exercidas... É inexatamente qualificado de diretor geral, mandatário social o diretor assalariado que, em se beneficiando dos longos poderes reconhecidos a um alto quadro, *não deixa de ser um subordinado submetido às diretivas e ao controle do conselho de administração e de seu presidente*. Reclamará então a justo título no caso de resolução o benefício das indenizações de aviso-prévio, da dispensa ou da ruptura abusiva previstas pela lei ou pela convenção.”

10. E entre nós, como se têm comportado a doutrina e a jurisprudência? Caminhou da negativa da possibilidade de coexistência entre sócio,

mandatário de sociedade anônima e empregado para a sua possibilidade absoluta, inclusive mandando contar o tempo de serviço no desempenho das funções de diretoria, para todos os efeitos legais. A fase intermediária, na doutrina e na jurisprudência, admitia a coexistência, mas com suspensão do contrato de trabalho, sem contagem de tempo como de serviço efetivo.

Na *Revista do TST*, de 1957, em acórdão da lavra do Min. Delfim Moreira Júnior, encontra-se a primeira posição, radical, negativista, logo superada no próprio tribunal, em recurso de embargos, constante da mesma *Revista*:

“O exercício de cargo eletivo, em sociedade anônima, não configura a relação de emprego, eis que seu titular está subordinado às conseqüências jurídicas da própria investidura, nos termos expressos do art. 116 da Lei das Sociedades por Ações (Dec.-Lei n. 2.627, de 26/9/1940).

Decorre dessa situação legal a temporariedade da função de Diretor, cujo mandato, a qualquer tempo, poderá ser suprimido, reduzido ou ampliado.

Os princípios estabelecidos no art. 499 da Consolidação das Leis do Trabalho não se aplicam aos típicos Diretores de sociedade anônima, mas, sim, aos empregados que exerçam função de diretor.”

Logo à página 360, da mesma “Revista”, encontra-se a reforma deste entendimento. A decisão da 1.^a Turma fora, no Proc. 6.902/54, a 31 de maio de 1955, a 7 de dezembro do mesmo ano, reformou-a o Tribunal Pleno, em acórdão da lavra do Min. *Tostes Malta*, com a seguinte ementa:

“A eleição do empregado para cargo de direção em sociedade anônima não acarreta a extinção do contrato de trabalho, mas apenas suspende a execução deste.”

A mesma época, no Proc. 6.292/53, por decisão da 3.^a Turma, em acórdão do Min. *Tostes Malta*, confirmado pelo Pleno, sendo Relator o Min. *Júlio Barata*, afirmava-se — p. 162:

“A simples alteração na designação das funções não evidencia transitoriedade.”

E explicava o índice:

“Empregado eleito sub-diretor, continuando sem qualquer modificação no regime de trabalho.”

Dois anos mais tarde, publica o Prof. *Orlando Gomes* o seu conclusivo ensaio sobre a possibilidade da coexistência de sociedade, mandato e contrato de trabalho, sendo até hoje, praticamente, o único no gênero. Merecem lidas algumas passagens do ensaio, já citado anteriormente:

“O art. 499 da Consolidação das Leis do Trabalho dispõe que não haverá estabilidade no exercício dos cargos de *diretoria*, gerência ou outros de confiança imediata do empregador, ressalvado o cômputo do tempo de serviço para todos os efeitos legais.

Da leitura desse preceito legal, depreende-se que o exercício de um cargo de diretoria numa sociedade anônima pode atestar a existência de uma relação de emprego, considerando-se empregado, portanto, seu ocupante. Não seria possível, assim, entender de outro modo a referência do art. 499 da Consolidação das Leis do Trabalho a *cargos de diretoria*. A *estabilidade* é, no campo das relações privadas, um direito vinculado ao estado profissional dos empregados. Para que se negue a possibilidade de adquiri-lo a alguém é preciso pressupor que essa pessoa tenha a qualidade empregatícia. Do contrário, a negação seria ociosa.”

Bem significativo da mudança da orientação doutrinária e jurisprudencial é o seguinte trecho de autoria do douto Délio Maranhão, em seu livro *Direito do Trabalho*, respectivamente, na edição de 1966 e na 2.^a, de 1971, pp. 46 e 49:

“E se o contrato de trabalho preceder à eleição para o exercício de cargo de diretoria? Fundada no art. 499 da Consolidação, “construiu” a jurisprudência o entendimento de que, nesse caso, dar-se-á mera *suspensão* do contrato de trabalho, *assegurado o cômputo do tempo prestado na diretoria, para os efeitos da relação de emprego: serviços continuam a ser prestados conquanto a outro título.*”

Com mais precisão técnica, segundo a primitiva doutrina (hoje superada com o acréscimo do parágrafo único ao art. 4.^o, da CLT), na 2.^a edição, de 1971, onde se lê:

“suspensão”, foi colocado “interrupção”.(*)

E é isso, exatamente, o que se dá: o contrato de trabalho fica interrompido, continuando o empregado a prestar serviços a outro título, percebendo remuneração. Logo, trata-se, segundo aquela doutrina dos autores da Consolidação, de caso típico de interrupção: prestação de serviços, percepção de remuneração, contagem de tempo.

11. E é, sem dúvida, com o apoio no art. 499 que se deve mandar contar o tempo de exercício do cargo de diretor para todos os efeitos da relação de emprego. Em existindo o efetivo exercício anterior de contrato de trabalho, constitui um argumento *a fortiori* esta contagem de tempo, *ex vi* do *caput* do aludido dispositivo:

“Não haverá estabilidade no exercício dos cargos de diretoria, gerência ou outros de confiança imediata do empregador, ressalvado o cômputo de tempo de serviço para todos os efeitos legais.”

Se numa firma individual, cabe ao empregador, pessoa física, designar ou nomear o empregado que vai ocupar o cargo de diretor; numa sociedade anônima, pessoa jurídica, empregadora também, cabe à assembléia geral fazê-lo mediante o expediente normal para o caso — a eleição majoritária. Note-se, no entanto, que também aqui funciona, praticamente, o mecanismo análogo da indicação quando empregador pessoa natural, ou em qualquer outro tipo de sociedade comercial. Na sociedade por ações,

(*) Na nova edição (3.^a, 1974), com ponto-de-vista diverso, o A. acha falsa, artificiosa e injurídica a aludida construção, p. 64.

mormente do tipo clânico, o controle acionário pertence ao grupo majoritário detentor das ações, ocupante (o grupo) dos cargos efetivamente representativos do poder e dos atos de decisões na sociedade: presidente, vice-presidente e outros diretores de real prestígio de comando.

12. Bem representativo desta doutrina e da nova jurisprudência é o acórdão do Tribunal Regional do Trabalho, da 3.^a Região, no Proc. n. 2.194/69, cujo relator foi o Juiz *Alfio Amaury dos Santos*, proferido em 27 de novembro de 1969 — in “Ementário Trabalhista”, março de 1970, ficha 39:

“O empregado, eleito diretor da sociedade anônima para a qual presta serviços, tem apenas suspenso o seu contrato de trabalho, assistindo-lhe, porém, o direito ao cômputo deste período em seu tempo de serviço. Aplicação do art. 499, caput, da CLT.”

Já anteriormente havia decidido o Tribunal Regional do Trabalho, da 2.^a Região, em acórdão da lavra do Juiz *Gilberto Barreto Fragoso*, proferido em 24 de julho de 1967, no processo n. 4.921/66 — in *Ementário Trabalhista*, março de 1968, ficha n. 11:

“O fato de o empregado ser na maioria das vezes, maliciosamente, guindado a cargos de diretoria, não lhe retira a condição de subordinado, hierárquica e economicamente. É conhecido o artifício, visando com ele, o empregador, a se furtar de suas responsabilidades. Em geral, são cedidas algumas ações ao contemplado com cargo de diretoria, sem que tudo não passe, porém, de mero subterfúgio.”

13. Assim, respondendo frontalmente os dois quesitos da Consulta:

B — Não. A eleição, como forma de investidura de alguém num cargo ou função, por si só, não exclui, de plano, a possibilidade de ser o eleito um empregado subordinado de quem o elegeu;

D — Não. O Postulante, antigo empregado da sociedade e seu pequeno acionista, não perdeu o *status* de empregado no exercício de sub-diretor e diretor, de 1953 a 1967, vendo interrompido o seu contrato de trabalho, que passou a ser executado a outro título, contado o seu tempo de serviço para todos os efeitos legais.

14. A rigor, este quesito já estaria respondido nos dois anteriores, quanto à primeira parte, por mero raciocínio *a fortiori*. Se a eleição para os cargos de sub-diretor e diretor não lhe tirou o *status* de empregado, interrompendo simplesmente o seu contrato de trabalho, não o poderia fazer a eleição para um simples conselho consultivo, sem funções de gestão nem de administração, meramente estatutário. Mas, fica ainda por responder a segunda parte do quesito. O Consulente não teve interrompido nem suspenso o seu contrato de trabalho: *continuou a executá-lo no exercício do novo cargo, no status mesmo de empregado.*

15. Em 1967, ao deixar o exercício da função de confiança da sociedade anônima, nomeado que fora pela assembleia geral sub-diretor e diretor, deveria o Consulente ter voltado ao cargo efetivo anteriormente ocupado. Não o fez a Diretoria, porém. *Houve o protesto expresso e inequívoco do Consulente na ocasião, como manifestação de vontade.* Para

não o fazer reverter ao cargo efetivo, criou a Diretoria, na oportunidade, o Conselho Consultivo, cujo primeiro ocupante — muito significativo e sintomático — foi o próprio Consulente. O Conselho não preexistia, como órgão criado espontaneamente. Pelo contrário, foi instituído *ad hoc*, para servir de função para os que deixassem de exercer os cargos de diretoria, quando antigos empregados. Isso ficou claro, com a designação posterior, em 1969, de novos membros, antigos empregados e ex-diretores da Sociedade.

Esta a função do Conselho Consultivo, cujas deliberações não são vinculantes, cuja movimentação somente se faz por iniciativa da Diretoria. Não lhe permitem os Estatutos elaborar nenhum trabalho por iniciativa própria. Sem o beneplácito da Diretoria, que lhe move os cordéis, é um órgão inútil, expletivo, desnecessário, mero depósito de antigos empregados, ex-diretores. A única coisa que fica dos seus trabalhos é o testemunho mudo das atas (art. 27), nada mais.

16. Cabem aqui, com mais razão, os mesmos argumentos apresentados nos quesitos *B* e *D*. Antigo empregado, portador por força do cargo, de diminuto número de ações da Sociedade, entidade esta do tipo clânico ou familiar, na qual as ações e a direção permanecem nas mãos dominadoras de um grupo doméstico, controlador majoritário da assembleia, cujas decisões se confundem com as da própria Diretoria; pois bem, não há como hesitar, diante da espécie concreta, que o Consulente continua empregado, exercendo, contra a sua vontade, o seu contrato de trabalho sob a denominação de conselheiro num órgão *ad hoc* criado.

Fazemos nossas, as ratificamos e subscrevemos as palavras veementes e irresponsáveis do ilustre Patrono do Consulente, *Dr. Amâncio de Souza Neto*, constantes de fls. 9/10 das suas Razões de Recurso Ordinário:

“Não sendo nem podendo ser, em face da lei, um órgão de direção da sociedade anônima, os Conselhos Consultivos outras coisas não reúnem que consultores técnicos, locadores de serviços autônomos e subordinados, com função de aconselhamento, atividade que o insigne *Orlando Gomes* (“Questões de Direito Civil — Pareceres”, fls. 453 e 463) já demonstrou poder ser, legitimamente, objeto de contrato de trabalho subordinado.

A própria empresa Reclamada tratava o Reclamante, enquanto Conselheiro, como seu empregado. Fixou-lhe v. HORÁRIO (fls. 41 dos autos), dizendo qual o momento em que ele deveria trabalhar, pagava-lhe aumentos normativos salariais e quinquênios, oriundos de contratos coletivos dos comerciários, somente devidos a EMPREGADOS (fls. 25, linhas 13, dos autos), e inclusive dava ou recusava licença para tratamento de saúde (fls. 111 dos autos).

Todas essas atitudes da Reclamada comprovam a mais não poder, que o Reclamante quando Conselheiro, no Conselho Consultivo, era considerado seu EMPREGADO, até porque nunca se viu diretor de sociedade anônima receber aumento de salários normativos deferidos a EMPREGADOS SUBORDINADOS. O Reclamante, portanto, não deixou de ser empregado quando passou a exercer a

função de Conselheiro, no Conselho Consultivo, até porque estava IMPEDIDO, POR LEI (Art. 116, § 5.º, da Lei de Sociedade Anônima), de ser DIRETOR da Reclamada, pois a tal função de direção era INCOMPATÍVEL com a sua função de assessor TÉCNICO. Empregado, exercendo função de empregado, o Reclamante, de 1967 para cá, após a sua destituição do cargo de diretor, jamais teve o seu contrato de trabalho SUSPENSO OU INTERROMPIDO, não podendo, por isso, prevalecer a sentença recorrida.”

17. Perfeita e cabal a argumentação. Pelo Decreto-Lei n. 2.627, de 1940, que regula as sociedades anônimas, não é nem pode o Conselho Consultivo exercer funções de diretoria. Trata-se de um órgão técnico-consultivo, de uma reunião de assessores técnicos num só colegiado, nada mais. A criação graciosa pelos Estatutos não altera a natureza jurídica do novo órgão — aconselhamento ou assessoramento técnico, como se fosse cada um dos seus membros individualmente considerado.

Na doutrina comparada o próprio Diretor Técnico de sociedade anônima é sempre considerado empregado, como, entre nós, também já o considerava, em 1949, o saudoso Ministro *Delfim Moreira Júnior*. Vamos por partes. Ensina *Georges Ripert* “*Traité Élémentaire de Droit Commercial*”, 3.ª ed., Paris, 1955, p. 496:

“É preciso não confundir o diretor geral da sociedade, nem o administrador membro do Comitê de direção, com o diretor técnico. Este último é um empregado superior vinculado à sociedade por um contrato de locação de serviços. Na prática, por vezes há confusão, porque o diretor técnico pode ser, ele também, escolhido pelo conselho de administração, e recebe às vezes, a título honorífico, o título de diretor geral. A distinção é contudo muito importante: o diretor técnico vinculado à sociedade pelo contrato de trabalho não poderia ser, durante a duração do seu contrato, despedido sem indenização, enquanto o diretor geral é sempre revogável.”

No processo TST n. 2.533/48, assim decidia o Tribunal Superior do Trabalho, em acórdão da lavra do Min. *Delfim Moreira J.* in “*Rev. do TST*”, março/abril de 1949, p. 89:

“O diretor técnico de uma sociedade anônima, que não ostenta a qualidade de acionista e não está sujeito aos riscos da empresa, não pode ser considerado empregador. A natureza do serviço e não o título ou designação de seu executor é que dirá se há um mandatário ou um simples empregado. O diretor, pessoa física, é um terceiro para com a sociedade e suas personalidades não devem, de forma alguma, ser confundidas. A orientação moderna do Direito e da Jurisprudência admite, em certos casos, como empregados, os membros das diretorias das sociedades anônimas.”

Não é para impressionar aquela ressalva da ausência da qualidade de acionista, pois o mesmo Ministro, em acórdão anterior, de 11 de janeiro de 1947, D.J., de 20/10/47, p. 4.078, no processo n. 1.095/47, já decidia da seguinte forma, ainda mais ampla do que a de simples diretor técnico, embora possuindo ações o exercente do cargo:

“O diretor de sociedade anônima que é detentor de parcela mínima do acervo social ou que, às vezes, nem ostenta a qualidade de acionista, não sujeito aos riscos da empresa, não pode ser considerado empregador. A natureza do serviço e não o título ou designação de seu executor é que dirá se há um mandatário ou simples empregado.”

Recentemente, teve o E. Tribunal Regional do Trabalho, da 5.ª Região, oportunidade de pronunciar-se sobre a mesma hipótese, com alusão ao voto do Min. *Delfim Moreira*, ratificando-lhe a doutrina. Foi relator do acórdão o ilustre Juiz *Elson Gottschalk*, no processo n. 511/66, proferido em 13 de janeiro de 1966, do qual merecem citados a ementa e alguns passos significativos — in “*LTr.*”, março/abril de 1966, pp. 200/222:

“Diretor técnico de S.A. — Qualidade de empregado — A denominação do cargo não é critério seguro para definir sua natureza jurídica. Diretor técnico pode ser empregado ou empregador, segundo sua posição hierárquica na sociedade. Possuir, ou não, ações da sociedade não comprova a qualidade de empregado... Pouco importa, assim, a denominação. O que vinga é a posição da pessoa na entrega da organização. É a sua posição hierárquica. Nem sempre o Diretor-técnico, *nomem iuris*, é o empregado típico... Podemos afirmar também, que pode existir relação de emprego quando o diretor-técnico é acionista. Ser ou não ser acionista não é critério decisivo. Em muitos casos é feita a camuflagem com a atribuição de ações ao autêntico empregado. Em suma, a definição da natureza jurídica do cargo terá que ser feita pela análise profunda da posição hierárquica do titular no seio da organização, e não por sinais aparentes como o de ser ou não acionistas.”

Pouco adiante, cita o acórdão uma decisão do Supremo Tribunal Federal, na qual se dava como sintomas e notas para a existência de ser o diretor-técnico empregado: o haver exercido cargo anterior como empregado: estar sujeito a horário, perceber salários, encontrar-se subordinado à Diretoria. Ora, tudo isso aparece exemplarmente na hipótese *sub iudice*, na qual é Autor o Consulente.

18. Observe-se que apresentamos um argumento *a fortiori*, indo até ao diretor-técnico, considerado empregado. Com muito maior razão, deve ser considerado empregado, em plena função, um simples assessor-técnico, mero conselheiro, guindado, com alguns outros antigos empregados, a um pomposo título de membro do Conselho Consultivo da Reclamada, para isso criada e que outra função não teve senão a de reunir em bloco alguns antigos empregados, que vinham de exercer a diretoria da Sociedade. Todas as notas da condição de empregado em pleno exercício encontram-se na atual situação do Consulente. E é este critério — de análise real e concreto do exercício da função, como determinava o acórdão do douto Juiz *Gottschalk* — o aconselhado pela doutrina comparada, como se vê deste passo de *G.H. Camerlynck*, cit., pp. 51/52, 78/79:

“O problema deverá ser resolvido pelo juiz em função da espécie particular que lhe é submetida e por uma motivação suficiente que

permita à Corte de Cassação exercer seu controle... Se se procede a uma análise sistemática e minuciosa das numerosas decisões levadas a efeito na matéria, percebe-se que os juízes — *sem se fiarem necessariamente na qualificação das partes ou às vezes em sua ausência* — tomam em consideração os elementos de fato os mais diversos posteriores à conclusão do contrato e *caracterizadores das suas condições de execução*, para concluir muitas vezes indiretamente e por via de presunções “claras, precisas e concordantes”, pela existência de um vínculo de subordinação jurídica. Certamente, um só dos elementos assinalados não basta para estabelecer tal vínculo, e as decisões assinaladas têm em geral várias circunstâncias de natureza a caracterizá-lo e que constituem um feixe concordante acarretando a convicção. Podem ser ordenados em cerca de três princípios maiores de classificação: constatação de fatos concernentes à condição respectiva das duas partes, as condições de execução do trabalho, e enfim a remuneração.”

19. A matéria é pacífica entre nós. Nada importa o *nomem iuris* do cargo ou função, e sim a sua natureza profunda, a maneira da execução do serviços prestados, a posição do prestador de serviços na organização, em suma, como esclarece *Camerlynck*, todo o conjunto de circunstância, presentes e passadas, das relações das partes entre si:

“O contrato de trabalho se exterioriza pela função realmente exercida e não pela denominação” (Ac. de 6/5/68, 1.ª T., do TST, RR n. 4.301/67, Rel. Min. Celso Lanna, in “Rev. do TST”, 1969, p. 50);

“A relação de emprego é um contrato realidade, cujo reconhecimento se proclama sempre que verificada a sua existência” (Ac. de 8/6/66, TRT, 1.ª Região, Proc. n. 2.550/65, Rel. Juiz Gustavo Simões Barbosa, in “LTr”, maio/jun. 1967, pp. 299/301).

Na doutrina nacional — para citar somente dois exemplos — a orientação é a mesma. Sem maiores delongas — *Orlando Gomes* e *Elson Gottschalk*, “Curso de Direito do Trabalho”, 4.ª ed., Rio, 1971, pp. 159 e 93/94:

“Este grau de subordinação é quase sempre apurável em função de certas circunstâncias em que se desenvolve o trabalho... Outra situação de aparente confusão entre as duas condições de empregado e sócio se verifica nas empresas, sob forma de sociedade anônima, nas quais os empregados possuem ações, mas trabalham sujeitos a horário e fiscalização. Quase sempre essa duplicidade traduz propósito de fraude à lei. São casos de simulação do contrato de trabalho de regular ocorrência nos meios forenses.”

Na lição, sempre magnífica, de *José Martins Catharino*, “Contrato de Emprego”, Salvador, 1963, pp. 41/42, 447/448:

“A *subordinação jurídica* (ou dependência pessoal) *varia de grau*. Pode ser intensa, ou estar rarefeita ou aguada, em função da natureza dos serviços prestados pelo empregado, geminada à sua posição hierárquica na empresa, ou pelo fato do trabalho ser executado externamente, em contínua movimentação, ou em local escolhido pelo

próprio empregado. Na primeira hipótese, temos os *altos-empregados*, mandatários ou simples representantes que exercem funções de comando ou direção, quase empregadores laterais... *Em se tratando de altos-empregados, o contrato de emprego pode receber ingredientes do mandato, civil ou comercial, ou da sociedade. Em tais casos, o importante é constatar-se a sobrevivência da subordinação, apesar de esvaída ou desmaiada.* Se o contrato de emprego absorve ou não o elemento de um contrato comum (teoria da absorção de Lotmar e Asquini aplicável aos contratos mistos), *ou se, apenas, o primeiro permanece o mesmo, especializado embora pela presença de “prestação de subordinada de outra espécie”* (Enneccerus).

O empregador é, por excelência, o organizador e quem dirige o trabalho alheio dentro da empresa. A unidade de comando, dentro desta, é uma verdadeira necessidade, bem como a unidade volitiva nas suas relações exteriores, seja o empregador pessoa natural ou jurídica, que não possui o dom da ubiquidade. Juridicamente, a estrutura cônica e hierárquica da empresa reflete-se através de seus órgãos intestinos — máxime nas sociedades anônimas, e por meio de representação... Pois bem, além da dissolução entre o dirigir e o executar, que exige subordinação, mesmo o dirigir, principalmente nas empresas de médio ou grande porte, está sujeito a uma divisão de trabalho. Esta é que determina a existência dos colaboradores do empregador, empregados ou não. Quando a intensidade da colaboração suplanta inteiramente a subordinação, no plano jurídico, desaparece a relação de emprego. *Quando, porém, a subordinação apenas é afetada pela colaboração jurídica, que a reduz com o conseqüente acréscimo de autonomia do trabalho, dá-se uma atenuação da primeira, embora não ao ponto de extremo de desqualificar a relação de emprego.*”

Tudo isso — jurisprudência e doutrina — se aplica ao caso concreto da Consulta, sem deixar resto. O poder diretivo e hierárquico das sociedades anônimas se manifesta sob forma cônica, de cima para baixo, da diretoria para os demais órgãos auxiliares, imprimindo uma unidade de comando inflexível. Sem qualquer encargo de gestão nem de administração, o alegado Conselho Consultivo, no caso em espécie, nada mais é do que assessoramento técnico, seja individual ou coletivo pouco importa.

20. Outro ponto a fixar-se é o de não haver o Consultante revertido ao cargo efetivo, como de lei. Foi guindado, contra a vontade, a um Conselho Consultivo, naquela hora instituído para recebê-lo. Houve o seu protesto formal e expresso, sem resultado. Que diz a isso a jurisprudência nacional? A resposta só poderia ser uma e única, nos literais termos da própria lei:

“Ao empregado eleito diretor-gerente de cooperativa, quando deixar o exercício dessa função é assegurado o direito de voltar ao exercício do cargo efetivo que anteriormente ocupava na mesma cooperativa” (Ac. de 12/9/1952, do TST, Proc. n. 4.757/51, Rel. Min. Waldemar Marques, in “Rev. do TST”, 1955, p. 109);

“Se a assembléia da sociedade anônima resolveu não renovar o mandato de um dos seus diretores que a par de ser diretor anteriormente era empregado da firma, deve a mesma assembléia e por consequência a própria firma, arcar com as conseqüências desse seu ato” (Ac. do TRT, 2.^a Região, de 23/5/67, Proc. n. 6.288/65, Rel. Juiz Fernando de Oliveira Coutinho, in “LTr”, jul./ag. 1967, pp. 467/468:

“O empregado que, cumulativamente com suas funções normais, exerce o cargo de diretor da empresa, ao qual é elevado à sua revelia, ou contra a sua vontade, não tem o contrato de trabalho interrompido, nem pode ser considerado empregador (Ac. do TRT, 3.^a Região, de 6/12/67, Proc. n. 7.034/66, in C. Bonfim, “Dicionário de Decisões Trabalhistas”, Rio, 1971, p. 113).

21. Eis aí, de corpo inteiro, o retrato da real e verdadeira situação do Consulente na entrosagem da organização da Reclamada: empregado, nada mais do que empregado, exercendo a sua função a título de conselheiro ou de assessor técnico, juntamente com alguns outros antigos empregados, colegas seus. A nota de subordinação supera e domina a de simples colaboração mandatária, sendo o trabalho exercido sem autonomia, com horário, com remuneração fixa e certa, sem participação nos riscos.

Órgão auxiliar da Sociedade, criado por determinação da Diretoria, que detém em suas mãos o poder diretivo da empresa — tanto na criação do órgão, quanto no seu funcionamento ou solicitação, — nada mais representa o Conselho Técnico do que um simples rótulo, como uma placa colocada na porta da sala onde se reúnem os seus ocupantes. O ato formal da eleição pela assembléia geral não desqualifica nem desfigura a natureza jurídica da real e concreta prestação de atividade pelo Consulente.

Ainda há pouco decidiu a 2.^a Turma, do Tribunal Superior do Trabalho, a 20 de outubro de 1970, de maneira exemplar, em hipótese análoga, ainda de maior amplitude jurídica, por se tratar de função em órgão necessário e permanente da sociedade anônima, de cujo acórdão foi o relator o Min. Luís R. de Resende Puech — in “Rev. do TST”, 1971, pp. 198/199:

“A proibição da Leis de Sociedade por Ações, de que o empregado seja eleito membro do Conselho Fiscal, é dirigida à empresa, não comprometendo a relação de emprego a violação, pelo empregador, da vedação legal. Também não desfigura a relação de emprego a condição de membro do Conselho Fiscal, retribuída diminitivamente.”

22. Não aproveita igualmente à Reclamada a alegação de que o Consulente se encontra em disponibilidade remunerada a partir de 1967. A ser verdade, como alegado, a emenda seria pior do que o soneto... Qualquer empregado, mormente estável, não pode ser posto em disponibilidade contra a sua vontade. Tal significaria rescisão indireta — ou melhor, direta — do contrato de trabalho por ato de vontade do empregador, em flagrante situação de inadimplemento contratual. É princípio comesinho da doutrina que a principal obrigação do empregador é proporcionar trabalho

ao empregado (pagando-lhe, é claro), e a deste é prestá-lo. Assim, com apoio na alínea d, do art. 483, da Consolidação das Leis do Trabalho, poderia o Consulente dar por rescindido o contrato e pleitear a devida indenização em Juízo.

É pacífica a jurisprudência a respeito, sem maiores comentários:

“As despedidas indiretas constituem-se, via de regra, de faltas continuativas — descumprimento de cláusula contratual ou legal — e, por isso, são regidas pelo princípio da oportunidade, isto é, o empregado poderá declarar a rescisão no momento que lhe aprouver” (Ac. do TRT, 3.^a Região, Proc. 499/70, de 20/5/70, Rel. Juiz Tardieu Pereira, in, Bonfim, cit., p. 305);

Ementa igual — Mesmo Tribunal — (Proc. n. 134/69, acórdão de 19/3/69, Real Juiz Ribeiro de Vilhena, in Bonfim, cit., p. 307);

“É lícito ao empregado considerar rescindido o seu contrato de trabalho quando há violação do ajuste contratual por parte do empregador. O empregador que obriga o empregado a uma inatividade forçada, contratando outro trabalhador para a sua função e ainda incorre em mora salarial, praticamente desliga o obreiro da empresa, o que perfeitamente configura a rescisão indireta” (Ac. TRT, 3.^a Região, Proc. n. 665/68, de 2/10/68, Rel. Juiz Miguel Mendonça, in Bonfim, cit., p. 308);

“O empregador que, a pretexto de fusão de dois estabelecimentos bancários afasta seu empregado, ocupante de cargo de relevo, deixando-o inativo, sem qualquer função, dispondo apenas de uma mesa para sentar-se, comete lesão grave e irreparável no contrato de trabalho, e de tal ordem, que somente a rescisão indireta poderá dar solução, na forma preconizada pelo art. 483 da legislação trabalhista” (Ac. do TRT, da 3.^a Região, Proc. n. 775/69, de 1/7/69, Rel. Juiz Orlando R. Sette, id. ib.).

Tão banal é a matéria, que logo foram encontrados numerosos exemplos de julgados num só repositório jurisprudencial recente. Assim, das duas, uma: ou o Consulente continua a prestar serviços à Reclamada no Conselho Consultivo, e, nesta condição, é empregado desenganadamente; ou foi posto em disponibilidade, remunerada embora, contra a sua vontade; o que lhe permite considerar rescindido o contrato por culpa do empregador, com apoio na alínea d, do art. 483, da Consolidação das Leis do Trabalho.

23. A verdade, porém, pelo que se verifica do que ficou provado, é que o Consulente continua a prestar atividade à Sociedade, nas condições de antigo empregado, agora alçado, através da assembléia geral (diga-se, diretoria), às funções de conselheiro técnico.

Respondendo de frente ao quesito C:

Não. O exercício da função de Conselheiro não tira ao Consulente o *status* de empregado subordinado, não lhe suspende nem lhe interrompe o contrato de trabalho.

E

24. Comprovados os requisitos constantes do art. 461, da Consolidação das Leis do Trabalho, não há hesitar tenha o Consulente direito à equiparação salarial pretendida. Revestido do *status* de empregado, prestando serviços contemporaneamente com outros colegas, realizadas estão as condições mínimas para pleitear a equiparação, com comprovação dos requisitos legais (art. 461) indispensáveis.

Não procede a alegação da diferença de tempo de serviço entre o Consulente e os paradigmas, pois este se conta na função, motivo equitativo. É o que dispõe o Prejulgado n. 6, do Tribunal Superior do Trabalho, de 3 de julho de 1963:

“O tempo de serviço, para efeito de equiparação de salário, apura-se na função e não na empresa.”

Ademais, não procede, igualmente, o argumento de a diferença salarial, a favor do paradigma, decorrer do fato de serem diferentes os vencimentos auferidos por ele e pelo Consulente, quando no exercício de diretores da Sociedade. Pouco importa a causa e a origem da disparidade salarial, que deve cessar com a equiparação, uma vez provados os requisitos do art. 461, da CLT. Cada um trouxe, não há dúvida, o seu montante salarial do cargo anterior (diretor), mas que não poderá prosseguir, criando desigualdades, no seio de um órgão facultativo, criado pelos Estatutos, que, de maneira alguma, pode ser tido como de diretoria. Nele, todos são prestadores de serviços, técnicos, assessores, nada mais. Contem porâneas são as prestações, e, preenchidas as demais condições de dispositivo legal, não há como fugir à equiparação pleiteada.

Mesmo em se tratando de desigualdade salarial, para funções idênticas, advinda de sentença judicial, fonte normativa de legislação do trabalho; ainda aí, é devida a equiparação:

“O fato de ter sido a desigualdade do salário proveniente de sentença judicial, em nada altera os termos da equiparação pleiteada. Pelo contrário, dúvida nenhuma deve haver quanto à sua legitimidade. As instâncias ordinárias reconheceram que os paradigmas percebem a mais 5%, como um “acrécimo” nos salários não se tratando, pois, de abono condicionado” (TST, Pleno, ac. de 11/9/68, Proc. E 2.127/67, Rel. Min. Raimundo Moura, *in Bonfim*, cit., p. 134);

“Para efeito de equiparação salarial, não importa saber a causa do desnível dos salários. Se o paradigma recebe salário maior do que o reclamante, impõe-se a equiparação, desde que atendidos os requisitos do art. 461, da CLT” (Ac. TRT, 1.^a Região, Proc. n. 2.636/68, de 15/1/69, Rel. Juiz Flávio Rodrigues Silva, *in Bonfim*, cit., p. 134).

No mesmo sentido, ainda na mesma página — e bastam: TRT, 1.^a Região, Proc. n. 1.196/69, Rel. Juiz Flávio Rodrigues; TRT, 2.^a Região, Proc. 7.140/66, Rel. Juiz Paulo Marques Leite; TRT, 2.^a Região, Proc. n. 1.693/66, Rel. Juiz R. Barreto Prado.

25. Ademais, não se alegue ainda — aqui na equiparação — a possível disponibilidade do Consulente, pois não se pode alcançar um resultado jurídico por um procedimento injurídico, ilegal e contratualmente irregular. Já a espécie foi tratada pela jurisprudência, com propriedade e justiça, como se poderá ver deste exemplo, por sinal, bem significativo:

“Se a empresa, por outro lado, maliciosamente, deixava o empregado numa completa inatividade, falar não pode em maior ou menor produtividade, que dela própria foi a iniciativa de não dar serviço. Seria, no caso, beneficiar-se de sua torpeza” (Ac. TRT, 6.^a Região, Proc. n. 652/67, Rel. Juiz Duarte Neto, *in Bonfim*, cit., p. 133).

26. Quanto ao quesito E:

Sim, como perguntado, em face do exposto acima.

27. É este o nosso parecer, dado em sã consciência, s. m. j.

Rio de Janeiro, 17 de setembro de 1971.

CAPÍTULO V

NOVAÇÃO OBJETIVA DE CONTRATOS DE EXERCENTES DE CARGO DE CONFIANÇA COM REDUÇÃO SALARIAL

Tempo de serviço e grupo econômico

CONSULTA

As empresas, que constituem um grupo econômico, pretendem corrigir distorções salariais antigas, mediante acordos a serem celebrados com seus empregados estáveis que exercem cargos de diretoria, gerência ou outros de confiança do empregador, percebendo remuneração calculada, no todo ou em parte, sobre uma percentagem de participação na receita da empresa, a fim de que passem a perceber somente remuneração fixa.

Para atingir esse objetivo, previu-se a rescisão do contrato de trabalho do empregado, mediante indenização calculada, convencionada e paga estritamente dentro das exigências, permissões e limites legais, seguida de nova admissão com salário fixo e opção pelo regime do FGTS.

Dadas as peculiaridades de estrutura do grupo e a diversidade de situação dos empregados que poderão interessar-se pelo acordo, ouviu-se o Departamento Jurídico do consórcio sobre o modo de proceder-se à contagem do tempo de serviço dos possíveis interessados, bem como acerca do cálculo das indenizações, tendo o referido órgão emitido o parecer anexo à presente Consulta.

Foi, então, elaborado o incluso Projeto de Resolução, através do qual os membros do Condomínio Acionário sugerirão às empresas de cujo capital participam como acionistas cotistas a realização dos mencionados acordos, dentro de determinados critérios de caráter geral. Tal Projeto está acompanhado da respectiva justificativa em que se acham sucintamente expostas as causas das distorções salariais a corrigir e as razões da escolha do meio indicado para a correção.

Isto posto, consulta-se:

Em face da lei, do espírito do Direito Social e da jurisprudência dos tribunais trabalhistas do País:

a) São corretos os funcionamentos e conclusões do Parecer emitido em 23/12/1971 pelo Departamento Jurídico, quanto à contagem de tempo de serviço e cálculo de indenizações, considerando-se que as empresas integram um grupo econômico ou industrial?

b) É legal e exequível o projeto de alteração salarial, pela forma estabelecida nos documentos anexos?

PARECER

I — RESCISÃO DO CONTRATO, COM PAGAMENTO DE INDENIZAÇÕES LEGAIS E CELEBRAÇÃO IMEDIATA DE NOVO CONTRATO

1. Preferimos inverter a ordem das indagações da Consulta, e começar pela segunda, da letra *b*, por ser a maior, a mais significativa, verdadeiramente prejudicial e preliminar de todo o restante. Andou bem avisada a Direção em cercar-se de cautelas em matéria de tamanha relevância social e econômica, de imensa onerosidade, diante do que se veio construindo neste País, com certo exagero, em torno do chamado Direito do Trabalho, regido por princípios próprios, com legislação especial, gozando de certa autonomia constitucional, doutrinária e didática.

Entre os princípios fundamentais deste novo ramo do Direito encontra-se o da chamada *irrenunciabilidade de benefícios*, constante expressamente, pelo menos, de três dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, em vigor entre nós a partir de 10 de novembro de 1943. São eles, nesta ordem e segundo estes enunciados:

“Art. 9.º — Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.”

“Art. 444 — 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.”

“Art. 468 — 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.”

2. Significa tudo isso a incorporação ao direito positivo brasileiro do conhecido brocardo jurídico romano — *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest*. As normas de ordem pública não podem ser derogadas por pactos particulares, são irrenunciáveis, categóricas, imperativas, tuitivas, cogentes. Tutelares e protetoras, representam a intervenção do Estado numa política de dirigismo contratual, por isso mesmo, impostas, não raro, contra a vontade do seu próprio destinatário direto, no caso, o empregado, sujeito imediato de sua tutela.

Pois bem, com apoio em tais princípios e em tais dispositivos legais, construiu-se toda uma doutrina e todo um costume judiciário que fazem do empregado um verdadeiro menor social, praticamente sem vontade, autêntico mamulengo, quase irresponsável ou incapaz de praticar livremente atos jurídicos segundo os ditames da sua vontade. É bem verdade que, pela sua hipossuficiência econômica, ainda fora dos casos estritos

de vício de consentimento, nos termos técnicos da teoria geral das obrigações, como que se apresenta o trabalhador num crônico e permanente estado de necessidade, a que alguns autores denominaram de coação econômica ou social. É bem verdade, igualmente, que, pela insuficiência ou precária organização sindical entre nós, pela falta de espírito associativo, pela ausência de fortes e sérias negociações coletivas, como que vive o trabalhador isolado diante da empresa organizada, podendo sofrer toda espécie de prejuízos em seus direitos, tendo de aceitar certas fraudes, com elas pactuar, além de concordar com ilegalidades, sob pena de se ver privado de seu emprego. A organização do mundo do trabalho, entre nós, funciona até hoje, infelizmente, à base do paternalismo estatal (do Executivo e do Legislativo) ou do exagerado protecionismo da Justiça do Trabalho, notadamente em suas Súmulas e Prejulgados, que constituem verdadeira ditadura judicial.

3. Uma das fraudes mais comuns praticadas pelos maus empregadores — que os há — consistia em simular a rescisão dos contratos de trabalho de seus empregados — que continuavam trabalhando, sem solução de continuidade, — com menos de 9, 8, 7 ou 6 anos de casa (tal número de anos de serviço tinha em vista evitar a chamada *véspera da estabilidade*, com mais de 9 anos, que os obrigaria a pagar a indenização em dobro, *ex-vi*, do § 3.º, do art. 499, da CLT), pagando-lhes todas as obrigações legais, a fim de que se burlasse a aplicação dos arts. 453 e 492 da Consolidação. Manda o primeiro que se somem os períodos, ainda que descontínuos, de serviços prestados à mesma empresa, desde que o empregado não haja cometido falta grave ou não tenha *recebido indenização legal*. Determina o segundo que, após 10 anos de serviço efetivo na mesma empresa, o empregado adquira estabilidade, somente podendo ser dispensado, após inquérito judicial, por falta grave ou motivo de força maior, devidamente comprovados.

Com aquele expediente, obstava-se a aquisição da estabilidade por parte do empregado, que nunca chegaria a 10 anos de casa. Estas rescisões indenizadas eram feitas de comum acordo, por mútuo consentimento de empregado e empregador, formalmente perfeitas. Mais tarde, porém, aconselhados por advogado ou pelo sindicato, ou porque se desaviessem com seus empregadores, iam os empregados bater à porta da Justiça do Trabalho, que, esquecida de que ninguém pode alegar a própria torpeza a seu favor, começou a *construir* uma jurisprudência, baseada naqueles dispositivos acima referidos, que dava como nulos (anuláveis) tais negócios, mandando contar o período anterior de serviço prestado, ainda que indenizado, por fraude à Lei, no caso os arts. 453 e 492. Depois é que a doutrina nacional despertou para o problema, aderindo à jurisprudência já formada, e dogmatizando-a.

Hoje em dia, mais do que simples doutrina ou mera jurisprudência, chegou o Tribunal Superior do Trabalho a aprovar uma Súmula especial, excessivamente ampla, sobre a espécie. Vamos por partes. Eis alguns exemplos jurisprudenciais, sem preocupação de ordem nem de autoridade:

1 — “Continuadas rescisões do contrato de trabalho com pagamento de indenização, mas sem a interrupção na prestação do trabalho, configuram procedimento visando a burlar *preceitos legais alusivos à estabilidade*” (Ac. de 31/3/66, 3.^a T. do TST, RR 378/66, Tel. Min. Hildebrando Bisaglia, in “Rev. do TST”, 1968, p. 181);

2 — “Provada a continuidade da prestação de serviços, não se pode falar em indenização paga pelo primeiro período. Neste caso, o recibo de quitação visa a burlar e a evitar a *aquisição da estabilidade*” (Ac. de 14/6/65, 2.^a T. do TST, RR 245/65, Rel. Ministro Fiúza Lima, *id.*, p. 183);

3 — “Sucessivas demissões, ainda que com pagamento de indenização, mas imediatamente seguidas de readmissão, constituem atos nulos que visam a obstar ao empregado a *aquisição da estabilidade*. Corre a prescrição a partir do ato infringente do direito e este foi efetivamente atingido com a última dispensa, sem a sempre ocorrida e imediata readmissão” (Ac. de 28/4/64, 3.^a T. do TST, RR 5.332/63, Rel. Min. Hildebrando Bisaglia, *id.*, p. 185);

4 — “Despedida com recibo de plena e geral quitação firmado num dia e readmissão no dia seguinte, quando já possuía o empregado 8 anos e 8 meses de serviço, constitui fraude prevista no art. 9.^o da CLT, eis que visa a atingir o *direito à estabilidade*” (Ac. de 9/6/64, 3.^a T. do TST, RR 6.553/63, Rel. Min. Geraldo Starling Soares, *id.*, *ib.*);

5 — “Constitui fraude à lei a despedida da empregada, mediante indenização, com readmissão no dia seguinte em estabelecimento da mesma empresa. Nesse caso, computa-se todo o tempo de serviço para assegurar-lhe o *direito de estabilidade*” (Ac. de 8/8/66, 1.^a T. do TST, RR 514/66, Rel. Min. Arnaldo Lopes Sússekind, *id.*, p. 515);

6 — “Sucessivas demissões, ainda que com pagamento de indenização, mas imediatamente seguidas de readmissão, constituem atos nulos, que visam a obstar ao empregado a *aquisição da estabilidade*” (Ac. de 17/4/68, TST Pleno, RR-E 1.635/67, Rel. Min. Amaro Barreto, Rev. do TST, 1969, p. 77);

7 — “Considera-se *fraude à estabilidade* a rescisão fictícia do contrato de trabalho, permanecendo o empregado no exercício de suas funções, sem qualquer solução de continuidade” (Ac. de 25/6/68, 1.^a T. do TST, RR 1.197/68, Rel. Min. Celso Lanna, *id.*, p. 78);

8 — “Rescisão simulada ou fraudulenta do contrato de trabalho não impede a *configuração da estabilidade*” (Ac. de 23/2/70, 3.^a T. do TST, RR 3.037/69, Rel. Min. Amaro Barreto, in “Rev. do TST”, 1971, p. 163);

9 — “Não é carecedor da ação o trabalhador que pretende o *reconhecimento da sua estabilidade* apesar de ter, no curso de mais de dez anos ininterruptos de serviço, assinado, por duas vezes, a rescisão formal do seu contrato de emprego, com o recebimento das

correspondentes indenizações. *Pouco importa que o distrato haja sido “homologado” pela Justiça do Trabalho*, eis que, por se tratar de ato de jurisdição graciosa, não faz coisa julgada (art. 228 do CPC), podendo ser anulado através de dissídio individual, consoante estabelece o parágrafo único do art. 800 do CPC. Os dois distratos supramencionados não se confundem, também, com a *conciliação* realizada no curso do processo trabalhista, sob a supervisão do Juízo, a qual, além da *res dubia* caracterizadora da transação, retrata a *res litigiosa*. Daí, a inaplicabilidade ao caso do estatuído no parágrafo único do art. 831 da CLT” (Ac. de 4/3/71, 1.^a T. do TST, RR 4.556/70, Rel. Min. Arnaldo Sússekind. “Em. Trab.”, maio de 1971, ficha 36);

10 — “Ocorrendo *fraude à estabilidade*, mesmo indenizado o empregado, se este continua no emprego, ou é readmitido a outro prazo, tem direito à contagem do tempo anterior para todos os efeitos” (Ac. de 22/9/71, TST Pleno, E 2.567/70, Rel. Min. Lima Teixeira, “Em. Trab.”, dez. 1971, ficha 23);

11 — “Trabalhando 2 períodos na mesma empresa, deixando de receber indenização legal, quando rescindido o contrato de trabalho havendo infringência do art. 453 da CLT e Súmula 20, *cabe o pagamento da indenização dobrada ou reintegração*, se não forem incompatíveis as partes litigantes. Houve dupla rescisão contratual. Da primeira para a segunda apresenta-se um período de pouco mais de 2 meses, e paga a indenização em parte na primeira, e por completo, de maneira simples, na segunda. A soma dos 2 períodos atingiria 15 anos. A Súmula 20 fala em curto prazo para a readmissão. Pergunta-se: 2 meses é curto prazo? Depois de 8 anos de serviço, afirmamos que sim. Além do que, se a indenização não foi paga de maneira completa, cai-se na infringência do art. 453 da CLT, eis que não fora para indenização legal no primeiro período, *porque indenização legal é indenização total, completa*” (Ac. de 12/10/71, RR 745/71, 2.^a T. do TST, Rel. Min. Jeremias Marrocos, Em. Trab., dez. 1971, ficha 35);

12 — “O *pedido foi de reintegração*, porque, caracterizada a fraude nas sucessivas rescisões, sem que houvesse solução de continuidade na prestação de serviços. A fraude se configura sempre que haja prestação ininterrupta de serviço, *embora firmados tenham sido termos de rescisão*” (Ac. de 2/9/70, TST, Pleno, E-AI 1.283/69, Rel. Min. Floriano Macial, “Em. Trab.”, nov. de 1970, ficha 37);

13 — “Despedidas e readmissões sucessivas importam em fraude aos direitos do empregado, visando a elidir seu *direito à estabilidade*” (Ac. de 8/9/70, 2.^a T. do TST, RR 194/70, Rel. Min. Resende Puech, C. Bonfim, “Dic. de Dec. Trab.”, Rio, 1971, p. 269);

14 — “O acórdão regional teve como fraudulenta a dispensa do empregado seguida de readmissão. Daí, ter admitido dos dois períodos de trabalho a soma, para *efeito de estabilidade*. — Revista não conhecida, nessa parte. Ao empregado, dada a sua condição de

deficiência econômica, não é possível classificar como participe da fraude, uma vez que não tem meios de impedir a realização do ato do empregador" (Ac. de 13/10/70, 2.^a T. do TST, RR. 1.576/70, Rel. Min. Raimundo Moura, *id.*, *ib.*);

15 – "Ininterrupta a prestação de serviço pelo reclamante, não obstante o pagamento da indenização relativa ao primeiro período, nula é a rescisão, devendo ser somado o tempo respectivo, *para os efeitos legais*" (Ac. de 24/2/70, 2.^a T. do TST, RR. 1.358/69 Rel. Min. Raimundo Moura, *id.*, p. 349);

16 – "Nenhuma eficácia, quanto a corte do tempo de serviço, tem a dispensa indenizada do empregado, *que traz como ajuste expresso sua volta à empresa dentro de alguns dias*. A regra do art. 453 da Consolidação das Leis do Trabalho tem efeito retrooperante e torna *imprescritíveis os períodos descontinuos anteriores*, como fatos passados que se somam, e, portanto, se ajuntam no momento final da rescisão" (Ac. de 22/11/67, TRT, 3.^a Proc. 1.391/67, Rel. Juiz Ribeiro Vilhena, "Em. Trab.", fev. de 1968, ficha 36);

17 – "O pagamento de indenização, sem a ocorrência da efetiva rescisão do contrato de trabalho, constitui expediente malicioso, já que tem por escopo fracionar o tempo de serviço para *impedir a estabilidade do empregado*" (Ac. de 12/6/68, TRT, 3.^a, Proc. 787/68, Rel. Juiz Newton Lamounier, C. Bonfim, *cit.*, p. 349);

18 – "A dispensa simulada do empregado, sem que haja solução de continuidade na prestação de serviços, que vise a impedir a aquisição de tempo de casa, *inclusive a estabilidade*, constitui fraude à lei, sendo nula de pleno direito" (Ac. de 15/12/67, TRT, 3.^a, Proc. 1.556/67, Rel. Juiz José C. Guimarães, *id.*, p. 26);

19 – "É de nenhum efeito a renúncia à estabilidade, *ainda que homologada pela Justiça do Trabalho*, e quitação geral decorrente, *não sofrendo solução de continuidade a prestação de serviços*. *Novas condições de trabalho impostas ao empregado, prejudiciais aos seus interesses, importam em anulação do ato, restituídas as partes à situação anterior*" (Ac. de 5/7/62, 2.^a T. do TST, RR 5.553/61, Rel. Min. Thélío Monteiro, "Rev." do TST, 1968, p. 192);

20 – "Súmula n. 20, do TST, de 11/11/1970: "Não obstante o pagamento da indenização de antigüidade, *presume-se em fraude à lei a rescisão contratual*, se o empregado permaneceu prestando serviço ou tiver sido, em curto prazo, readmitido."

4. Eis aí, jogado no papel, tudo que, de recente, têm decidido os Tribunais Trabalhistas sobre a espécie da consulta. Analisemos detidamente as espécies jurisprudenciais citadas, a começar pela Súmula, quase obrigatória, como interpretação e aplicação uniforme das Leis sociais, para as instâncias inferiores da Justiça do Trabalho:

a) A Súmula n. 20 não dá, desde logo, de plano, como nula a transação, mas admite a *presunção de fraude* contra o empregador, o que vale dizer, inverte o ônus da prova, cabendo a este provar que

o negócio jurídico foi lícito e legal, sem prejuízo para o empregado. Por outro lado, no entanto, a Súmula é bem ampla, abrangedora, não distinguindo entre aquisição ou não da estabilidade, tempo de serviço, nem demais condições de trabalho. A rescisão é tida como fictícia, simulada, não realizada, voltando-se ao *status quo ante* do contrato, com todas as suas conseqüências, permaneça o empregado ininterruptamente em serviço ou a ele volte em curto prazo;

b) O espírito e a intenção iniciais da jurisprudência, como se viu, foram o de impedir a fraude à contagem de tempo para efeitos de aquisição da estabilidade, mas a Súmula ampliou a presunção de fraude para todos os efeitos legais, e não só de contagem de tempo;

c) A essas *novas condições impostas ao empregado*, refere-se expressamente a Ementa n. 19, da 2.^a T., do TST, cujo Relator ainda é Ministro daquele Tribunal, cuja presidência vem de deixar em novembro último;

d) A Ementa n. 16, do Tribunal Regional de Belo Horizonte, dá como nula a rescisão que "traz como ajuste expresso a volta do empregado à empresa dentro de alguns dias";

e) A Ementa n. 14, da 2.^a Turma do Tribunal Superior do Trabalho, excluiu o empregado da possível fraude, "uma vez que não tem meios de impedir a realização do ato do empregador".

f) Erroneamente – como nem sempre verdadeira é a anterior, – a Ementa n. 11, da 2.^a Turma, do Tribunal Superior do Trabalho, só admite como indenização legal, para efeitos do art. 453, da CLT, o pagamento total e completo da indenização, quando a própria lei permite transacionar até 60% do que for devido ao próprio estável.

g) As Ementas 9, 12 e 19, respectivamente, da 1.^a Turma, de sua Plenitude e da 2.^a Turma, do Tribunal Superior do Trabalho, dão como nula a rescisão fictícia ou simulada, ainda que homologada na Justiça do Trabalho ou constante de termos legais;

h) Finalmente, de maneira demasiado liberal e procastinatória, admitem a Ementa n. 3, da 3.^a Turma, do Tribunal Superior, e a de n. 16, do Tribunal Regional de Belo Horizonte, que a prescrição contra essas rescisões só comecem a correr a partir da resolução final e definitiva do contrato de trabalho. Daí, então, é que se inicia o prazo prescricional de 2 anos (art. 11, da CLT) contra aquele ato.

5. E o que diz a doutrina a tudo isso? Bastam dois exemplos, ambos de ex-Ministros do Tribunal Superior do Trabalho; uma mais ampla; outra mais cautelosa e restritiva; mas sempre dentro do sentido jurisprudencial.

Lá está em A. Süsskind, "Instituições de Direito do Trabalho", com D. Maranhão e Segadas Viana, 5.^a ed., Rio, vol. I, 1971, pp. 173/174:

"A jurisprudência trabalhista tem procurado reprimir os atos unilaterais ou bilaterais praticados em fraude ao sistema legal de proteção ao trabalhador, orientando-se, de um modo geral, de conformidade com as regras acima enunciadas. Assim, por exemplo:

b) a *dispensa fictícia*, tendente a reduzir os direitos do trabalhador num simulado segundo contrato de trabalho, não pode propiciar os efeitos maliciosamente visados, devendo ser computado o período de trabalho, sem consideração ao disfarce fraudulento; e o mesmo ocorrerá quando a despedida for simulada ao ensejo da alteração da estrutura jurídica da empresa ou a readmissão se der em outro estabelecimento da mesma entidade empregadora.”

Apesar de acenar com um enunciado de ordem geral — “tendente a reduzir os direitos do trabalhador num simulado segundo contrato de trabalho” — logo voltou-se o Autor para a questão do tempo de serviço, quando aquela primeira hipótese também vem abrangida pela Súmula n. 20, de novembro de 1970.

Délio Maranhão fica também unicamente nesta última hipótese, mas a trata com mais cautela; exigência de intenção de fraudar a lei e devolução ou compensação da importância recebida pelo empregado — “Direito do Trabalho”, 2.^a ed., Rio, 1971, p. 158:

“Por outro lado, ainda que o empregado tenha recebido indenização legal pelo período anterior, se houver a intenção de fraudar a lei, fracionando o tempo de serviço do empregado, como no caso em que, *de fato*, nenhuma solução de continuidade ocorreu na prestação de trabalho, a soma dos contratos se impõe (Art. 9.^o da Consolidação), com a devolução ou compensação da importância recebida.”

6. De tudo isso, como indagado na Consulta, se conclui que a doutrina e a jurisprudência trabalhistas são absolutamente severas com o que chamam de falsas rescisões de contrato de trabalho, quando continuam os empregados a prestar serviço ou a ele voltam pouco depois, em geral, como cláusula explícita no próprio termo de rescisão do contrato anterior. Ou o dão, desde logo, como nulo, ainda que homologado na Justiça do Trabalho, ou o presumem em fraude à lei, fazendo voltar o contrato às primitivas condições, anteriores à fictícia dispensa, quer quanto ao tempo de serviço e demais cláusulas contratuais, já aí infringido, também, o art. 468 da Consolidação.

7. Este o juízo de realidade, do que existe e domina no Direito do Trabalho positivo nacional e na sua interpretação através dos tribunais e da doutrina. Há evidente extrapolação jurídica, pois não se pode tratar igualmente a seres desiguais, colocando na mesma ementa um trabalhador braçal, analfabeto, semi-analfabeto, não-qualificado, com um empregado, alto empregado, profissional liberal, ocupante de cargo de confiança, de gerência ou de administração. O que, quanto ao primeiro, pode não ser válido, por presunção de fraude, já o mesmo não ocorre quanto ao segundo, plenamente consiste de seus direitos, capaz de bem discernir e de manifestar a sua vontade livremente, sem qualquer civa ou vício de consentimento.

A Súmula n. 20 inverteu o ônus da prova, pela presunção que admitiu na suposta rescisão do contrato de trabalho (quando não é definitiva). Assim, vai caber ao empregador provar que não houve nenhuma fraude, nem qualquer vício de consentimento (dolo, violência, erro, simulação,

etc.) Realmente estão certos os julgados quando declaram que não há como confundir *homologação* do negócio jurídico privado na Justiça do Trabalho com a conciliação litigiosa. A primeira, por constituir mero ato de jurisdição graciosa, não faz coisa julgada podendo ser anulada, como se anulam os atos jurídicos, por ação própria anulatória, na qual se promovem os alegados vícios de consentimento. Há que distinguir, igualmente, a simples homologação de uma rescisão ou renúncia definitivas de outra na qual o empregado continua trabalhando ou voltará a trabalhar dentro em breve para a mesma empresa, constando esta cláusula do próprio termo homologado. Na primeira hipótese, pela própria formalidade habilitante perante o Poder Judiciário, *presume-se* válido o ato, segundo cautelosa e pacífica jurisprudência; mas, na segunda por força da existência da Súmula n. 20, de 1970, *presume-se*, ao contrário, como celebrada a transação em fraude à lei. Não se pode, aqui, separar o ato de homologação de seu próprio conteúdo, que se não o invalida desde logo, pelo menos, faz levantar-se contra ele uma presunção de fraude.

8. Fica, assim, todo o futuro do negócio jurídico, livremente celebrado entre as partes, na dependência do caráter ou do humor dos empregados celebrantes. E, o que é pior, a prescrição bienal só começa a correr a partir da rescisão final, definitiva, do último contrato de trabalho, na conformidade da jurisprudência dominante, porque o seu tempo de serviço posterior deve somar-se ao período anterior, ainda que indenizado e homologado o acordo na Justiça do Trabalho. Afinal, confunde-se uma livre declaração de vontade, sem nenhum vício de consentimento, no momento do distrato, com o arrependimento ou a má fé posteriormente manifestados.

No Direito Civil tratar-se-ia simplesmente de uma novação objetiva do contrato, celebrando as partes novas condições ou cláusulas contratuais. Desde que novado por mútuo consentimento, passa o novo contrato a vigorar sem qualquer objeção entre as partes. Mas isso em Direito Civil. No Direito do Trabalho, entretanto, só é válida qualquer alteração do contrato por mútuo consentimento (art. 468); mas, ainda assim — e aqui se manifesta a peculiaridade do Direito do Trabalho — se tal alteração não acarretar prejuízo direto ou indireto ao empregado. *Pouco adianta o seu consentimento, livre, sem qualquer vício de consentimento*. Basta arrepender-se, ser mal aconselhado, e reclamar perante a Justiça do Trabalho dentro do prazo prescricional, nada mais.

De modo que, na hipótese concreta da Consulta, nada impede que venham os atuais empregados a reclamar contra a falsa dispensa (estamos nos utilizando da terminologia jurisprudencial) e a celebração de novo contrato, *que lhes acarretará redução salarial*, isto é, a alteração do salário misto (fixo e variável), para somente fixo, sem participação na receita da empresa, como até então. Não faltará, dentro da jurisprudência dominante, quem enxergue na ficta rescisão uma fraude à lei, a fim de que se burle ou viole o disposto no art. 468, da CLT, já que aos estáveis — e todos ou quase todos o são — nenhum prejuízo trará o acordo no que se refere à contagem de tempo de serviço.

9. A nosso ver ficará sempre pendente sobre a cabeça da empresa a ameaça de uma reclamação futura, a despeito dos altos postos no momento ocupados pelo empregados, seus diretores, que com ela irão transacionar. Não se vá falar em dolo, coação, violência ou erro em tal transação, dada a alta qualificação das partes interessadas de ambos os lados. Devem ser analisadas as particulares circunstâncias da conclusão da transação: se individual ou coletiva, se plúrima ou com assistência do sindicato; o nível de inteligência e de instrução das partes; o esclarecimento pleno ou deficiente que possuíam do que acertavam em definitivo. Quanto mais alta a qualificação profissional do empregado, se integrante de profissões liberais ou de quadros técnicos, ou ainda de categorias dirigentes e de cargos de confiança, mais livre e isenta de vícios de consentimento há de aparecer a transação. Caso contrário, quanto mais grosseira ou braçal a profissão do trabalhador, iletrado e isolado, torna-se mais ponderável a margem de vício de consentimento. Contudo, em uma ou outra hipótese, não há como confundir existência real de vício de consentimento, nos termos estritos da lei, com hesitação ou arrependimento, mormente depois de um certo decurso de tempo, com a transação surtindo todos os seus efeitos jurídicos.

Com razão pôde escrever *Henri de Page*, a respeito do dolo nos negócios jurídicos — “*Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*”, 2.^a ed., vol. I, Bruxelas, 1948, pp. 59/60:

“Manobras que não teriam nenhum efeito sobre uma pessoa normalmente razoável e avisada não poderiam ser admitidas como constitutivas de dolo. É necessário apreciar a receptividade da vítima *pro subjecta materia*, sem dúvida; mas é necessário não ir até proteger a ignorância imperdoável ou a negligência grosseira. Cada um deve manter na conduta dos seus negócios um mínimo de discernimento e de atenção.”

A despeito de toda a argumentação que poderá ser apresentada em defesa do empregador, no caso, as Consulentes, a ameaça persistirá, e, segundo a estranha jurisprudência — pelo menos, em dois julgados da 3.^a Turma do TST — a prescrição somente irá começar a correr a contar do final do novo contrato de trabalho, que agora se celebrará. Em termos reais e frios, é esta a situação que se constrói diante da rigidez e da inflexibilidade da jurisprudência trabalhista. Este é mais um exemplo a que pode levar o exagero da aplicação da legislação social: diante dos empecilhos e dos perigos futuros, a que se vê exposto o empregador, em casos como este, não encontra outra solução senão a dispensa, pura e simples, do empregado, sem que lhe seja dada possibilidade de mantê-lo na empresa ou readimiti-lo a curto prazo. O tiro sai pela culatra, e o excesso de proteção volta-se contra o próprio protegido, na hipótese, o empregado.

10. Diante dessa mesma jurisprudência, chegamos a ter dúvidas se a Justiça do Trabalho homologaria o termo da transação de rescisão, com pagamento parcial e parcelado da indenização, promessa de continuidade ou de volta, com opção obrigatória pelo FGTS — como sugerido no Anexo.

Caso queiram as Consulentes correr o risco desta solução, talvez fosse melhor rescindirem-se os contratos de trabalho atuais, com assistência do Sindicato de classe (voltaremos a este ponto) e posterior homologação na Justiça do trabalho, como resilição ou distrato por mútuo consentimento, sem maiores esclarecimentos, dentro das importâncias e das condições sugeridas no Anexo. Só continuariam ou voltariam os empregados que optassem pelo FGTS e aceitassem as condições, também propostas no Anexo. Mas esta segunda parte não constaria do termo geral, expresso e ostensivo, levado ao Sindicato e homologado na Justiça do Trabalho. Ficaria reservada a um acordo de cavalheiros, particularmente firmado, sob palavra, entre os interessados.

II — RESILIÇÃO POR MÚTUO CONSENTIMENTO — HIERARQUIA E VALIDADE

11. Para proteger o instituto da estabilidade, como bem patrimonial do empregado, fez o legislador constar da Consolidação das Leis do Trabalho o art. 500, desde 1943, com a seguinte redação:

“O pedido de demissão do empregado estável só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato e, se não houver, perante autoridade local competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social ou da Justiça do Trabalho.”

Revogado pela Lei n. 5.562, de 12 de Dezembro de 1968, voltou a ter vigência, com a redação acima, pela Lei n. 5.584, de 26 de junho de 1970. Encontra-se em vigor, pois.

Vê-se, numa primeira interpretação lógica, sistemática e mesmo gramatical, que existe uma hierarquia preferencial quanto à assistência para o pedido de demissão do empregado estável: a) o Sindicato da respectiva categoria; b) se não houver, a autoridade local do Ministério do Trabalho ou da Justiça do Trabalho.

A Lei n. 4.066, de 28 de maio de 1962, que estendeu tais garantias ao pedido de demissão ou ao recibo de quitação de rescisão de contrato de trabalho dos empregados com mais de um ano de casa, ainda que não estáveis, omitiu a expressão *se não houver*, quanto ao Sindicato de classe. Daí, a dúvida da existência ou não de uma possível hierarquia de obrigatoriedade ou preferência entre as entidades enumeradas no dispositivo. Isto, porém, somente em relação à Lei n. 4.066; pois, com o restabelecimento da vigência do art. 500, a matéria, pelo menos quanto aos estáveis, fica mais clara e inequívoca.

12. A doutrina e a jurisprudência inclinam-se pela ordem preferencial. Somente na ausência do Sindicato, ou, em se negando este a dar assistência ao empregado, só aí caberá a homologação perante a autoridade administrativa ou a judiciária. Com razão, apesar da assistência normal do Sindicato, aconselham os autores, por cautela, a homologação perante a autoridade competente.

Já no recuado ano de 1962, decidia a 3.^a Turma, do Tribunal Superior do Trabalho (RR 4.026/61, *Rev. do TST*, 1968, p. 191):

“Recusando-se o Sindicato de classe a prestar assistência no pedido de demissão de empregado estável, este poderá ser assistido pelo órgão local do Ministério do Trabalho ou pela Justiça do Trabalho. O art. 500 da CLT não estabelece qualquer ordem preferencial do ponto-de-vista da validade da assistência.”

Mozart V. Russomano, atual Vice-Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, enxerga uma certa ordem preferencial no dispositivo, aconselhando, ainda assim, a homologação da rescisão na Justiça do Trabalho, por cautela e maior segurança de negociação — “Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho”, vol. III, 6.^a ed., Rio, 1963:

“A lei cercou de garantias o pedido de demissão do empregado estável, a fim de evitar que seja ele coagido a deixar o emprego, renunciando ao seu direito básico. A única formalidade que o art. 500 exige é que o empregado, no ato de demissão *esteja assistido pelo representante do sindicato que, na localidade, representar sua categoria profissional*.”

Apenas na inexistência do sindicato é que o pedido deverá ser homologado pela Justiça do Trabalho ou pelo órgão local do Ministério do Trabalho e da Previdência Social, desde que autorizado, visto que a competência originária para a homologação administrativa, nos Estados, seria dos delegados regionais do trabalho. Essa homologação é subsidiária, ou seja: só é feita quando não houver sindicato representativo da categoria do empregado demissionário.

Sempre que o sindicato, por qualquer motivo, discordar da demissão do empregado ou se negar a assisti-lo pelo fato de não ser ele associado seu, a falta dessa assistência, embora exista sindicato no lugar, deverá ser suprida pela homologação administrativa ou judicial, indiferentemente. *Não obstante, mesmo que o sindicato tenha assistido o demissionário, nada impede que a homologação, através do pronunciamento dos órgãos oficiais, especialmente da Justiça do Trabalho. E é razoável que isso aconteça, pela cautela com que os patrões costumam agir em assuntos de estabilidade*” (O último grifo é nosso).

Pela hierarquia, por poupança de tempo e de papel: *A. Süsskind*, “Instituições”, cit., p. 168; *O. Gomes e E. Gottschalk*, “Curso de Direito do Trabalho”, 4.^a ed., Rio, 1971, p. 374; *J.M. Catharino*, “Contrato de Emprego”, Salvador, 1963, p. 461; *D. Maranhão*, “ob cit.”, pp. 275/276.

A matéria é pacífica. Assim, caso seja vencida a prejudicial ou a preliminar quanto à realidade da resilição dos contratos dos empregados estáveis, *aconselhamos* que o ato seja previamente *assistido* pelo Sindicato de classe, como expressamente determina o art. 500, da CLT, para, posteriormente, ser homologado na Justiça do Trabalho. A lei dá preferência ao Sindicato, pelo que significa, como pessoa jurídica reconhecida pelo Estado, como órgão representativo do interesse coletivo da categoria, como órgão criado para a defesa dos seus representados, como reforço do livre consentimento do empregado diante do seu empregador. Nesse daí a forte presunção de validade do ato e da ausência de vícios de consentimento.

13. Somos dos que interpretam a palavra *assistência* em sentido rigoroso — de estar presente ao ato, com ele concomitante, orientando o empregado, dando-lhe esclarecimentos sobre seus direitos, fazendo de assistente e assistido uma só pessoa. Como elemento de reforço à vontade do renunciante, reside aí a eficácia do ato jurídico, verdadeira forma habilitante, indispensável para a sua validade. A assistência, na expressão de *Carnelutti*, traduz-se no concurso das vontades do assistente e do assistido.

Este, porém, não é o pensamento dominante na jurisprudência especializada dos nossos tribunais. Segundo esta, não há necessidade de concomitância na presença de assistente e assistido, bastando o simples *visto* ou assinatura do representante legal do Sindicato de classe:

“O Tribunal Regional deu pela nulidade do pedido de demissão, fundado em que a ratificação pelo presidente do Sindicato ocorreu sem a presença do empregado.

— Revista provida para julgar improcedente a reclamação. A assistência de que trata o art. 500 da CLT não é no sentido gramatical de *presença*, mas no sentido jurídico de vontades conjuntas para defender a mesma causa. Irrelevante que a assinatura do presidente do sindicato assistente seja aposta no pedido de demissão do empregado estável, ausente o demissionário” (Ac de 7/10/69, 2.^a T. do TST, RR 1.604/69, Rel. Min. Raimundo Moura, “Em Trab.”, nov. de 1969, ficha 22);

“A assistência do Sindicato ao empregado estável, no pedido de demissão, pelo art. 500 da CLT, não é material, mas jurídica, não impondo as assinaturas concomitantes de ambos. *Assistência, juridicamente* havida, é o apoio supletivo de uma deficiência intelectual ou jurídica. Para esse amparo jurídico, não se exige presença simultânea do assistido e assistente na assinatura do ato. Assim, o fato de ter sido a assinatura do Presidente do Sindicato lançada, do documento, posteriormente à do empregado, não torna, por si só, nulo ou anulável o pedido de demissão” (Ac. de 19/4/67, TST, Pleno, E 3.989/65, Rel. Min. Amaro Barreto, “Em. Trab.”, março de 1967, ficha 29).

III — TEMPO DE SERVIÇO EFETIVO — CONSÓRCIO

14. Nada a acrescentar ao duto parecer do *Dr. R. dos S. L.*, quanto à contagem de tempo de serviço efetivo do empregado para várias empresas consorciadas em grupo econômico. Somam-se os períodos de trabalho prestados indiferentemente a umas ou a outras. É este o pensamento dominante na doutrina nacional, sem qualquer discrepância.

Por isso mesmo, assim havíamos redigido o parágrafo único, do art. 3.^o, do nosso Projeto de Código do Trabalho, apresentado ao Ministro Milton Campos, em 15 de julho de 1965:

“Sempre que uma ou mais empresas, tendo embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, constituírem grupo industrial comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão os efeitos da relação de emprego, consideradas *como um único empregador*.”

(O grifo é nosso).

São convincentes e exaustivos os numerosos acórdãos trazidos à colação pelo ilustre parecerista, inclusive do Tribunal Superior do Trabalho, em sua plenitude.

IV – EXERCÍCIO DE DIRETORIA E TEMPO DE SERVIÇO

15. A este respeito nem sempre foi majoritária a jurisprudência de considerar somente *interrompido* o contrato de trabalho do empregado em exercício de cargo de diretoria. Durante muito tempo foi considerado tal contrato como *suspense*, isto é, poderia o empregado voltar ao cargo efetivo na empresa, mas nenhuma vantagem tiraria, para efeitos da legislação do trabalho, do exercício de diretor.

Nós mesmos nos inclinávamos por esta opinião, como faz claro o nosso “Tratado Elementar de Direito do Trabalho”, vol. I, Rio 1960, p. 478. Os tribunais, no entanto, foram estendendo por analogia a regra do *caput* do art. 499, da Consolidação, ainda que para os empregados efetivos da empresa, eleitos em assembléia geral para os cargos de seus diretores. E neste sentido foi-se encaminhando a jurisprudência:

“O tempo de serviço em *cargo de diretoria* e computado para todos os efeitos legais (CLT, art. 499, *caput*). Conseqüentemente, o período em que o empregado exerce, por eleição, *cargo de diretoria* de uma sociedade anônima deve ser considerado para a conquista *ratione temporis* dos benefícios outorgados pela legislação trabalhista” (Ac. de 30/7/64, 2.^a T. do TST, RR 1.089/64, Rel. Min. Geraldo Bezerra de Menezes, “Rev. do TST”, 1968, p. 519);

“Em se tratando de pequeno acionista, transitoriamente ocupando cargo de direção na empresa, pelo qual recebeu *pro labore*, honorários, havendo contribuído inclusive para a Previdência Social, não se pode considerar suspenso o contrato de trabalho durante esse tempo em que continuou a serviço da empresa. É de ser contado a tempo de serviço no exercício do cargo de presidente e vice-presidente da sociedade anônima” (Ac. de 16/10/63, TST, Pleno, RR 1.895/62, Rel. Min. Fernando Nóbrega, “id”, p. 525):

“O exercício de cargo de diretoria não resolve nem suspende o contrato de trabalho, para o cômputo do tempo de serviço” (Ac. de 20/10/65, TST, Pleno, RR 1.089/64, Rel. Min. Caldeira Neto, “id.”, p. 516):

Inteiramente, pois, de acordo com as conclusões do Parecer do Dr. R. dos S. L..

V – ART. 499 – INDENIZAÇÃO AOS EMPREGADOS COM MENOS DE 10 ANOS DE SERVIÇO

16. Para os efeitos de pagamento da indenização – sempre *simples* – não distingue a doutrina nem exige a jurisprudência que o empregado,

exercente do cargo de confiança, tenha 10 ou menos anos de casa. Ainda que somente tenha exercido cargo de confiança, uma vez dispensado, faz jus à indenização simples.

É este o ensinamento pacífico da doutrina: D. Maranhão, “Instituições”, cit., com Süsskind e Segadas, vol I, p. 503; J.M. Catharino, *ob. cit.*, pp. 453/454. E do mesmo modo – com o que estamos de pleno acordo – tem-se manifestado a jurisprudência dos nossos tribunais, e seja com menos ou mais de 10 anos de serviço sempre na base da maior remuneração que tenha auferido na empresa:

“O empregado de confiança, com menos de 10 anos, tem direito à indenização, nos termos dos arts. 477 e 478 da CLT. O art. 499 manda contar-lhe todo o tempo, para todos os efeitos legais. Quando este artigo diz que o empregado de confiança, com mais de 10 anos, tem direito à indenização, é para acentuar que não faz jus à estabilidade, sem excluir, contudo, o direito geral à indenização dos arts. 477 e 478 para todos os empregados” (Ac. de 23/10/62, 1.^a T. do TST, RR 3.262, Rel. Min. Fiúza Lima, “Rev. do TST”, 1968, p. 90),

“O empregado só ocupante de cargo de confiança, com menos de 10 anos, tem direito à indenização dos arts. 477 e 478 da CLT” (Ac. de 21/9/62, 1.^a T. do TST, RR 846/62, Rel. Min. Amaro Barreto, *id., ib.*);

“A circunstância de ser cargo de confiança não exclui o direito a férias ou a indenização. A indenização de antiguidade é um autêntico prêmio de colaboração e esta não é menor, e sim maior, quando se trata de empregado de confiança” (Ac. de 15/6/64, 1.^a T. do TST, RR 374/64, Rel. Min. Lima Teixeira, *id., ib.*);

“Aquele que exerce cargo de confiança e não conta ainda 10 anos de serviço na empresa tem direito normalmente à indenização simples prevista nos arts. 477 e 478 da CLT. A norma do § 2.^o, do art. 499, da CLT, não exclui tal indenização” (Ac. de 4/5/65, 3.^a T. do TST, RR 5.595/64, Rel. Min. Hildebrando Bisaglia, *id.*, p. 89);

“A lei fala em *maior remuneração percebida* (art. 477). Se o empregado exerce, *apenas*, cargo de confiança, outra não poderá ser a base da indenização senão o que percebeu pelo exercício do cargo. Não se justifica, pois, a distinção pretendida, quando o empregado também exerceu cargo efetivo anterior. O art. 477 não distingue e usa da expressão mais compreensiva e lata *remuneração*. A prevalecer o contrário, o empregado, admitido em cargo efetivo e que passou a exercer durante longos anos cargo de confiança, nunca seria despedido sem que antes o empregador o fizesse reverter ao cargo inicial, embora perdido no tempo, para, desse modo, obter uma diminuição injusta do quanto indenizatório, calculado sobre um salário de valor puramente “histórico” (Ac. de 14/5/69, TST, Pleno, E 2.156/68, Rel. Min. Délio Maranhão, “Em. Trab.” julho de 1969, ficha 27).

VI – FACULDADE DE OPÇÃO

17. Outro cuidado a tomar-se também diz respeito ao que se refere à opção pelo regime do Fundo de Garantia. Na lei, pelo menos na lei, a opção é dada como uma resolução unilateral do empregado, um ato potestativo seu, sendo-lhe lícito e legal escolher, livremente, sob qual regime jurídico quer que transcorra a sua relação de emprego. Nunca pode ser imposto, ostensivamente, pelo empregador, sob pena de nulidade. Claro, estamos aqui expondo uma situação formal, legal, nem sempre real, é bem verdade; mas que não pode ser alterada em documentos escritos ou perante as autoridades administrativas ou judiciárias do Trabalho.

Para não nos socorrermos da doutrina, por desnecessário, tão óbvia é a matéria, são suficientes algumas ementas jurisprudenciais, como demonstrativas da cautela a ser usada, mormente quando se tratar de empregados estáveis, com resilição e transação de seu tempo de serviço anterior e readmissão ou continuação na empresa com novas condições de trabalho. Alguns exemplos:

“Quem opta é o empregado e não a empresa por ele. Não existe juridicamente a chamada opção-impositiva. Se há prova no processo que o empregador usou de meios coativos, diretos ou indiretos — tais como ameaça de dispensa, oferecimento de vantagens pecuniárias aos optantes mas não aos não-optantes ou quaisquer atos que induzam o empregado a temor — meios esses que surtem efeitos em razão do *status subjectionis* do trabalhador ou de sua maior insegurança econômica, tem-se como nula a opção, a teor dos arts. 9.º, da CLT e 86 a 91 e 98 a 101 do Código Civil. Não apenas os atos tutelados, mas também os negócios estão sujeitos a nulidade no Direito do Trabalho” (Ac. de 8/7/68, TRT, 3.ª Proc. 794/68, Rel. Juiz Ribeiro de Vilhena, in “Jurisprudência do Fundo de Garantia”, Eds. Trabalhistas, Rio, 1969, p. 4);

“Para o empregado que, livre e conscientemente, usa da faculdade de opção pelo regime da Lei n. 5.107, tal ato importa em renúncia formal à aquisição da estabilidade ou à estabilidade adquirida” (Ac. de 13/1/69, TRT, 8.ª Proc. 359/68, Rel. Juiz Orlando Baltar, *id.*, *ib.*);

“A faculdade de opção pelo regime do FGTS constitui direito potestativo do empregado, que não pode ser exercido por terceiro, sobretudo se não lhe foi outorgado tal poder” (Ac. de 28/9/70, 3.ª T. do TST, RR 2.454/70, Rel. Min. A. Sússekind, “Leg. do TR.”, jan. 1971, p. 21).

VII – NOVAÇÃO OBJETIVA PREJUDICIAL AO EMPREGADO

18. Entre pessoas de boa fé ou num regime de direito comum, estaríamos diante de uma simples novação objetiva, livremente querida e celebrada pelas partes. Estas desfariam o contrato anterior e voltariam a celebrar um novo com outras condições, nada mais. Diante, porém, dos princípios gerais do Direito do Trabalho, qualquer novação, ainda que com

beneplácito e livre consentimento do empregado (arts. 9.º, 444 e 468, da CLT), pode, dentro do período prescricional, vir a ser anulada por ação própria na Justiça do Trabalho, desde que acarrete prejuízo direto ou indireto ao empregado. A um jurista tradicional, tal assertiva chega a parecer absurda e imoral; mas, por isso mesmo é que surgiu um novo e especial ramo da ciência do Direito, que rompe, de certo modo, com a *utilitas* do Direito Civil, do tipo dispositivo, e que goza de algum particularismo.

19. A jurisprudência é unânime em admitir como alteração contrária aos interesses do empregado a mudança de forma de remuneração, de salário variável ou misto para fixo, ainda que este fixo represente a média tarifária dos quantitativos variáveis ou mesmo os ultrapasse no momento da alteração, mas que impeça o crescimento do montante salarial. Pergunte-se: a quem pode interessar diretamente a novação? De quem partiu a proposta? Esquecem os tribunais, não raro, que há sempre ou quase sempre vantagens para ambos os lados; com a novação mantém-se o contrato de trabalho. Vão-se os anéis mas ficam os dedos... E os maiores princípios do Direito do Trabalho concentram-se exatamente na conservação da empresa e na manutenção dos empregos. Ambos são correlatos e interrelacionados; são inextricáveis.

Assim, mesmo, sem bem distinguir o joio do trigo, misturando operário braçal com alto empregado, trabalhador manual com profissional liberal, vale a transcrição de alguns exemplos jurisprudencias:

“Constitui alteração ilícita do contrato de trabalho a inclusão da remuneração do repouso na comissão do empregado modificando o sistema salarial da contratação” (Ac. de 26/11/70, 3.ª T. do TST, RR 1.996/70, Rel. Min. Amaro Barreto, “Rev. do TST”, 1971, p. 132);

“Não pode o empregador modificar critérios de remuneração do empregado, ainda que com sua concordância, quando da alteração resultar prejuízo salarial” (Ac. de 23/3/70, TRT, 1.ª Proc. 3.578/69, Rel. Juiz Geraldo Guimarães, In *Bonfim*, “Dicionário”, cit., p. 299);

“É de se considerar numa alteração contratual que acarreta graves prejuízos para a remuneração do empregado, ainda que ela tenha resultado de ajuste firmado entre o aludido empregado e seu empregador” (Ac. do TRT, 1.ª Proc. 1.519/65, Rel. Juiz Euclides de Souza, *Bonfim*, “Dic”, 1968, p. 29);

“Lícita a alteração contratual consentida, comina entretanto, a lei nulidade à cláusula de que resulte, direta indiretamente, prejuízo ao trabalhador. O art. 468, da CLT, é dispositivo de ordem pública, estabelecido no interesse social e, portanto, incontornável pela vontade das partes. Cede esta em favor daquele interesse maior, tutelado pela lei imperativa” (Ac. do TRT, 2.ª Proc. 1.047/63, Rel. Juiz José Fava, *id.* *ib.*);

“É nula a alteração do contrato que importe em prejuízo para

o empregado, ainda que esta tenha se efetivado com anuência expressa deste" (Ac. de 24/2/67, TRT, 3.^a, Proc. 5.605/66, *id.*, p. 30);

"Permite a lei a alteração das condições contratuais por mútuo consenso das partes, não resultando prejuízo para o empregado" (Ac. de 11/7/63, 2.^a T. do TST, RR 5.294/62, Rel. Min. Thélío Monteiro, "Rev do TST", 1968, p. 29)".

E os exemplos poderiam continuar indefinidamente, sempre, monotonamente sempre, no mesmo sentido. Sem provocação do empregado, dentro de prazo prescricional, não poderá pronunciar-se a Justiça do Trabalho. Mas todas as espécies citadas resultaram de reclamações posteriores de empregados, que aceitaram durante algum tempo (no máximo, 2 anos) tais novações objetivas de seus contratos. Cabe, então, aos tribunais aplicar o *standard* de razoabilidade, a fim de que verifique, *in concreto*, se existe ou não o alegado prejuízo, levando em conta o conjunto de circunstâncias que determinaram a alteração.

VIII – CONCLUSÕES

20. Como se trata, na espécie, de um *parecer normativo*, preventivo, achamos por bem ter levantado hipóteses que, nos termos da Consulta, pudessem levar a um risco calculado por parte dos Consulentes. A lei, escreveu Henri de Page, é uma roupa de meia confecção, que precisa ser recortada, a fim de que possa vestir bem os diferentes clientes. É isso nem sempre o fazem os tribunais especializados, que não se dão a essa tarefa de individualização dos casos; preferem as decisões em tese, abstratas, por prejulgados, por súmulas, por sentenças pré-fabricadas, distantes da realidade.

Ninguém melhor do que os condôminos pode avaliar as reais necessidades da empresa, como deve ser conduzida a sua política econômico-financeira, de como utilizá-la e em que momento, com vontade de acertar e de ser justo, dando a cada um aquilo que é seu. Pelos riscos da resilição e da novação concomitantes, devem ser conservados somente os colaboradores verdadeiramente indispensáveis. A tanto leva o exagero de uma política social às cegas. Quanto ao mais, com as cautelas de procedimento, aconselhadas no corpo deste parecer, resta acreditar e esperar na boa fé e no caráter dos empregados de confiança com os quais se vai celebrar o negócio jurídico.

É este o nosso parecer, *sub censura*.

Rio de Janeiro, 11 de janeiro de 1972.

CAPÍTULO VI

COISA JULGADA FORMAL

Impossibilidade de reintegração de não-estável
Julgamento *ultra petita* – Despedida indireta

PARECER

I – O ACÓRDÃO RECORRIDO

1. A rigor, a Reclamada obteve *praticamente* ganho total da causa perante a Segunda Turma do C. Tribunal Superior do Trabalho. Assim é que acordaram seus ilustres Ministros, não só em conhecer da Revista, como igualmente em lhe dar provimento parcial, a fim de excluir da condenação a verba da "remuneração suplementar" e a parcela de "salário-utilidade-transporte". Isto, ao final do acórdão, como conclusão, de 7 de novembro último.

Por outro lado, embora deixando de acolher a alegação da coisa julgada, nem por isso esquivou-se de afirmar, com acerto, na segunda metade da ementa:

"A sentença só pode decretar reintegração de empregado estável. Garantir o emprego ao instável não tem significado jurídico nem é preceito exequível por constrição jurídica."

Este final da ementa resume e reitera um parágrafo significativo dos fundamentos decisórios do acórdão, nestas palavras:

"Mas de nenhum efeito é a parte da sentença que garante a volta ao emprego, o que só poderia ser decretado em caso de estabilidade. Sentenciada, isso sim, a reversão ao cargo efetivo, pela própria empresa, não se conformou o empregado, julgando-a abusiva e ilícita. E denunciou o contrato. Se perder a causa, afinal, cumpre ou não cumpre a determinação patronal, o que é outro problema que não o da coisa julgada, que só se formará na sentença final e única, que entregará a prestação jurisdicional."

2. *Data venia* do preclaro Ministro prolator do acórdão, dos maiores da nossa admiração e respeito, pretendemos demonstrar, neste Parecer, que o Tribunal Regional *a quo*, são só violou o preceito da coisa julgada, como também, ao fazê-lo, decidiu *extra-petita*.

3. Rigorosamente, voltamos a repetir, pelo que se afirma na ementa e pelo que se declara nos fundamentos decisórios do acórdão, ambos constituindo-se em *decisum*, reformado também foi, nessa parte, o acórdão do Tribunal Regional, quando mandava reintegrar o Reclamante em São Paulo, no cargo efetivo, anteriormente ocupado na empresa. Se de nenhum efeito é a parte da decisão regional que garante a volta ao emprego, cas-

sado também foi ele neste particular, não encontrando o Reclamante nenhuma matéria a seu favor, nada a executar, eis que a execução nada mais é do a eficácia prática da sentença.

Até aqui, tendo perdido a causa — para usar a linguagem da E. Turma, — quer no Tribunal Regional, quanto ao que inicialmente pleiteara, quer na c. Turma, e havendo denunciado o contrato, como se reconhece em todos os julgados, nada mais resta ao Reclamante fazer judicialmente, porque nenhuma decisão encontra a seu favor para levar a execução.

4. Contudo, cônica da sua razão e desejosa de maior segurança na prestação jurisdicional, insiste a Reclamada em afirmar que o Tribunal Regional foi além dos estritos limites da apelação que lhe endereçara o Reclamante, substituindo-lhe o pedido inicial, dando-lhe o que ele próprio não pedira, contrariamente ao que reconheceu a própria Junta e com o que se conformou, expressa e elogiosamente, o Reclamante.

II — O PEDIDO, A SENTENÇA E OS RECURSOS ORDINARIOS

5. Trata-se de empregado não mais estável, pois optara pelo Fundo de Garantia a 14 de abril de 1968, segundo suas próprias palavras na petição inicial. Alegando inadimplência contratual da Reclamada, tida por ele como abusiva sob a forma de transferência de localidade, deu o Reclamante como rescindido o seu contrato de trabalho, *afastando-se imediatamente do emprego, desligando-se da sua obrigação de fazer*, pleiteando em Juízo as reparações que lhe pareciam cabíveis. A sua petição vem datada de 29 de outubro de 1970, concluindo não só por dar como resiliado o pacto de trabalho, como também por pleitear as indenizações legais. Em nenhum momento lhe ocorreu pedir a manutenção do vínculo, muito menos a sua volta a São Paulo, ao cargo efetivo. Interessava-lhe somente dar como resiliado o contrato, a seu ver, por culpa da Reclamada, e receber a indenização por tempo de serviço. Nada mais.

6. Assim o compreendeu a Reclamada, fixando-se a lide com a sua contestação nos autos, datada de 11 de novembro. Em sua defesa, escreveu a Reclamada:

“Valendo-se da faculdade que lhe conferia, em tese, o art. 483 da CLT, o Reclamante, que não é titular do direito de estabilidade no emprego, porque a ele renunciou expressamente (Lei 5.107, de 13.9.66, fls. 18, *caput*) considerou rescindido o seu contrato de trabalho, para “pleitear a devida indenização”, que seria a prevista no art. 16 da Lei 5.107. E, para assim proceder, entendeu o Reclamante que se verificaram as hipóteses previstas nas alíneas *a*, *b* e *d* do citado art. 483 da CLT (fls. 18). Quer isto dizer que, segundo tal entendimento, a Reclamada lhe teria exigido “serviços superiores às suas forças, defesos por Lei, contrários aos bens costumes, ou alheios ao contrato” (letra *a*); tê-lo-ia “tratado com rigor excessivo” (letra *b*) e, finalmente, não teria “cumprido as obrigações do contrato” (letra *d*).

A seu ver, consubstanciar-se-iam aqueles pressupostos da despedida indireta em face dos seguintes fatos...”

A fls. 23 de suas razões, tornava a escrever a Reclamada em sua contestação-defesa:

“Agora, porém, com a decisão do Reclamante, *pondo fim ao seu contrato de trabalho*, sob color de o fazer com fulcro no art. 483 da CLT, vai a Reclamada procurar preencher o referido cargo, porque sua vacância está sobrecarregando outro seu colaborador que o vem exercendo cumulativamente.”

Mais adiante, quase ao final das razões de defesa, dizia a Reclamada, como razão de não serem devidos salários:

“A pretensão é absurda, *data venia*, eis que o Reclamante, fundado nas razões que alinhou no petição inicial, asseverou, enfaticamente, que “*é de dar-se pela rescisão indireta do contrato de trabalho do Suplicante* (fls. 14, item 36). *Rescindido o ajuste*, não produzirá mais qualquer efeito, inclusive em relação a salário, como é óbvio”.

E, finalmente, na folha seguinte, no item 43 da defesa:

“Mesmo quando fosse possível a superação do óbice apontado — *resisão com fincas também nas alíneas a e b do art. 483* — hipótese levantada apenas para argumentar é bom sublinhar, ainda assim não haveria fundamento para a pretensa subsistência da relação de empregado. *É que o Reclamante não permaneceu e nem permanece “no serviço”, como a inicial o revela.*”

7. Vem a sentença de primeira instância, e a MM. Junta faz suas as inteiras pretensões do Reclamante, com ênfase e entusiasmo. O contrato estava rescindido por ato de vontade do Reclamante, que se afastou do emprego e não acatou a volta a São Paulo. A Junta deu cobertura jurídica ao fato e condenou a Reclamada a pagar ao Reclamante praticamente tudo que pleiteava. Resume o pedido e a contestação, *reconhecendo ambos que o Reclamante havia rescindido o contrato de trabalho*. Já ao fundar a decisão, declara a Junta:

“A pretensão da inicial, *relacionada com a rescisão indireta do vínculo contratual*, se fundamenta...”

Três folhas adiante, insiste a Junta:

“Invoca o Reclamante, também *como fulcro de despedida indireta*, a alínea *a* do art. 483 da CLT...”

E de forma inequívoca, na condenação:

“São os fundamentos pelos quais RESOLVE a 1.ª Junta da Conciliação e Julgamento de julgar, em parte, procedente a reclamação promovida por P. S. R. contra T. L. S. A. para o fim de, *reconhecendo conforme a lei e o direito a rescisão contratual manifestada pelo reclamante*, fundada em atos faltosos e no abuso de direito da reclamada, como exposto e analisado na motivação, condenar esta a pagar ao reclamante as parcelas correspondentes a:

1 — *indenização por tempo de serviço, em dobro...*”

8. Aí está, bem dentro de pedido — positivo, certo e unívoco, — decidiu a Junta *reconhecer* a resilição do contrato, já praticada pelo Reclamante, que se afastara do serviço e não reassumira o cargo efetivo de São Paulo. Deu pela chamada rescisão indireta e condenou a Reclamada a pagar ao Reclamante a indenização correspondente por tempo de serviço.

Assim se fixara a lide em primeira instância, em torno dela se manifestaram as partes e em *perfeita coerência processual* assim decidira a Junta em seu Julgamento.

9. Inconformados, recorrem ambos os litigantes para o Tribunal Regional: a Reclamada em apelação total, abrangendo todos os pontos da sentença, pleiteando a sua reforma completa, com a decretação da improcedência integral do pedido; o Reclamante o faz *só em parte*, quanto a importâncias que acreditava lhe serem devidas.

Nas suas razões, sempre dentro da mesma tese do pedido e dos fatos provados e comprovados, insiste a Reclamada em afirmar, no item 12:

“Evidenciou-se, e à saciedade, a inexistência de fundamento jurídico para que o *Recorrido denunciasse o seu contrato de trabalho.*”

Na folha seguinte, ressalta ainda a Reclamada o “*desfazimento da relação de emprego*” pelo Reclamante e, de acordo com a boa doutrina, considera que este deveria ter reassumido o cargo efetivo em São Paulo, onde lhe caberia apresentar reclamação, deixando o cargo de confiança.

10. No recurso ordinário do Reclamante, manifesta-se ele somente “inconformado, em parte, com a v. sentença”, e assim inicia as suas razões:

“Poucas, pouquíssimas vezes as em que se depara com sentença tão bem fundamentada, tão bem exposta, tão bem concluída — como a do caso vertente.”

O douto julgado, segundo o Reclamante, merecia reparo somente “em algum ponto particular”, que era o atinente ao salário-utilidade do uso do carro. Por isso mesmo, conclui o seu recurso, assim delimitado:

“Em face do exposto, espera e pede o Reclamante a reforma do julgado, tão apenas no ponto acima considerado...”

11. No acórdão do Tribunal Regional, reconhece o seu prolator:

“Em seu recurso pede o reclamante apenas que seja excluído da sentença por ela fixado para o arbitramento da utilidade relativa ao uso do automóvel.”

Dá-lhe ganho de causa e reforma a sentença nesta parte. Mas, surpreendentemente, dá ganho de causa também ao recurso da Reclamada, tendo como não rompido o vínculo contratual e mandando o Reclamante reassumir o cargo efetivo em São Paulo...

12. Tão surpreendente e inesperada lhe pareceu esta decisão do Tribunal Regional, que, de imediato, quando do Recurso de Revista, logo contra ela se manifestou a Reclamada, fazendo dessa possível reintegração o primeiro ponto de contestação. Vale a transcrição do longo trecho da sentença da Junta, *sem impugnação nem recurso do Reclamante*, no qual fica bem claro e provado o desligamento da empresa, com a resilição do

contrato e total inconformidade com a volta para São Paulo, não constante do pedido inicial:

“Relativamente aos salários vencidos e vincendos, releva notar que o reclamante, *nem alternativamente*, postula a anulação da ordem de transferência (ou de reversão, como também a defesa) e o conseqüente restabelecimento das condições contratuais, ou seja, lhe confira a Justiça a readmissão no cargo de gerente da filial de R., quando estaria em jogo judicial para recomposição das cláusulas decorrentes do ajuste e o atendimento aos salários pelo período de afastamento. *Abstendo-se de cumprir a determinação de regresso à capital bandeirante, que considerava lesiva aos seus direitos, o autor acabou por se desvincular do emprego e o fez com tal convicção que devolveu o veículo que utilizava e cujo valor integrava sua remuneração como parcela in natura*, fls. 115, fazendo sentir a carta de fls. 164, juntada pelo próprio interessado, que sua saída era, efetivamente, *peremptória*. Saliente-se, em abono a esse entendimento, que o reclamante, ao ingressar em juízo, não mais se achava investido do direito à estabilidade, extinto com sua opção pelo regime jurídico do FGTS, conforme carteira profissional de fls. 37 e declaração constante da petição inaugural. Por conseguinte, em tais circunstâncias, *permissa venia, não se deferem os salários pelo período posterior à rescisão já operada.*” (fls. 518)

13. Contra tais afirmativas e fundamentos decisórios não se insurgiu o Reclamante, com eles concordando em seu recurso ordinário para o Tribunal Regional. A sentença fora proferida “com serenidade, elegância e lucidez”, no seu dizer, podendo ser considerada “praticamente irrespondível”. O seu pedido assim fora formulado, os fatos provados eram os declarados pela Junta, o seu desejo (do Reclamante) era no sentido de que assim permanecessem — rescindido o seu contrato, sem volta a São Paulo nem reatamento em R., com o recebimento de vultosa indenização pecuniária. Seu maior desejo era que tais assertivas e decisões se constituíssem em coisa julgada para todo o sempre, com que fundamento, então, foi a sentença da Junta reformada pelo Tribunal Regional também nesta parte, a mais importante do feito, e da qual ninguém havia recorrido?

O próprio Reclamante, no seu recurso de revista, se insurgiu contra o acórdão do Tribunal Regional, considerando *sentença lapidária* a decisão da Junta, que “acolheu toda essa Reclamação, considerando provados os fatos articulados na inicial, julgando procedente a ação”.

III — RECURSO ORDINÁRIO — EXTENSÃO E COMPREENSÃO

14. O recurso ordinário na Justiça do Trabalho corresponde ao recurso de apelação da Justiça Comum. Pode ser total ou parcial, baseado no princípio da sucumbência. O *recurso da Reclamada* foi geral, pretendendo a reforma de toda a sentença, devendo ser julgada improcedente a ação, como em suas razões de defesa, deixara escrito — *por negação geral*. Não houve os alegados motivos para a rescisão indireta, já levada a efeito pelo empregado. Rompido o vínculo, por iniciativa do Reclamante, se julgados

insuficientes os motivos apresentados, nenhuma reparação jurídica lhe poderia caber.

O recurso do Reclamante fora parcial, parcialíssimo, reduzido a um ponto mínimo da sentença. Para ele nada lhe seria mais agradável do que ver passar em julgado o restante da sentença a seu favor, inteiramente contida no seu próprio pedido.

É este o ensinamento da doutrina, sobre o qual passaremos rapidamente, tão pacífica é a matéria. O tribunal "ad quem" não pode manifestar-se além daquilo que foi pedido no apelo, já que se trata de recurso voluntário, livremente fixadas a sua extensão e compreensão pelas próprias partes interessadas, sob pena de *reformatio in peius*.

Algumas citações de fácil acesso, para passarmos a pontos mais importantes. Escreve G. Chiovenda — "Instituições de Direito Processual Civil", trad., vol. III, São Paulo, 1945, p. 354:

"O apelante que promove o processo de apelação deve determinar quais de suas demandas rejeitadas em primeira instância pretende sustentar em apelação, quais das demandas adversas aceitas em primeira instância combater em apelação; daí, a regra do art. 486, já lembrada, em virtude da qual, se a sentença se apresenta em vários artigos e só um deles foi impugnado, se considera que o apelante aceitou os demais; se não se fizer a indicação dos artigos, considera-se que se interpôs apelação contra todos."

Daniel Parisot e Alfred Jauffert — "Manuel de Procédure Civile et Voies d'Exécution", Paris, 1967, p. 168:

"O juiz de apelação não compreende sempre todas as questões que foram submetidas ao primeiro juiz. Com efeito, o apelante pode restringir sua apelação a certos capítulos da sentença."

Adolfo Schönke — "Derecho Procesal Civil", trad., Barcelona, 1950, p. 306:

"O escrito da apelação deve preencher diversos requisitos... b) a *súplica* que formule a parte, isto é, a declaração da medida em que a sentença é impugnada e as modificações da mesma que se solicitam."

Quando a apelação é parcial, dá-se uma redução do campo do pedido em segunda instância; a *causa petendi* mantém-se íntegra em seu conjunto, mas o tribunal *ad quem* somente pode apreciar as questões trazidas ao seu conhecimento pelo recorrente. Não havendo gravame ou sucumbência, dá-se como definitivamente decidido o pleito, neste particular. Escreve, por exemplo, José Frederico Marques — "Instituições de Direito Processual Civil", vol. IV, Rio 1960, p. 160:

"A apelação parcial provoca imperiosa e imutável redução da lide no Juízo de segundo grau."

Quando a sentença é impugnada apenas em parte, como dissemos, dá-se uma redução da lide. E prossegue M. Seabra Fagundes — "Dos Recursos Ordinários em Matéria Civil", Rio, 1946, p. 277:

"A controvérsia, que girava em torno das pretensões expostas na inicial e na contrariedade, cessa a propósito de algum dos pontos litigiosos, pela aceitação da sentença como ato decisório, e perdura em relação ao mais."

Estas lições, tão elementares, sedições e óbvias, vêm repetidas em todos os tratadistas, dispensando-nos de maiores pesquisas. Para não citar a prata da casa, basta indicar alguns recentes compêndios alemães e franceses: Fr. Lent e Oth. Jauernig, "Zivilprozessrecht", 5.^a ed., München, 1970, pp. 213/214; G. Fricke e J. Wiefels, "Zivilprozess", vol. II, Düsseldorf/Stuttgart, 1965, pp. 8 e segs.; J. Goldschmidt, "Zivilprozessrecht", Darmstad, 1969, pp. 221/22; A. Joly, "Procédure Civile et Voies d'Exécution", vol. I, Paris, 1969, p. 276; J. Larguier, "Procédure Civile", 2.^a ed., Paris, 1970, pp. 80/82.

15. Em resumo, o Reclamante recorreu somente de parte mínima da sentença, daquela em que se julgou em sucumbência, pretendendo que o resto permanecesse como estava, que passasse em julgado, fosse *intocável*. A Reclamada recorreu de toda a sentença, pleiteando que fosse a ação julgada improcedente, com perda total da reclamação. Não mais existia relação de emprego entre ela e o Reclamante, por iniciativa deste, que dera o contrato por resilido, não mais trabalhara, não reassumira o cargo efetivo em São Paulo e fora reclamar em juízo os alegados direitos.

Como veremos adiante, não poderia o Tribunal Regional revolver toda a matéria da inicial, ultrapassando o pedido e os recursos, decidindo da forma por que o fez. *Ao fazê-lo, feriu coisa julgada e julgou "ultra petita"*.

IV — COISA JULGADA FORMAL

16. Voltamos às coisas óbvias, rogando licença para assim proceder. Pelo princípio de economia processual, as questões já decididas nas diversas instâncias, e as quais não hajam os interessados impugnado, mediante recurso, passam em julgado. A lide vai-se reduzindo, sofrendo um adelgaçamento de baixo para cima, trazendo certeza e garantia às relações jurídicas já estabelecidas entre as partes. *Constitui-se coisa julgada formal quanto a esses capítulos de sentenças, dos quais não se recorreu a tempo, não se quis recorrer ou não cabe recurso. Passam em julgado, segundo a linguagem tradicional*. Pouco importa o motivo que levou a parte a assim proceder, sendo de logo compreensível, caso não tenha havido sucumbência. Nesta hipótese, é lógico, se a sentença foi de acordo com o seu pedido, tanto melhor: que passe em julgado. E nem outro poderia ser o seu mais ardente desejo. Foi exatamente o que se deu na espécie.

17. Desde o primeiro momento, na Revista, invocou a Reclamada a violação da coisa julgada por parte do Tribunal Regional. E mesmo que não o houvera feito, pode a exceção de coisa julgada ser invocada a qualquer momento do processo e em qualquer instância. Tal é o princípio comezinho da doutrina, mormente por se constituir em questão constitucional.

Dois mestres nacionais. Registra *Seabra Fagundes*, cit., p. 291:

"A exceção da coisa julgada, por sua natureza, é oportuna em qualquer momento da relação processual."

E afirma *Frederico Marques*, cit., vol. V, p. 68:

"Por tratar-se de questão suscetível de ser reconhecida até mesmo de-ofício, a existência de coisa julgada pode ser aduzida como preliminar da contestação, ou em qualquer outra fase do processo."

Na página anterior, mais claramente quanto à primeira parte da sua frase, esclarece *Frederico Marques* que "a coisa julgada pode ser conhecida de-ofício, pelo juiz. *Trata-se*, diz o autor, *de questão de ordem pública que independe de arguição das partes*."

E mesma é a lição de *Seabra Fagundes*, p. 292.

18. Ao contrário da coisa julgada material, que se projeta fora do processo, em relação a outros processos futuros, tornando imutável a decisão anterior, a *coisa julgada formal opera-se dentro do mesmo processo, no seu próprio andamento, em diferentes instâncias e jurisdições*. É a que se contém no art. 6.º, § 3.º, da Lei de Introdução ao Código Civil:

"Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judiciária de que já não caiba recurso."

Escreve *Frederico Marques*, cit., vol. V, p. 40:

"Inalterável se torna a sentença, quando dela já não caiba recurso, ou por haver sido exaurido o procedimento recursal, ou por haver ocorrido preclusão que impeça instaurar-se qualquer procedimento dessa natureza."

E isso se dá, por exemplo, quando a parte recorre somente de alguns capítulos da sentença; para ela, ficam exauridos os recursos quanto à parte da qual não recorreu, que deixou de ser impugnada — essa passa em julgado. O Estado dá, quanto a ela, como perfeita e acabada a prestação jurisdicional. É a lição dos doutos.

Depois de afirmar que o principal efeito da sentença é a formação da coisa julgada, seu efeito característico, por isso que "a sentença, definindo o litígio, obriga as partes", conclui *Gabriel de Resende Filho* — "Curso de Direito Processual Civil", vol. III, São Paulo, 1960, p. 48, que,

"a sentença passou em julgado — é o sentido processual da coisa julgada."

E passa em julgado quando a parte, ou por haver sido vitoriosa ou por haver desistido, deixa de recorrer dentro dos prazos e das condições processuais. Daí, dispor o art. 28 do Código de Processo Civil:

"A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força da lei nos limites das questões decididas."

19. Por não haver sucumbido, não recorreu o Reclamante da parte que lhe dava ganho de causa quanto à rescisão contratual; fê-lo unicamente quanto a pagamento salarial *in natura*. O seu pedido não foi alternativo, logo, inexistentes os motivos que o levaram à rescisão precipitada da relação de emprego, não pode ser transformada a condenação em reinte-

gração ou reassunção em São Paulo: rompido o vínculo e passada em julgamento a parte de que deixou de recorrer, dada segundo o seu pedido, nada mais lhe cabe fazer, ficando sem emprego e sem recurso processual.

É o que dispõe o art. 825 do Código de Processo Civil:

"A sentença proferida em grau de apelação substituirá, *no que tiver sido objeto do recurso*, a decisão apelada."

Por isso mesmo escreve *Odilon de Andrade* — "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. IX, Rio, 1946, p. 179:

"Claro é que na parte não apelada a sentença de primeira instância ficou sendo o único julgado; daí, a ressalva do artigo do texto "no que tiver sido objeto do recurso"."

Outra não é a lição de *João Claudino de Oliveira e Cruz* — "Dos Recursos no Código de Processo Civil", 3.ª ed., Rio, 1968, p. 136:

"Por via da apelação, a causa é submetida, na instância superior, a um novo exame. A relação jurídica controvertida e apreciada, amplamente, no Juízo da apelação. A sentença de primeira instância é substituída pela preferida em grau de apelação e só subsistirá na parte em que, porventura tenha o selo da coisa julgada, pois a apelação pode ser parcial e por isso mesmo diz a lei: substituirá... *no que tiver sido objeto do recurso*..."

Dentro da mesma linha de raciocínio, dá *Pontes de Miranda* como encerrado o processo constitutivo da sentença quando dela, no todo ou em parte, não couber recurso ou quando dele houver desistido a parte interessada — "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. V, Rio, 1949, p. 20:

"Proferida a sentença, o que vale dizer apresentada a prestação jurisdicional, ou as partes a impugnam e, nesse caso, se devolve à instância superior (além dos casos de apreciação pelo próprio juiz prolator), ou não há impugnação e está definitivamente cumprida a obrigação estatal de dirimir o pleito."

Gabriel de Resende Filho é categórico, cit., vol. III, p. 101:

"Sendo, porém, parcial a apelação, já não é dado ao Tribunal reformar a sentença na parte de que não houve apelação. É que a respeito dessa parte se produziu coisa julgada."

Lembram *E. Garsonnet e Ch. César-Bru* — "Précis de Procédure Civile", 7.ª ed., Paris, 1911, p. 517, que tem força de coisa julgada toda sentença que não pode mais ser retratada nem reformada.

É o que se dá quando a parte recorrer somente parcialmente; o resto, de que não recorreu, passa em julgado, torna-se irrevogável. *Decretada, ou melhor, homologada ou reconhecida a rescisão do contrato de trabalho por ato voluntário do Reclamante, pela Junta, passou em julgado esta parte da sentença, sujeita ao princípio da imodificabilidade ou da imutabilidade. As partes ficam na situação jurídica em que as deixou a sentença — não mais são empregador nem empregado entre si. Estão desvinculadas totalmente.*

20. No sentido de doutrina exposta acima enfileiram-se os julgados dos Tribunais de Trabalho. A 30 de março de 1965, decidia a 3.^a Turma, do Tribunal Superior do Trabalho, Proc. RR 3.469/64, Rel. Min. Charles Moritz, in C. Bonfim, "Dicionário de Decisões Trabalhistas", Rio, 1968, p. 59:

"A alegação "de coisa julgada", pelo seu aspecto substancial, pode ser admitida em qualquer fase da lide."

Já muito anteriormente, outro não era o pronunciamento daquele c. Tribunal, pelo voto do Min. Antônio Carvalhal, no Proc. 2.168/51, in "Revista do TST", set./dez. de 1953, p. 42:

"A alegação de "coisa julgada", pelo seu aspecto substancial, há de ser admitida em qualquer fase da lide."

21. A 23 de agosto de 1947, publicava o *Diário de Justiça* a decisão ainda do c. Tribunal Superior, no Proc. n. 2.503/47, do qual fora relator o Min. Delfim Moreira, com a seguinte ementa:

"Os efeitos produzidos por decisão da qual não houve recurso devem permanecer irrevogavelmente adquiridos.

Não pode o Tribunal reformar uma parte da sentença, sem que dela tenha havido recurso, para piorar a situação do empregador."

Mais recentemente decidiu o E. Tribunal Superior do Trabalho, *Pleno*, em acórdão de 17 de maio de 1967, no Processo RR 5.548/64, tendo como relator o Min. Délio Maranhão, in "Rev. do TST", 1969, p. 37:

"Quando a motivação da sentença dispõe, há *decisum* e, se deste não se interpõe recurso, configura-se a coisa julgada."

De igual teor é o acórdão da 1.^a Turma, do mesmo Tribunal, no Proc. RR 3.828/65, proferido em 26 de junho de 1967, tendo como Relator o Min. Amaro Barreto da Silva, *id. ib.*:

"Não havendo recurso ordinário de parte da sentença, constitui ela coisa julgada, sendo ofensa a esta a alteração no acórdão regional."

22. *Last but not least*, guardamos para o fim de propósito o acórdão da 2.^a Turma do E. Supremo Tribunal Federal, no Rec. Extr. n. 12.296, publicado no *Diário de Justiça* de 13 de dezembro de 1949, p. 4.257, do qual foi Relator o Min. Lafayette de Andrada. Eis a sua ementa, consagrada do que vem sendo aqui sustentado:

"Justiça do Trabalho. Indenização. Pagamento em dobro. *Julgamento ultra-petita*. Provimento do recurso extraordinário. — Se o pedido inicial foi feito de forma alternada e aceita uma delas em definitivo, em decisão de que não houve recurso do autor, não permite a lei que se julgue contra o que constitui matéria julgada.

Da decisão de que só recorreu a empresa, não podia resultar para esta situação pior que a decorrente do aresto recorrido."

23. Para encerrar este capítulo, resta-nos somente recordar, como já o fizera o ilustre patrono da Reclamada, que se trata de matéria constitu-

cional, já que violado foi o disposto no art. 153, § 3.^o, da Constituição em vigor, que consagra o respeito à coisa julgada.

Como achega, convém seja trazido à colação o ensinamento de *Pontes de Miranda*, quando escreve — "Comentários à Constituição de 1946", vol. IV, São Paulo, 1953, pp. 138/139:

"A coisa julgada é formal quando não mais se pode discutir no processo o que se decidiu. A coisa julgada material é a que impede discutir-se, noutro processo, o que se decidiu. A alusão do art. 141, § 3.^o, é à coisa julgada formal, e não só à coisa julgada material; também se entende a coisa julgada material porque essa contém aquela, ao passo que nem toda decisão dotada de eficácia de coisa julgada formal produz coisa julgada material."

V — JULGAMENTO "ULTRA-PETITA" DO TRIBUNAL REGIONAL

24. Com a violação da coisa julgada e em decorrência lógica dessa decisão, julgou ainda o Tribunal Regional *ultra petita*, eis que a sentença da Junta nada mais era do que um papel carbono do pedido inicial do Reclamante. Era aquela sentença o que ele sempre desejou; não fez pedido alternativo; deu por findo o contrato e foi a Juízo pleitear as indenizações por despedida indireta. Ora, ao decidir da forma por que o Tribunal foi além do seu pedido; conferiu-lhe o que ele não havia solicitado. E, ainda mais, cometeu duplamente julgado *ultra petita*, pois foi além, muito além, dos termos estritos e parciais do próprio recurso ordinário. Em verdade, ao verificar que não havia motivos para a despedida indireta, procurou o Tribunal manter o emprego do Reclamante, mas o fez, num exemplo de justiça à Magneau, contra a letra da lei, a doutrina e a jurisprudência. Amontou uma série de incongruências e irregularidades.

25. O voto vencido do Min. Ribeiro de Vilhena reconhece o julgamento *ultra petita* do Tribunal Regional, com violação do art. 4.^o, do Código de Processo Civil. Nega a coisa julgada e, paradoxalmente, afirma que a Reclamada foi beneficiada pelo julgamento, que lhe foi mais favorável. Em primeiro lugar, somente a Reclamada poderá avaliar, entre o quantitativo da primeira instância e o qualitativo da segunda, qual dos dois lhe é mais prejudicial. E, em segundo, a coisa julgada pode ser excepcionada por qualquer das partes, vencido ou vencedor, ou ainda de officio. A doutrina é pacífica a respeito, dada a sua natureza de ordem pública.

26. Como dizíamos, reconhece o voto vencido do Min. Vilhena que "o E. Tribunal a quo fugiu ao pedido e teria julgado pretensão não invocada, ou seja, permanência no emprego (vide, inicial, 1.^o vol., fls. 18, em que só se pleiteia indenização e não, alternativamente, a manutenção do cargo anterior)."

Violado foi o art. 4.^o, do Código de Processo Civil, como continuaria violado, já agora pela C. Turma do Tribunal Superior, caso fosse mantida a esdrúxula reintegração de empregado não-estável constante do acórdão da segunda instância.

O Reclamante sempre quis uma só coisa: desligar-se da Reclamada e receber as indenizações legais. Esta a sua *causa petendi*, única, incisiva, distinta. Na linguagem de *Chiovenda*, cit., vol. II, p. 406:

“A declaração de querer atuada uma vontade *concreta* de lei compreende a designação do bem a que se aspira e das razões pelas quais se pretende tal bem garantido pela lei (*petitum e causa petendi*)”.

Uma vez estabelecido o pedido — e raramente o temos visto tão claro e peremptório como o do Reclamante — não pode mais ser alterado, inovado, *secundum eventum litis*. E nem o alterou o Reclamante, a bem da verdade. Delimitada a *res in iudicium deducta* pelo pedido inaugural e apresentada a contestação pelo réu, não há como mudar a lide. Poucas vezes, repetimos, temos encontrado uma *causa petendi* tão certa, em sentido processual, como a do Reclamante. Tudo o que se decidir fora dos precisos termos do pedido vem eivado de vício, a ser corrigido pela instância superior.

Com a propriedade de sempre, escreve *Frederico Marques*, cit., vol. IV, p. 184:

“A lide, em segundo grau, pode ser equacionada sob esquemas diversos dos que foram traçados na decisão da instância inferior, desde que o julgado ou aresto não ultrapasse os limites do pedido. Se o exceder, estará violado o art. 4.º do Código de Processo Civil, preceito esse que deve nortear a delimitação da atividade jurídica também em segunda instância.”

27. A jurisprudência dos tribunais especializados, como não poderia deixar de ser, manifesta-se tranqüila no sentido dos ensinamentos doutrinários. Ainda recentemente decidia a E. 2.ª Turma, do C. Tribunal Superior do Trabalho, no Proc. RR 675/72, em acórdão de 22 de agosto de 1972, do qual foi Relator o Min. *Coqueijo Costa* — “Ementário Trabalhista”, nov. 1972, ficha 4:

“Quando é o empregado quem denuncia o contrato, nos termos do art. 483, pedindo indenizações, será julgar *extra-petita* mandá-lo de volta ao emprego. Não importa que ele seja estável, porque, em qualquer hipótese, o direito à rescisão é reconhecida e fica ao arbítrio do empregado pretender o restabelecimento do *status quo ante* ou pleitear a rescisão com indenização. Admitir que o não estável pode fazê-lo (e o Juízo não pode mandar que ele seja reintegrado) e o estável não tenha essa faculdade, ou seja ela sujeita ao arbítrio judicial da reintegração, será dar tratamento superior a quem não tem a estabilidade.”

A ementa parece feita sob medida para o caso da Reclamada. E no vício teria incidido o ilustre Ministro prolator do acórdão, se não houvesse colocado no plano da *graciosidade* e da liberalidade da Reclamada a possível volta do Reclamante a São Paulo. . . Em verdade, E. 2.ª Turma não condenou a Reclamada a reintegrar o Reclamante, não estável. . .

Não há muito, decidia o E. Tribunal Superior do Trabalho, Pleno, no Proc. E. 5.628/64, em acórdão proferido em 23 de novembro de 1966, tendo como Relator o Min. Thélío Monteiro, in “Em. Trab., janeiro de 1968, ficha 30:

“Defeso é ao Juiz ou ao Tribunal decidir fora dos limites do pedido. Como observa a Procuradoria Geral, “a empresa, no curso do processo, apenas defendeu a inexistência da relação de emprego, ou de que o era de confiança, não cogitando da *reintegração do empregado*, coisa que este também não quer por se julgar incompatibilizado, por isso que ferido em seus brios profissionais.”

Em acórdão do próprio Tribunal Regional de Minas Gerais, decidiu-se em 28 de julho de 1967, no Proc. 609/67, tendo como Rel. o Juiz Alfio dos Santos, in *C. Bonfim*, “Dicionário”, cit., p. 376:

“Na inicial, os empregados alegaram dispensa e a Junta reconheceu a despedida indireta, derivada de inadimplemento contratual. Não pode o juízo alterar a “*causa petendi*”, pois, contestada a ação, firma-se a demanda nos exatos termos em que a colocaram os litigantes, não podendo, nem eles mesmos, modificar as razões em que fundamentaram o pedido”.

Em acórdão datado de 11 de outubro de 1971, vem a tese, óbvia, repisada pelo Tribunal Regional do Pará, no Proc. 283/71, sendo a Rel. a Juíza Semiramis Arnaud Ferreira, in *C. Bonfim*, “Dicionário”, ed. de 1973, p. 407:

“O juiz não pode pronunciar-se sobre o que não constitua objeto de pedido, devendo este ser interpretado restritivamente (arts. 4.º e 154 do Cód. de Proc. Civil). Embora os preceitos da legislação trabalhista sejam em sua maioria de ordem pública, independentemente sua aplicação de menção expressa no pedido inicial, vedado é ao Juiz dirimir a controvérsia sob prisma diverso daquele discutido na instrução.”

28. *In casu*, nem se pode concluir que o Tribunal Regional explicitou o que implicitamente se continha no pedido, segundo uma interpretação extensiva a favor do empregado. Não, o pedido é certo, preciso e inequívoco — não interessava ao Reclamante assumir o cargo efetivo, de volta, em São Paulo. Foi exatamente contra isso que se rebelou, dando por resiliado o seu contrato de trabalho. Não fez pedido alternativo, não lhe interessava a manutenção do vínculo, nem em Minas nem em São Paulo. Resiliou o contrato, afastou-se do serviço, entregou o automóvel e foi reclamar na Justiça do Trabalho os seus alegados e possíveis direitos. Como disse a própria Junta, tomou uma decisão *convicta, efetiva e peremptória*.

A solução dada pelo Tribunal a *quo*, *extra petita*, não se limitou a alongar ou a aprofundar as conseqüências de um pedido mal feito. Não, inovou, deu o que não se continha no pedido, transformando-o em alternativo.

VI — RISCO DO EMPREGADO

29. Bem conhecem os sabedores de Direito do Trabalho como são anti-

gas a doutrina e a jurisprudência que se formaram em torno da chamada despedida indireta. É facultado ao empregado fazer pedido alternativo, mormente quando se trata de possível inadimplência contratual, que não implique radical incompatibilidade com seu empregador. Permanece no emprego e pleiteia a resolução do seu contrato, caso não sejam cumpridas as condições contratuais que julga celebradas. Na hipótese de empregado estável, por depender a sua dispensa de inquérito judicial, dá-se a figura típica da resolução contratual por ato da justiça, *ope iudicis*, tenha ele se afastado ou não do emprego. Vitorioso, é readmitido sem os salários, caso haja se afastado da empresa; perdedor, retroage a resolução ao momento do seu afastamento.

30. *O Reclamante não é estável*, optante que é pelo Fundo de Garantia desde 1968. A cessação da sua relação de emprego independia de ato resolutório da Justiça do Trabalho, e isso ele bem o sabia. Não se conformou com o retorno ao cargo efetivo em São Paulo, rebelou-se e deu, desde logo, como resilido, por ato unilateral de vontade, potestativo, o seu contrato de trabalho. Afastou-se da empresa, nunca mais lhe prestou serviços e foi reclamar na Justiça do Trabalho as indenizações a que se achava com direito.

O risco foi seu, a resilição foi sua — *convicta, efetiva e peremptória*. Coube-lhe optar por uma solução, no momento oportuno, a todos os riscos e percalços. Por que não retornou ao cargo efetivo de São Paulo e não apresentou sua reclamação naquela cidade? Preferiu correr o risco, segundo a melhor oportunidade na linguagem do Juiz Ribeiro de Vilhena, da mesma 3.^a Região ao acórdão no Proc. 134/69, proferido em 19 de março de 1969, in *C. Bonfim*, “Dicionário”, ed. de 1971, p. 307:

“Verificados os supostos da rescisão indireta, tais como o descumprimento de cláusulas legais e contratuais, nada obsta que o empregado dê o contrato por rescindido no momento que lhe pareça mais oportuno. O princípio da oportunidade rege o seu direito de acionar a empresa, pois isto lhe é deferido pela ordem jurídica.”

31. Infelizmente, para o Reclamante, não se haviam verificado os supostos da rescisão indireta, tendo ele julgado mal a oportunidade e a maneira de agir. Com razão pôde escrever *Paul Durand*, com *A. Vitu*, “*Traité de Droit du Travail*”, Paris, vol. II, 1950, p. 887:

“O autor da ruptura age a seus riscos e perigos, sob o controle dos tribunais.”

Entre nós, não deixou o ilustre Min. *Mozart Russomano* de bem colocar o tema, nestas palavras — “Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho”, 6.^a ed., Rio, 1963, vol. III, pp. 862 e segs.:

“Um problema delicado e de importância prática é o seguinte:

— Deve o empregado indiretamente despedido abandonar, desde logo, o serviço e, depois, pleitear, em juízo, o pagamento das indenizações?

Se assim fizer, o empregado correrá o risco de, não provando a despedida indireta, perder, também, o emprego do qual se afastou... Nessas ocasiões, a decisão cabe ao próprio empregado. *Ele so-*

frerá, sem dúvida, o risco de perder o emprego e de não ganhar indenizações caso não se lhe dê razão.”

32. Esta vem sendo a jurisprudência tranqüila e pacífica dos Tribunais do Trabalho, desde os mais recuados tempos. Alguns exemplos, significativos:

“O empregado que usa da faculdade de rescindir o contrato, por um dos fundamentos do art. 483, não precisa abandonar o emprego. *Se o faz, e se os motivos rescisórios resultam improvados, perde ele, além do emprego, as indenizações pleiteadas*” (Ac. TST, 2.^a Turma, Proc. 1.539/52, Rel. Min. Waldemar Marques, in *C. Bonfim*, “Jurisprudência do Contrato de Trabalho”, Rio, 1955, p. 187);

“Quando o empregado vem a juízo para pleitear as indenizações por ter dado por extinto o contrato de trabalho, com fundamento no art. 483, a rescisão se operou por vontade do empregado e instantaneamente. *Somente ela não terá valor, é óbvio, em se tratando de empregado estável, quando, então, é mister satisfazer a exigência do art. 500 da CLT. Fora desse caso, a rescisão levada a efeito pelo empregado, fundada no art. 483, torna-se, desde logo, efetiva.*” (Ac. TST, Proc. 10.456/46, *id.*, p. 188);

“Uma vez que o empregado vem a juízo por ter dado como rompido seu contrato de trabalho, com fundamento nos dispositivos do art. 483 da Consolidação, é claro e intuitivo que a rescisão se operou imediatamente, por vontade do empregado, embora culpasse o empregador de ter dado a causa a que pedisse rescisão” (Ac. TST, Proc. 3.360/47, in “Diário de Justiça” de 13 de janeiro de 1948);

“Não há que impeça a postulação da rescisão indenizável com o empregado no emprego. *Ao invés, tudo aconselha que se assim se faça, para segurança do emprego se improcedente a ação*” (Ac. TST, 1.^a Turma, Proc. RR 284/62, Rel. Min. Amaro Barreto da Silva, proferido em 3 de julho de 1962, in *C. Bonfim*, “Dicionário”, ed. de 1965, p. 345).

33. No mesmo diapasão batia a jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal, como fazem claro estes dois acórdãos, ambos de autoria do Min. Hahnemann Guimarães:

“O empregado não pode abandonar o serviço antes que a Justiça do Trabalho declare resolvido o contrato” (2.^a Turma, Rec. extr. 16.659, in *C. Bonfim*, “A Consolidação Trabalhista vista pelo Supremo Tribunal”, Rio, 1959, p. 252);

“*Dando, sem justa causa, como rescindido o contrato de trabalho, o empregado não pode pretender indenização ou reintegração*” (2.^a Turma, Rec. estr. 15.203, *id. ib.*).

E, com isso, iniciamos um novo capítulo, final, deste Parecer sobre

VII — IMPOSSIBILIDADE DE REINTEGRAÇÃO

34. Não há dúvida que o Reclamante deu por resilido o contrato, deixou de prestar serviços e apresentou reclamação na Justiça do Trabalho.

Não se trata de empregado estável, optante que é. *Tais são os fatos provados, comprovados e, mais do que isso, confessados.* Está certa, correta e perfeita a ementa da C. 2.^a Turma do Tribunal Superior, no voto vencedor do Relator, Min. Coqueijo Costa:

“A sentença só pode decretar reintegração de empregado estável. Garantir o emprego ao instável não tem significação jurídica nem é preceito executável por constrição jurídica.”

Por não ser estável o Reclamante, não é a Reclamada obrigada a readmiti-lo de volta ao emprego. Fá-lo se o quiser, pois o vínculo contratual foi rompido, o legítimo exercício de um ato potestativo, pelo próprio Reclamante. A Reclamada, como declarara em suas razões de defesa, virase obrigada a preencher o cargo vago com outro servidor, não podendo ficar à espera da volta do seu antigo empregado, que se ausentara. Aplica-se bem, à espécie, o conhecido brocardo romano — *Nemo ad factum precise cogi potest.* Por se tratar de uma obrigação de fazer, não fungível, em respeito à liberdade humana, não há como obrigar as partes a reatarem relações já desfeitas. Cf., *Eduardo Spinola*, “Sistema do Direito Civil Brasileiro”, vol. II, t. I, Rio, 1944, 2.^a ed., p. 181.

A lei brasileira, no campo especial do Direito do Trabalho, abre exceção a este princípio no caso de empregado estável, o que não acontece no caso concreto.

35. Não sendo estável o empregado, *tollitur quaestio*: uma vez resilida a relação, por ato unilateral de qualquer das partes, não mais cabe o seu reatamento contra a vontade de qualquer delas; nem a isso pode condenar qualquer tribunal. Ensina *P. Durand*, cit., p. 904:

“O tribunal não pode ordenar o reatamento de uma relação jurídica, que cessou definitivamente quando da despedida.”

É o que, na doutrina nacional, para exemplificar com um só autor, esclarece *Délio Maranhão* — “Direito do Trabalho”, 2.^a ed., Rio, 1971, p. 232/233:

“Tratando-se de empregado estável, ainda que se tenha afastado do emprego, a improcedência da ação não lhe impedirá a volta ao trabalho (sem os salários do período de afastamento), porque a resolução do contrato, nesta hipótese (estabilidade), somente opera ope iudicis, através de inquérito judicial.”

36. Nada mais certo, e assim vem decidindo os tribunais da Justiça do Trabalho em sucessivas oportunidades. Valem, como exemplos:

“O acórdão regional, reformando a sentença da Junta, entendeu incabível a rescisão indireta, todavia assegurou o retorno do empregado ao serviço, com a readmissão simples. — Recurso provido. Na rescisão indireta, o trabalhador assume inteiramente os riscos da iniciativa judicial. Se solicita a rescisão, e incorreu por parte do empregador infringência contratual, não há como assegurar-se ao obreiro não estável sua readmissão” (Ac. TST, 1.^a Turma, Proc. RR 59/72, Rel. Min. Renato Machado, proferido em 22 de junho de 1972, in “Em. Trab.”, outubro de 1972, ficha 36);

“Se o empregado considera rescindido o contrato, na forma do art. 483 da Consolidação, afastando-se do emprego, corre o risco correspondente, inclusive de reconhecimento de abandono, que a tanto corresponde o afastamento injustificado, com a improcedência da sua reclamação” (Ac. TRT, 1.^a Região, Proc. 1.487/67, proferido em 30 de agosto de 1967, Rel. Juiz Gerardo Magella, in “Em. Trab.”, abril de 1968, ficha 33);

“O empregado que usa da faculdade de rescindir o contrato, por um dos fundamentos do art. 483 da CLT, não precisa abandonar o emprego. Se o faz e se os motivos rescisórios resultam improvados, perde ele, além do emprego, as indenizações pleiteadas” (Ac. TRT, 8.^a Região, Proc. 97/72, proferido em 8 de maio de 1972, Rel. Juiz Soares da Silva, in *C. Bonfim*, “Dicionário”, ed. de 1973, p. 391):

“Empregado estável, o autor considerou, na reclamatória proposta, rescindido seu contrato de trabalho. Pleiteou, em consequência, indenização. A ação foi julgada improcedente pela Justiça, que denegou a indenização, determinando entretanto, extra petita, a sua volta ao emprego. A decisão da Junta não pode ser confirmada, eis que faria renascer um contrato livremente declarado rescindido pelo próprio empregado” (Ac. TRT, 3.^a Região, Proc. 1.234/67, proferido em 29 de setembro de 1967, Rel. Juiz Fábio Mota, in *C. Bonfim*, “Dicionário”, ed. de 1968, p. 345).

VIII — CONCLUSÕES

37. a) Não houve coisa julgada *à metade*, como pretende o ilustre Min. Ribeiro de Vilhena em seu voto vencido. Para o Reclamante, que não recorreu dessa parte da sentença da Junta para o Tribunal Regional, passou em julgado a decisão que deu como rescindido o seu contrato de trabalho, embora condenasse a Reclamada ao pagamento das indenizações legais. Para esta, no entanto, não se realizou a coisa julgada, eis que, por provocação sua expressa, em recurso ordinário, lhe foi dado provimento, tidos como insubsistentes os motivos rescisórios invocados pelo Reclamante. Não permitiu a Reclamada que, contra ela, fizesse coisa julgada a decisão da Junta.

Não pode o Reclamante beneficiar-se do recurso da Reclamada, para desfazer a sentença que lhe era favorável (naquele momento), mas que não poderia ser alterada, para lhe dar coisa diversa, além ou fora do pedido.

38. b) Ao decidir da forma por que o fez, duplamente incidiu o Tribunal Regional em julgamento *ultra e extra petita*. Deu ao Reclamante benefício, ou bem da vida, na linguagem de Chiovenda, que não se continha no seu pedido inicial. Ele resiliu o contrato, queria-o resilido, pretendendo as indenizações legais. Por outro lado, não recorreu dessa parte da sentença, que lhe satisfazia. Devia o Tribunal cingir-se à parte apelada, dentro do tradicional princípio — *tantum devolutum quantum appellatum*.

Pedida a indenização, já rescindido o contrato, não poderia o Tribunal dar a reintegração, com reatamento do vínculo, já irremediavelmente desfeito por ato do Reclamante.

39. c) Tudo isso ficou bem claro no acórdão da c. 2.^a Turma, no acórdão de 7 de novembro último. Tanto assim que declara sem nenhum efeito jurídico, de ordem prática e executável, a *pretensa reintegração de empregado não-estável*, que já deu o contrato como rompido e já se afastou totalmente do serviço. Fica na dependência da vontade da Reclamada, como faculdade sua, também unilateral e potestativa, recebê-lo de volta ou não em São Paulo. Não se encontra ele munido de nenhuma constrição judicial que, no momento, obrigue a Reclamada a readmiti-lo.

Foi coerente, como sempre, o ilustre Ministro Coqueijo Costa ao decidir da maneira por que o fez, pois assim já o havia feito, em duas oportunidades recentes e em se tratando de empregado estável. Com muito mais razão, cabe ainda a mesma decisão, como argumento *a fortiori*, no caso *sub iudice*, por se tratar de empregado não garantido pela estabilidade.

“Se o estável reclama rescisão e indenização por despedida indireta e o Juízo conclui pela improcedência do seu pedido, não deve nem pode mandar que ele seja reintegrado. O reclamante é que, se quiser, retornará ao emprego, reconhecido e proclamado pelo empregador no decorrer da causa” (TST, Pleno, Proc. E. 4.523/70, proferido em 10 de maio de 1972, Rel. Min. Coqueijo Costa, in *Bonfim*, “Dicionário”, ed. de 1973, pp. 389/390);

“Quando um empregado estável julga-se despedido indiretamente e, optando pela faculdade que lhe confere a lei consolidada, ajuíza reclamação às indenizações cabíveis, ele está exercitando um típico direito potestativo judicial, de caráter cancelatório ou negativo que busca uma sentença desconstitutiva do seu contrato de trabalho, dado como violado pelo empregador. Se provado o justo motivo do art. 483, por culpa ou dolo patronal, não pode a sentença jamais mandar reintegrar a pretexto de manter a relação de emprego” (Ac. TST, Pleno, Proc. E. 814/71, proferido em 10 de maio de 1972, Rel. Min. Coqueijo Costa, in *id. ib*).

40. d) Julgados insubsistentes os motivos rescisórios, alegados pelo Reclamante, pelo Tribunal Regional e pela E. 2.^a Turma, do Tribunal Superior do Trabalho, permanece rescindido o contrato de trabalho do Reclamante, no “exercício de um típico direito potestativo judicial, de caráter cancelatório ou negativo”.

Pelos pressupostos da questão de fato e pelos fundamentos decisórios, incidiria a 2.^a Turma no vício de *ultra petita*, caso mandasse reintegrar um empregado não mais beneficiado pela estabilidade, como é o caso do Reclamante. Disso não cuidou ele, nem no seu pedido inaugural, nem em seus recursos posteriores.

É o nosso parecer, *sub censura*.

Rio de Janeiro, 18 de janeiro de 1973.

VENDEDORA AUTÔNOMA

Revisitação do conceito de subordinação jurídica

CONSULTA

Conforme nossos entendimentos verbais, agradeceríamos que V. Sa., apreciando as peculiaridades do relacionamento comercial que a nossa Empresa mantém com as Revendedoras dos produtos de nossa fabricação, elaborasse parecer a respeito da *existência ou inexistência de relação empregatícia*, tendo em vista que tais Revendedoras adquirem os produtos, a preço de fábrica, mediante pedido de compra, cuja mercadoria recebem acobertada por Nota Fiscal, para revendê-la por conta própria, auferindo lucro pela diferença de preço entre a compra e a venda aos seus clientes, arcando, inclusive, com todos os ônus inerentes ao seu negócio.

Neste passo, estamos anexando, por cópia, acórdãos dos Tribunais Regionais, respectivamente, da 2.^a e 3.^a Regiões e, bem assim, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, transitados em julgado, os quais examinando a espécie têm entendido que as Revendedoras são carecedoras de direito e ação, por inexistência de relação de emprego.

Outrossim, juntamos ainda dois pronunciamentos isolados da primeira instância, como também material utilizado pelas Revendedoras em sua atividade, salientando, porém, que tanto esse como os demais auxiliares de negócio são adquiridos por compra.

PARECER

1. Diante dos elementos que nos foram oferecidos pela Consulente, não temos a menor dúvida em ratificar os pronunciamentos dos Tribunais de segunda e última instância da Justiça do Trabalho, afirmando a *inexistência de relação de emprego entre a Consulente e suas Revendedoras*. Trabalham estas por conta própria, de maneira autônoma, a seus riscos, comprando os produtos diretamente na Empresa e os revendendo ao público em geral, sem que lhe estejam subordinadas hierárquica, administrativa ou disciplinarmente. É totalmente livre o recrutamento da clientela por parte das Revendedoras, que podem trabalhar com quem lhes aprouver, auxiliadas por terceiros, muitas vezes seus empregados, sem nenhum controle nem interferência da Consulente. Não estão sujeitas a qualquer horário nem a nenhuma obrigação de comparecimento à sede da Empresa. Correm todo o risco da colocação e uso da mercadoria que compram, sem direito a estorno, caso não coloquem o estoque adquirido.

Compram a mercadoria mediante nota fiscal, pormenorizada e na forma da lei. Os encargos sindicais e fiscais (vendas e consignações, ICM) lhes são atribuídos. Não ficam obrigadas a nenhum compromisso de exclusividade, podendo operar igualmente em qualquer outro campo comercial, inclusive no ramo de cosméticos, revendendo produtos de outras empresas.

Como acontece com qualquer produto posto em comércio, oferece-lhes a Consulente sugestões de preços aos clientes, capazes de lhes permitir boa margem de lucro, com fácil colocação diante dos preços do mercado. Todo o material de propaganda é adquirido pelas Revendedoras mediante compra, sem que a isso fiquem obrigadas. Não há disciplinamento nem fixação prévia de zonas de revenda, nem muito menos obrigação de produção mínima. Nenhum vínculo de dependência diretiva existe entre a Promotora de Venda e as Revendedoras, que comparecem à sede da Empresa, quando das reuniões para troca de idéias e solução de dificuldades. Com a finalidade de incentivar a revenda, instituiu a Consulente uma promoção de prêmios às revendedoras que realizam maior volume de negócios, mas sempre sem qualquer caráter salarial nem de marcas mínimas de produção.

Por isso, por tudo isso, *não temos a menor sombra de hesitação em afirmar a inexistência de relação de emprego* entre a Consulente e as revendedoras de seus produtos. Senão vejamos.

2. Quando surgiram as leis protetoras do trabalho subordinado, já muitas outras formas de negócios jurídicos se encontravam em uso na sociedade humana — venda, empreitada, mandato, sociedade, locação de serviços profissionais (autônoma), — só para dar alguns exemplos mais encontrados nos compêndios especializados. Não deixaram de existir pelo simples fato de haver sido distinguido e configurado o contrato de trabalho. Mas a verdade é que, como sói acontecer nos momentos de conquista e de constituição de uma nova especialidade, procuram os seus adeptos enriquecer o seu campo de ação, fazendo incidir suas normas a espécies que lhes são afins. O contrato de trabalho, escreveu Renato Corrado, não possui conteúdo próprio, podendo lhe ser atribuído qualquer deles, dos outros negócios jurídicos de atividade, desde que realizados sob subordinação, continuamente e mediante salário.

Daí, dividir a doutrina a prestação de trabalho em autônoma e subordinada, sem que isso signifique a existência de uma nítida e inconfundível separação, absolutamente estanque e completa. Há sempre uma certa dose de direção e controle no chamado trabalho autônomo. Pense-se no mandato e na empreitada, classificados como atividades autônomas. O mandatário recebe instruções, diretivas, contornos e limites, para a execução da sua tarefa, a fim de que a mesma seja satisfatória, a contento do mandante. O empreiteiro, por conta de quem correm os riscos da atividade, recebe instruções, preferências e, não raro, fiscalização do encomendante da obra, que a quer a seu gosto e desejo. Constitui uma ficção jurídica esta possível separação entre trabalho autônomo e subordinado de forma radical e apriorística. Funciona ela como divisor metódico, se-

gundo a maior ou menor incidência de fatores de subordinação, neste ou naquele grau.

3. O conceito legal de empregado vamos encontrá-lo, em boa linguagem jurídica, no art. 3.º, da Consolidação das Leis do Trabalho:

“Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”

Aí estão as quatro notas características da condição de empregado, isto é, sujeito de um contrato de trabalho: a) ser o prestador de serviço pessoa física; b) prestar serviços contínuos, não eventuais ou ocasionais; c) fazendo-o sob a dependência ou subordinação a quem os serviços são prestados; d) mediante salário.

No caso concreto da Consulta, não há dúvida que as revendedoras são pessoas físicas, que entram em contato com a Empresa mediante um negócio jurídico lícito e nominado. Mas, desde logo, começa este tipo de negócio jurídico, que realizam, a afastar-se da espécie legal, delineada no art. 3.º da CLT, porque não se trata de uma locação de serviços, e sim de compra e venda. Há continuidade nestas operações, como acontece, comumente, entre qualquer fornecedor de mercadorias e seus compradores habituais, para revendê-las a varejo.

Mas, o que não está presente, de modo algum, no caso da Consulta, são as duas outras notas características do contrato de trabalho, isto é, do *status* de empregado: subordinação e salário.

4. Na falta de melhor, fixaram-se a doutrina, a legislação e a jurisprudência na subordinação jurídica como nota característica do contrato de trabalho. Mas, não há que exagerar, nem ela funciona isoladamente, como um verdadeiro *deus ex machina*, mágico, capaz de transformar toda relação jurídica em relação de emprego. A subordinação é jurídica, decorre de um vínculo jurídico — consciente, voluntário e livre, — segundo o qual transfere-se para o empregador a faculdade de mandar, de dirigir e de fiscalizar à vontade a atividade do empregado. Daí, dizer *Luíza Riva Sanseverino* — “Diritto del Lavoro”, 6.ª ed., p. 34 — que a subordinação do empregado não representa,

“simplesmente um estado de fato, mas um estado jurídico.”

Estado jurídico este decorrente do contrato. Ora, na hipótese da Consulta, considerando-se autônomas ambas as partes, assim procediam na sua vida contratual. Nunca se utilizou a Empresa de supostos poderes diretivos, hierárquicos e disciplinares contra as revendedoras, deixando-as operar livremente. Agora, como acontece em qualquer fabricante ou produtor — de peças de automóveis, de remédios, de livros, etc., — há sempre um legítimo interesse da sua parte no sentido de padronizar a propaganda, de fixar os preços e de informar os seus usuários com instruções para o seu melhor uso. *Não há nisso subordinação jurídica ou hierárquica*. É curial as casas de comércio receberem os produtos com todos esses elementos esclarecedores — preço, características, uso. E nenhuma delas se acha com o direito de alegar qualquer dependência ou subordi-

nação diante do seu fornecedor. Pelo contrário, devem gratidão pelo auxílio que recebem com aqueles esclarecimentos.

No caso concreto da Reclamação de M.A.R., perante a Junta de Conciliação e Julgamento de..., bem andou o Representante da Consulente em protestar contra a recusa, por aquele tribunal, de duas ou três perguntas que desejava fazer às testemunhas da Reclamante, suas antigas revendedoras, com evidente espírito de revanche. *Vemos, em tal indeferimento, verdadeiro e típico cerceamento de defesa*, autêntica nulidade, como fez claro o Advogado da Reclamada, no próprio ato, protestando desde logo na primeira oportunidade em que pôde falar. As perguntas eram pertinentes, indispensáveis, porque esclarecedoras de questões fundamentais, quais sejam: inexistência de sanções nos casos de invasão das supostas zonas de venda, ou de venda de produtos concorrentes; e o lucro financeiro das revendedoras, obtido através da diferença de preço entre a compra e a revenda.

Por que fundamentais estas questões? Porque, pela única resposta correta que poderia ser dada, constata-se a ausência das duas notas, tidas, pela Lei (art. 3.º, da CLT), como características da situação jurídica de empregado — subordinação e salário. Nenhuma das duas estava presente no tipo de relacionamento que se estabelece, de forma padronizada, entre a Consulente e as suas revendedoras.

5. Não se pode enxergar subordinação jurídica nos dados existentes no relacionamento entre as partes, objeto desta Consulta. Em todos os negócios jurídicos, em que haja credor e devedor, fica este sempre subordinado de certa forma àquele. Já em 1943, no nosso livro de estréia — “Trabalho a Domicílio e Contrato de Trabalho”, Rio, 1943, p. 112, — escrevamos, delimitando bem o conceito de subordinação no contrato de trabalho:

“Aliás, um jurista do renome de Puntschart acha que se deve substituir, no direito moderno, a concepção de relação jurídica pela concepção de dependência jurídica (*Rechtsverband*), traduzindo por este termo a expressão romana de *iuris vinculum*. Esta teoria, se não foi admitida, por não ser prática, encerra, contudo, uma grande parte da verdade, por isso que põe de manifesto a maior importância que representa o lado passivo, a obrigação, na relação jurídica. A verdade é que, como esclarece Korkounov, toda relação jurídica supõe três elementos: um vínculo, uma dependência e um poder de influência da parte deste vínculo. Onde não há dependência, não pode existir relação jurídica.”

Em certos negócios jurídicos, mais do que em outros, manifesta-se presente esta subordinação, em maior ou menor grau, desta ou daquela natureza, sem que todas elas se transformem logo em contrato de trabalho. Não há como confundir diretivas, orientações gerais, conselhos, com subordinação jurídica estrita. Aqueles existem em todos os contratos de tipo subordinativo, como esclarece a prata da casa, com o Prof. *Darcy Bessone* — “Aspectos da Evolução da Teoria dos Contratos”, São Paulo, p. 45:

“Dividem-se os contratos, considerada a autoridade que um dos contratantes exerça sobre o outro, em igualitários e subordinantes. Nos igualitários, as partes se apresentam em posição de igualdade, sem que uma se subordine à outra. *Nos subordinantes, uma deve observar as ordens ou instruções da outra.*”

E, em nota:

“É o que sucede no mandato, na comissão, na locação de serviços.”

Em qualquer deles, pode e deve um dos contratantes — o mandante, o comitente e o locatário — especificar e orientar como quer a realização do negócio a seu favor, pois será ele o beneficiado pela sua execução. Em obra recente, cita *Nunzio Rizzo* — “Struttura e Durata del Rapporto di Lavoro”, Roma, 1969, pp. 124/128 — estes dois casos perfeitos do Tribunal de Apelação de Florença e de Brécia:

“A autonomia na execução da prestação de trabalho, que significa negar a existência de uma relação de trabalho subordinado, não deve ser compreendida no sentido de uma carência absoluta de poder por parte do comitente, que o leve a ficar excluído de qualquer ingerência na atividade do prestador de obra, sendo óbvio que o comitente possui sempre, no entanto, uma faculdade de orientação e de averiguação em relação à obra ou serviço prestado, a fim de poder conduzi-lo ao resultado desejado.

Na avaliação da natureza da relação, se de trabalho autônomo ou subordinado, é necessário ter também presente qual é a efetiva intenção das partes contratantes.”

A Lei n. 4.886, de 9 de dezembro de 1965, que regula entre nós as atividades dos representantes comerciais autônomos, dispõe no art. 28:

“O representante comercial fica obrigado a fornecer ao representado, segundo as disposições do contrato ou, sendo este omissão, quando lhe for solicitado, informações detalhadas sobre o andamento dos negócios a seu cargo, devendo dedicar-se à representação, de modo a expandir os negócios do representado e promover os seus produtos.”

Em comentário, escreve *Rubens Requião* — “Do Representante Comercial”, Rio, 1968, p. 168:

“Uma das obrigações de relevo do representante comercial é a de fornecer ao representado informações minuciosas sobre o andamento dos negócios a seu cargo, conste ela ou não do contrato, constituindo por isso obrigação elementar, natural e implícita na representação comercial...” “O contrato pode, previamente, disciplinar o modo e época em que as informações devam ser prestadas.”

Estabelece ainda, no mesmo sentido, o art. 29:

“Salvo autorização expressa, não poderá o representante conceder abatimentos, descontos ou dilações, nem agir em desacordo com as instruções do representado.”

Nem por isso — pela prestação de contas minuciosas em épocas marcadas pelo representado e pela obediência aos termos das instruções recebidas pelo representante, — se transforma o contrato de representação em contrato de trabalho subordinado... E lá estão as notas de uma certa e pronunciada direção e de uma constante fiscalização...

Por isso mesmo, com a proficiência de sempre, escreve Mestre Pontes — “Tratado de Direito Privado”, vol. XLVII, Rio, 1964, p. 11:

“O trabalho sob instruções pode dar ensejo a contrato de obra e também a contrato de locação de serviços ou contrato de trabalho sem qualquer instrução.”

6. Dos depoimentos, quer pessoal da Reclamante, no processo que deu azo à Consulta, quer das testemunhas de ambas as partes, verifica-se que as revendedoras não percebem salário diretamente da Consulente. Recebem-no diretamente da clientela, correndo todos os riscos da revenda, tirando lucro econômico da diferença de preços entre a compra na Consulente e a revenda aos clientes.

Eis aí outra nota característica da inexistência de contrato de trabalho. No trabalho autônomo (assim denominado), de qualquer natureza, o risco cabe ao executante da obra ou do serviço; ao passo que, no contrato de trabalho, desloca-se este risco para o empregador.

A doutrina e a jurisprudência são pacíficas a respeito, como mostraremos a seguir, sucintamente, com material doméstico:

Pontes de Miranda, cit., pp. 9 e 10:

“Há elemento de álea na *locatio conductio operis*, que não aparece na *locatio conductio operarum*...”

“O contraente a suportou o risco, ao passo que, na *locatio conductio operis*, quem corre o risco é o empreiteiro. A distinção foi e continua de grande importância, razão por que não se pode deixar de atender ao conteúdo mesmo dos dois conceitos”.

E decidiu o Tribunal do Trabalho, da 3.^a Região, no Proc. 2.696/71, do qual foi Relator o Juiz Osiris Rocha, em voto proferido em 18 de janeiro de 1972 — B. C. Bonfim, “Dicionário de Decisões Trabalhistas”, Rio, 1973, p. 436:

“Não basta que haja prestação de serviços para que haja contrato de trabalho. Se a pessoa age livremente, correndo até o risco do negócio, sem subordinação ou qualquer obediência, é trabalhador autônomo, ainda que o serviço seja substancial à existência da empresa, incumbindo-lhe a prova em contrário.”

Da mesma maneira se conduzem a doutrina e a jurisprudência estrangeiras, como fazem certo ou numerosos casos referidos por Nunzio Rizzo, cit., pp. 120, 123/124, 138, 153 e 157/158. Alguns exemplos, dois ou três:

“O trabalho é autônomo quando é realizado na esfera independente daquele que o assumiu, que dele tem a responsabilidade e gestão com relativo risco; e ao contrário, subordinado quando se realiza dentro da esfera de atividade do destinatário, porque este o

utiliza para seus escopos e sob sua direção e responsabilidade, assim com seu risco.”

“O critério distintivo entre o contrato de locação de obra e o de trabalho subordinado consiste no fato de que no segundo o trabalhador é estranho ao risco econômico da empresa, enquanto no primeiro a prestação, mediante salário, de um determinado resultado é feita com risco econômico a cargo da parte obrigada ao resultado.”

Por ser tão tranqüila, encontra-se a matéria consubstanciada, como mandamento legal, no art. 2.^o, da CLT, ao conceituar o que seja empregador no direito brasileiro:

“Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.”

Nenhum desses elementos se encontra presente na hipótese da Consulta: a Reclamada não admite, não assalaria nem dirige a prestação pessoal de serviços das suas revendedoras. Pela própria compra da mercadoria, com a correspondente álea da revenda posterior, os riscos são destas, que, por isso mesmo, não estão obrigadas a prestar serviços pessoalmente, podendo fazer-se substituir por terceiros ou admitir auxiliares e empregados, por sua conta.

7. E nem se diga, também, que há *personalidade* nessas operações econômicas levadas a efeito pelas revendedoras. Em primeiro lugar, não é a *personalidade* nota característica, típica, inconfundível, do contrato de trabalho. Encontra-se ela presente em toda e qualquer espécie de contratos celebrados *intuitu personae*, entre os quais se incluem os contratos de mandato, empreitada, depósito, edição, locação de serviços, etc., Cf. Francis Valleur, “L’Intuitus Personae dans les Contrats”, Paris, 1938, pp. 41 e segs.

No contrato autônomo de empreitada, escreve Alfredo de Almeida Paiva, encontra-se a *personalidade* da execução — *Aspectos do Contrato de Empreitada*, Rio, 1955, p. 23:

“Como traço secundário do contrato de empreitada, pode ainda ser citado o da *personalidade* da execução; o que, entretanto, não impede sua execução por terceiros, que só é vedada nas hipóteses do contrato feito *intuitu personae*, revestindo-se, assim, de natureza *personalíssima*.”

Embora revestido desta nota, secundária, de *personalidade*, nada impede que, no contrato de empreitada, quando não expressamente celebrado *intuitu personae*, possa o empreiteiro fazer-se substituir por terceiros, a quem incumbe da realização da obra, ficando ele, no entanto, inteiramente responsável. É a definição que Paiva dá de empreitada, cit., pp. 17/18:

“Empreitada é o contrato pelo qual uma das partes se encarrega de fazer ou mandar fazer certa obra, mediante retribuição determinada ou proporcional ao trabalho executado.”

A pessoalidade, embora presente em outros contratos, inclusive no da empreitada, é nota primária no contrato de trabalho, celebrado *in-tuitu personae*, quanto ao empregado. Como se vê dos próprios depoimentos das testemunhas, no caso concreto, e, conforme se verifica das praxes da Consulente, *não proíbe ela que as revendedoras recrutem e mantenham clientela pessoalmente, com auxílio de terceiros (familiares ou não) ou de empregados remunerados*. Comprada e paga a mercadoria, o risco passa a ser inteiramente das revendedoras, às quais cabe, por isso mesmo, a plena direção da melhor efetuação dos negócios.

Com riscos a seu cargo e com auxílio de terceiros, inclusive assalariados seus, não podem as revendedoras ser incluídas na categoria de sujeito de uma relação de emprego. São autônomas, segundo a melhor jurisprudência nacional:

“*Não há relação de emprego quando o pretense empregado assalaria terceiros para a execução de serviço*” (TRT, 1.^a R., 1.^a T., Proc. 2.391/69, Rel. Juiz Simões Barbosa, prof. em 6/10/69, B. C. Bonfim, “Dic”, cit., 1971, p. 288);

“*Não se caracteriza a relação de emprego sem os pressupostos mínimos da pessoalidade da prestação de serviço e a subordinação jurídica*. No caso, os reclamantes foram contratados para confeccionar tubos de barro, percebendo pela quantidade produzida. *Ficavam imunes a qualquer fiscalização da empresa, que não interferia na atividade cotidiana. Além disso, os reclamantes mantinham ajudantes à sua custa*” (TRT, 8.^o R., Proc. 135/69, Rel. Juiz Orlando Bitar, prof. em 13/10/69, id., p. 293);

“*Não há relação empregatícia quando o prestador mantém empregado seu como ajudante e ainda paga de seu bolso o material necessário à execução do serviço autônomo que realiza*” (TRT, 1.^a R., 1.^a T., Proc. 2.919/71, Rel. Juiz A. Ferreira da Costa, prof. em 24/1/1972, Bonfim, “Dic”, 1973, p. 370).

8. Nem se fale em *exclusividade de zona de venda*, já que a isso não eram obrigadas as revendedoras da Consulente, como se depreende dos depoimentos das testemunhas e das suas praxes organizativas. Nunca lhes foi aplicada qualquer sanção, por infração dessa exclusividade, realmente inexistente.

Por um lado, *gratia argumentandi*, mesmo que o fosse, *não constitui exclusividade de zona nenhuma característica de contrato de trabalho subordinado*, já que é encontrada na representação comercial autônoma, sem que lhe altere a natureza jurídica. Dispõe o art. 27, letra d, da Lei n. 4.886, de 9 de dezembro de 1965:

“Do contrato de representação comercial, quando celebrado por escrito, além dos elementos comuns e outros, a juízo dos interessados, *constarão, obrigatoriamente*;

d) indicação da zona ou zonas em que será exercida a representação, bem como da permissibilidade ou não de a representada ali poder negociar diretamente.”

Por outro lado, ainda *gratia argumentandi*, se as revendedoras fossem consideradas empregadas, como vendedores praticistas, deveriam, em caso de exclusividade de zona, tê-la conferido expressamente, embora não necessariamente por escrito, conforme acórdão do Tribunal Regional de São Paulo, no Proc. TRT n. 2.958/61, ac. n. 301/62:

“A reserva de zona de venda, com exclusividade, ao empregado vendedor *deve ser expressa*, de acordo com a Lei n. 3.207, de 18 de julho de 1957. Não há, porém, necessidade de ter sido estabelecida por escrito.”

Aí está, nada disso é exigido pela Consulente, nem ficou provado em qualquer processo ajuizado contra ela. Autônomas e livres são as suas revendedoras, sem outro controle além do que faça bom uso dos produtos da Consulente, na sua reputação e nos seus preços.

9. Dizer também que as revendedoras são empregadas da Consulente com apoio na chamada *essencialidade* da empresa, isto é, de que seus serviços são necessários à própria finalidade da Consulente, é inteiramente irrelevante. Tal critério tem servido à doutrina e à jurisprudência nos casos de dúvida ou discussão em torno da continuidade ou eventualidade da prestação de serviço. Mesmo nesta hipótese, é falho o critério, como já o demonstramos na nossa “Introdução ao Direito do Trabalho”, São Paulo, 1971, pp. 208/209.

A Consulente não nega, e nem poderia fazê-lo, a manutenção, às vezes longa, de trato negocial, com as suas revendedoras. Não se trata, assim, do problema da eventualidade na prestação de serviço, para se invocar a essencialidade econômica da empresa. Trata-se, isto sim, de negar qualquer prestação de serviço, pois o negócio jurídico é outro, inteiramente diverso. Está presente uma compra e venda, uma obrigação de dar por parte das revendedoras, pagando os produtos adquiridos.

Por exemplo, neste acórdão, que se vai citar a seguir, bem se manifesta a doutrina da essencialidade, própria do problema da continuidade ou eventualidade do serviço prestado:

“Se os serviços contratados são essenciais à atividade empresarial, não há como se falar na eventualidade do trabalho de quem o prestar” (TRT, 1.^a R., 2.^a T., Proc. 2.484/71, Rel. Juiz Moacyr Ferreira da Silva, prof. em 14/3/72).

Com razão, mostra Nunzio Rizzo que

“*Não são incompatíveis com a figura do trabalho autônomo nem o fato de que a atividade de trabalho deva coordenar-se com a necessidade e as exigências de quem o encomendou nem a natureza fixa da remuneração, nem o caráter continuativo da prestação.*”

Repitamos o acórdão, citado há pouco, do Juiz Prof. Osiris Rocha, já que, no seu final, se faz referência ao problema da essencialidade, ainda que inexistente a relação de emprego:

“Não basta que haja prestação de serviços para que haja contrato de trabalho. Se a pessoa age livremente, correndo até o risco de negócio, sem subordinação ou qualquer obediência, é *trabalhador autônomo*, ainda que o serviço seja substancial à existência da empresa, incumbindo-lhe a prova em contrário” (TRT, 3.^a R., Proc. 2.696/71, prof. em 18/1/72, cit.).

Por sua vez, decidiu o Tribunal Regional de São Paulo, em hipótese análoga, que *mutatis mutandis*, se aplica à espécie que estamos analisando:

“A circunstância de o serviço ser prestado nas dependências da empresa não é bastante para a caracterização da relação de emprego, mormente se o trabalhador utiliza ferramentas próprias e ainda pode se fazer substituir na prestação do serviço” (TRT, 2.^a R., Proc. 1.385/66, Rel. Juiz Barreto Prado, in *Bonfim*, “Dic.”, cit., p. 322).

Uma empresa, dentro da sua essencialidade, das suas necessidades econômicas permanentes, da sua organização, faz-se servir de um sem-número de colaboradores, de natureza jurídica vária — profissionais liberais, autônomos, técnicos, empregados, e, inclusive, de serviços de outras empresas, pessoas jurídicas ou não. É da essencialidade das empresas obterem capitais, mediante negócios jurídicos bancários, sob as mais diversas formas. Servem-se de engenheiros (quando for o caso), de advogados, de médicos, de propagandistas, de publicitários, todos igualmente necessários à sua vida normal.

Vale a meditação destas poucas irrefutáveis linhas de *Pontes de Miranda*, cit., p. 13:

“A atividade dependente nem sempre se torna engastada na organização industrial, ou comercial, ou profissional, de jeito a ser sempre objeto de contrato de trabalho. A dependência não basta para que se tenha de cogitar de contrato de trabalho, razão por que a dependência, nesse, pode ser mínima e há contratos que não são contratos de trabalho” (*W. Kaskel — H. Desrch*, “Arbeitsrecht”, 4.^a ed., p. 140).

10. Chegados a esta altura do Parecer, ocorre-nos apresentar a lição do Mestre francês, *G. H. Camerlynck*, em “*Contrat de Travail*”, Paris, 1968, pp. 53, 63, 65 e 81, que é bem um resumo da doutrina e da jurisprudência francesas, inteiramente cabíveis na espécie, com plena razão à causa defendida pela Consulente:

“No que se refere ao Direito do Trabalho, semelhante concepção extensiva, sobretudo justificada à época pelo cuidado de fazer beneficiar das disposições protetoras do Direito Social a categoria dos trabalhadores em domicílio ainda não protegida, foi finalmente rejeitada pela jurisprudência aprovada pela doutrina contemporânea.”

“... Assim, não é ligado a seu cliente por um contrato de trabalho o perito contador que se utiliza dos serviços de um contador assalariado por ele próprio, ou do artesão que tenha um compa-

nheiro... Neste caso, com efeito, o interessado que explore o serviço alheio em seu proveito pessoal aparece como um profissional independente.”

“...Ao contrário, ver-se-á recusar a qualidade de assalariado... ao intermediário que possa exercer outras ocupações lucrativas...”
“A participação nas perdas exclui necessariamente qualquer vínculo de subordinação entre dois colaboradores assim associados nos riscos da empresa.”

Tudo isso aplica-se, sem deixar resto, ao caso concreto da Consulta: não indaga a Consulente sobre a condição profissional ou econômica das suas revendedoras — se funcionárias públicas, se detentoras de economia própria, se dedicadas a outras ocupações ou a outros negócios, se se fazem auxiliar de colaboradores ou não, a quem vendem ou por quanto vendem. Compram-lhes os produtos e os revendem, em geral, donas de casa, cabeleiros, manicures, estudantes, funcionárias, que vêm e encontram nesta operação um reforço para o seu orçamento. *As intenções de ambas as partes de boa fé, são no sentido que autônomas sejam as suas relações, e assim se mantenham.* As revendedoras, nesta convicção e no efetivo exercício de um negócio jurídico autônomo, dedicam-se às suas vidas particulares, sem sujeição de espécie alguma, livremente, sem horário, sem produção mínima, sem necessidade de comparecimento à sede da Consulente. Por sua vez, ciente e consciente que eram autônomas as relações mantidas com as revendedoras, nunca lhes exigiu a Consulente nenhuma das obrigações características do contrato de trabalho, manifestadas num rígido controle de trabalho e de produção.

11. Numerosos são os julgados no sentido da tese sempre sustentada pela Consulente: a de *ausência de relação de emprego* nesta espécie de negócio jurídico. Temos argumentado, ainda que com a maior concessão, como se tratasse de uma prestação de serviço, de uma representação, de um mandato ou de uma empreitada, quando se trata, realmente, de uma simples operação comercial, de mediação com lucro, de intermediação, de compra e venda.

Mas, sem maiores cuidados de ordenação nem de hierarquia, a não ser o de começar por uma decisão do Tribunal Superior do Trabalho, eis um pequeno elenco, que poderia ser bem maior, de decisões que negam relação de emprego a certas prestações de trabalho, nas quais — como no caso *sub iudice* — não aparecem as notas típicas do contrato de trabalho:

“A afirmação constante do acórdão recorrido, segundo a qual a reclamante tinha patente de registro comercial, *evidencia que não se trata de empregada, mas de trabalhadora autônoma*, que até emite notas fiscais e possui estabelecimento próprio” (TST, 1.^a T., RR 3.210/64, Rel. Min. Júlio Barata, prof. em 12/10/54, *Bonfim*, “Dic.”, cit., 1968, p. 333);

“Não estando o trabalhador sujeito a horário nem obrigação de frequência ou de produção determinada, ou ainda a de fazer relatórios e prestar conta, nem contribuindo para a Previdência So-

cial, *inexiste relação empregatória, tratando-se de trabalhador autônomo*" (TRT, 2.^a R., Proc. 2.175/65, Rel. Juiz Barreto Fragoso, *Bonfim, id. ib.*);

"Entregador que trabalha em veículo de sua propriedade, contratando ajudante por sua conta, é mero trabalhador autônomo. O reclamante fazia entrega de mercadorias à freguesia em veículo seu, recebendo quantias e importâncias variáveis. Pagava ao seu ajudante salário mínimo por semana" (TRT, 1.^a R., Proc. 2.108/67, Juiz Celso Lanna, prof. em 24/10/67, *id.*, p. 414);

"Trabalhador que se contrata como autônomo e se registra como tal *não pode pretender-se empregado subordinado, quando jamais se sujeitou a horário nem se considerou obrigado a freqüência* Para prestação de seus serviços de pintor de automóveis, o reclamante estabeleceu uma tabela de preços com a empresa. Todo o produto do serviço, cobrado por essa tabela, era destinado ao reclamante. É até peculiar, tratando-se de automóveis, a existência de profissionais autônomos das diversas especialidades" (TRT, 1.^a R., Proc. 2.024/67, Rel. Juiz Salgado Bastos, prof. em 17/10/67, *id. ib.*);

"Quando o trabalhador apenas realiza contratos entre a empresa e os clientes, não tendo obrigação de produção mínima, horário de serviço, nem fiscalização, *caracteriza-se o trabalho autônomo, visto inexistir a subordinação jurídica*" (TRT, 4.^a R., Proc. 387/66, Rel. Juiz Breno Sanviciante, prof. em 18/5/66, *id.*, *ib.*);

"Trabalho realizado na própria residência, com absoluta autonomia, desvinculado de subordinação hierárquica, horário e obrigatoriedade de produção exclusiva, *desnatura o contrato de trabalho nos termos da CLT*" (TRT, 1.^a R., 1.^a T., Proc. 2.321/71, Rel. Juiz R. Moreira Leite, prof. em 24/1/72, *Bonfim, "Dic."*, 1973, p. 103);

"Aquele que se registra como autônomo e, nessa qualidade, presta serviço a terceiros ou a terceiro, é quase pessoa jurídica para o direito do trabalho" (TRT, 1.^a R., 3.^a T., Proc. 2.782/71, Rel. Juiz Flávio Rodrigues, prof. em 22/3/72, *id.*, p. 454);

"*Não há como confundir relação de trabalho com relação de emprego.* Nem todo trabalho configura, por si só, relação de trabalho sob regime legal. O trabalho, esporadicamente prestado, não gera contrato de emprego" (TRT, 8.^a R., Proc. 33/70, Rel. Juiz Olyntho Contente, *Bonfim, "Dic."*, 1971, p. 288);

"*Vendedor autônomo, devidamente registrado e legalizado como tal, não é empregado. Importante é o comportamento das partes, como o fato de o reclamante não exigir o cumprimento dos direitos que teria como empregado e o de aceitar o desconto do imposto de renda na fonte na base de percentual para terceiros quando o de empregado lhe seria mais favorável. Além disso, recebia o reclamante comissão de 10% sobre as vendas, percentual sabiamente elevado, para empregado*" (TRT, 1.^a R., 1.^a T., Proc. 3.680/69, Rel. Juiz Simões Barbosa, prof. em 1/12/69, *id.*, p. 375);

"*Não se configura a relação de emprego quando o reclamante aceita a responsabilidade exclusiva de um depósito de fábrica de papéis, ficando a seu cargo todas as despesas, inclusive impostos ou taxas, empregados, contribuições, alugueres e telefone, não importando em contrato o fato de a fábrica manter para o postulante conta-corrente em que lhe são debitados fornecimentos de numérico e creditados os valores de matéria-prima adquirida de terceiros pelo depósito e venda à fábrica*" (TRT, 3.^a R., Proc. 666/61, Rel. Juiz Epaminondas Silva, prof. em 12/3/62, *Bonfim, "Dic."*, 1965, p. 329);

"*Não percebendo o vendedor salário fixo, não estando sujeito a horário ou subordinação de qualquer espécie, visitando ainda a sua freguesia como bem entende e recebendo apenas comissões pelos negócios efetuados, não é ele empregado.* Tal convicção ainda mais se reforça pela inexistência de obrigação de fazer relatórios de visitas, pela ausência de um mínimo de produção, pela liberdade de vender para outras firmas, pelo uso de transmitir pedidos por telefone e finalmente pelo nenhum controle exercido pela empresa sobre as horas por ele trabalhadas. *Em condições tais, não paira dúvida que ausente está a subordinação jurídica, essencial à configuração do vínculo empregatício*" (TRT, 2.^a R., Proc. 297/60, Rel. Juiz Campos Batalha, *id.*, p. 433)".

Eis aí numerosos exemplos de prestação de trabalho, dentro das necessidades essenciais da empresa, mas admitido como autônomo, por lhe faltarem as notas tidas como características do contrato de trabalho subordinado. Não basta, por si só, a relação de trabalho, ou melhor, de atividades, para que se configure, desde logo, a relação de emprego.

12. Levamos a matéria para onde a levou a sentença da MM. Junta, *data venia*, com mau enquadramento jurídico dos fatos e que merece reforma. Mas, no terreno especial da verdadeira relação jurídica, que se estabeleceu entre a Consultente e as suas revendedoras, já numerosas são as manifestações dos tribunais trabalhistas, em todos os seus graus, *unanimamente afirmando a inexistência da relação de emprego.*

Neste sentido já se vai fazendo pacífica e tranqüila a jurisprudência especializada, como veremos a seguir. Seguindo a Consultente uma rigorosa norma de conduta, fixada em padrões certos e uniformes de negociação, não há como falar em relação de emprego em um caso e trabalho autônomo em outro. São todos iguais: com total e completa ausência de contrato de trabalho.

Assim é que têm decidido os tribunais, ratificando a forma de agir da Consultente, como legal, lícita, sem nenhuma eiva de fraude nem de simulação:

"Revendedora de produtos de beleza, que paga os tributos fiscais pelo exercício do seu comércio ambulante, e que suporta os riscos da sua atividade, não pode ser considerada empregada da empresa, de quem compra as mercadorias para revenda a terceiros"

(TST, 1.^a T., RR 3.217/70, Rel. Min. A. Rodrigues de Amorim, prof. em 24/11/70, "D. da J.", 15/3/71);

"Trata-se de apuração de relação empregatícia de vendedora que trabalha em regime autônomo, pois adquiria da reclamada, ora recorrente, os produtos e em seguida os revendia, assumindo os riscos do negócio. Funcionava assim como revendedora, pois seu lucro consistia na diferença de preço entre a compra e a venda dos produtos. Além do mais, assumia o risco de não recebimento pelas vendas efetuadas. Pagava os impostos, pois era registrada como vendedora autônoma, tudo conforme consta dos autos.

Assim, a relação empregatícia não ficou demonstrada, *data venia* do v. acórdão recorrido de fls. 84/86, pois não é empregado quem durante anos adquire produtos de uma empresa para revender sem lhe prestar serviços e sem recebimento de salários, não estando sujeito por isso a qualquer subordinação... Não se configura o contrato de trabalho, quando inexistente subordinação do prestador de serviço, que trabalha autonomamente, sem mesmo obrigação de exclusividade e de produção mínima" (TST, 1.^a T., RR 2.323/70, Rel. Min. Starling Soares, prof. em 11/12/70, *D. da J.* 1/4/71);

"Não basta que haja prestação de serviços para que haja contrato de trabalho. Se a pessoa age livremente, correndo até o risco do negócio, sem subordinação ou qualquer obediência, é trabalhador autônomo, ainda que o serviço seja substancial à existência da empresa, incumbindo-lhe a prova em contrário" (TRT, 3.^a R., 1.^a T., Proc. 2.696/71, Rel. Juiz Osiris Rocha, prof. em 18/1/72, *D. da J.* 27/1/72);

"Não é empregado quem, durante 5 anos, adquire produtos de uma empresa, para vender, sem lhe prestar serviços e sem recebimento de salários, não estando sujeito a qualquer subordinação" (TRT, 3.^a R., Proc. 14/67, Rel. Juiz Gomes de Freitas, prof. em 6/3/67, *Bonfim*, "Dic.", 1969 p. 329);

"Não é empregado aquele cujo trabalho é retribuído diretamente pela clientela, sem interveniência ou subordinação patronal" (TRT, 1.^a R., 2.^a T., Proc. 3.249/69, Rel. Juiz Hiaty Leal, prof. em 2/12/69, *Bonfim*, "Dic.", 1971, p. 296);

"... Inexistência da relação empregatícia, pois as Recorrentes são revendedoras autônomas dos produtos fabricados pela Empresa, onde compravam as mercadorias e revendiam por conta própria" (TST, 1.^a T., RR 119/70, *D. da J.* 29/6/70, p. 9.834);

"Positivamente, empregadas não foram as reclamantes, no sentido emprestado pela nossa legislação laboral. De fato, há um aspecto sumamente importante que desde logo merece revelado, no sentido de se afastar a existência de qualquer elo empregatício entre as reclamantes e a reclamada. Trata-se do risco da atividade. Consoante as próprias demandantes confessam em depoimento pessoal, os produtos adquiridos da reclamada e não vendidos ficavam

empatados com as próprias reclamantes. Vale dizer, assumiam os riscos do negócio. Logo, não há falar-se em liame empregatício. O art. 2.^o do nosso Diploma consolidado é suficientemente claro, quando diz que é pressuposto para a caracterização da figura do "empregador" a assunção dos riscos da atividade econômica. Este elemento, só por só, destrói toda e qualquer pretensão das reclamantes em verem acolhidas as verbas contidas no petitório inicial. Fica a presente controvérsia dirimida, portanto, sem necessidade de se adentrar no mérito, já que a preliminar suscitada pela reclamada de carência de ação merece acolhida" (2.^a J.C.J., São Paulo, Proc. 2.121/67, Juiz Ney Prado, sent. do 30/1/69, juntada por certidão da Consulente);

"Não há como acolher, na espécie, a relação empregatícia, à falta de seus elementos básicos... Com efeito, revelam os autos que a reclamante era mera negociante ambulante que adquiria os produtos da reclamada para revenda, mediante preços uniformes (há certas contradições nesse particular), auferindo a título de lucro, as comissões fixadas pela fabricante. Não havia dependência hierárquica ou salarial, nem subordinação a horário e a outras condições de trabalho. Livre era a reclamante no exercício de suas atividades (poderia vender produtos de outra firma, inclusive) e a sua remuneração decorrida das vendas que realizava. Dessa forma, seu ganho não era salário, mas sim lucro, suportando eventuais prejuízos, inadmissível na relação empregatícia... *Pode-se afirmar que da empresa o trabalhador autônomo não recebe ordens no sentido de submissão, inobstante obrigado, o que é perfeitamente compreensível a observar a orientação traçada pelo empregador, as recomendações dadas pela empresa, não se configurando, só por isso, uma relação empregatícia*" (Juízo de Direito da Comarca do Tietê, São Paulo, sent. 24/70, juntada por certidão pela Consulente).

Se não bastasse todo esse caudal de casos julgados a favor da Consulente, teve ela ainda ganho de causa perante o C. Tribunal de Alçada de São Paulo, a 3 de maio de 1968, *por unanimidade* de sua 3.^a Turma Cível. Anulou-se, a favor da Consulente, o lançamento do imposto de indústrias e profissões. Diz o acórdão;

"Apurou o exame pericial que a autora exerce atividade meramente industrial, vendendo os seus produtos a comerciantes ambulantes. Estes é que revendem as mercadorias no varejo."

Isto é o que se poderia chamar de prova real ou prova dos nove do perfeito enquadramento jurídico da Consulente: nem empregadora no Direito do Trabalho, nem contribuinte do imposto de indústrias e profissões no Direito Tributário. Quer na Justiça do Trabalho, especial, quer na Justiça Comum, no aspecto fiscal, ficou bem caracterizado e provado o comportamento uniforme da sua organização numa linha única de negociação jurídica, sem fraude nem simulação de espécie alguma.

Há ainda a acrescentar outro decisório trabalhista, oriundo de São Paulo, que nos ia escapando. A 18 de novembro de 1969, decidiu o Tri-

bunal Regional daquele Estado, no Proc. 2.202/69, tendo como relator o Juiz Raul Duarte de Azevedo, *por unanimidade* da sua 3.^a Turma, num voto que merece transcrito, pelos numerosos esclarecimentos que dá:

“A sentença recorrida bem decidiu do litígio. Eram as recorrentes revendedoras autônomas dos produtos fabricados pela empresa recorrida, o que resultou inteiramente provado nos autos. Os docs. de fls. 20 e 21 dão conta do cumprimento pelas recorrentes de encargos sindicais e fiscais (vendas e consignações, ICM) nessa qualidade. Prestando depoimento pessoal, as reclamantes deixaram claro que revendiam os produtos fabricados pela empresa recorrida, tanto assim que “os produtos adquiridos pela depoente e não vendidos ficavam empatados com a depoente” (fls. 22 v.). Ainda essa mesma recorrente Anita Carrilho esclarece (fls. 22) que fazia os pedidos de mercadoria e devia pagá-los independentemente da sua revenda, ou é o que se pode inferir do seu depoimento. A testemunha das recorrentes, Sra. Helena Sousa Lima, acrescenta ainda (fls. 26) que “entregavam (as revendedoras) os produtos às suas clientes, quando delas recebiam”, acrescentando que “corriam os riscos eventuais pelo não recebimento de suas freguesas”. Dessa forma, como bem acentuou a sentença recorrida, o que se demonstrou nos autos é que as recorrentes exerceram uma atividade comercial, assumindo os riscos do negócio. *Claro que as reuniões de revendedoras, e até mesmo o empenho da empresa recorrida em ver aumentadas as vendas e sua admissão, e o direito de cada revendedora em ver respeitada a sua própria clientela pelas demais colegas, tudo isso não desqualifica a natureza jurídica básica da relação havida entre as partes. Não sendo, como não foi, empregatício o vínculo contratual havido entre as partes, pouco importa que não intermitente ou eventual a atividade das recorrentes ou relacionado seu trabalho com existência da empresa recorrida como tal na sua expressão econômica.*”

Perfeita, absolutamente perfeita, a análise jurídica do acórdão acima transcrito da maneira de se conduzir, em todos os casos, da Consulente. Incensurável em suas conclusões, que bem confirmam tudo quanto temos procurado dizer ao longo deste Parecer.

13. Outro ponto pacífico, igualmente, em matéria desta natureza é o que diz respeito ao *ônus da prova*: negada a relação de emprego pela empresa, cabe ao reclamante provar os fatos constitutivos da sua demanda, isto é, a existência da relação de emprego, a fim de que seja competente para dela (da demanda) tomar conhecimento a Justiça do Trabalho. Não bastam presunções nem indícios, nem muito menos afirmações gratuitas ou depoimentos suspeitos ou interessados, mister se faz que a prova seja concludente, cabal e completa. Está-se, afinal de contas, diante de toda uma mudança da forma de trabalhar e agir de uma grande empresa, que paga seus impostos e realiza seus negócios às claras, em obediência estrita às leis do País.

Escrevemos na “Introdução ao Direito do Trabalho”, cit., p. 283:

“Dá-se a divisão do ônus da prova, cabendo a cada parte provar os fatos que alega (art. 818, da CLT), podendo o juiz, como senhor da lide, determinar as diligências e perícias que achar por bem para o esclarecimento da causa, dentro do princípio da sua livre convicção (art. 765). Normalmente, cabe ao empregado (ou possível empregado) provar os fatos constitutivos do seu direito; e ao empregador os fatos impeditivos ou extintivos deste direito alegado.”

Mais claramente para a espécie que vimos analisando, afirma o Min. M. Victor Russomano, “Curso de Direito do Trabalho”, Rio, 1972, p. 91:

“Dentro da idéia de que o ônus da prova incumbe à parte que alega a ocorrência, *caberá ao trabalhador demonstrar a existência da relação de emprego — portanto, da dependência hierárquica — quando contestada pelo empresário.*”

O C. Tribunal Regional de Belo Horizonte, em voto do relator Osiris Rocha, decidiu a 18 de agosto de 1970, no Proc. 1.495/70, em sua 1.^a Turma:

“*A prova da relação de emprego deve ser firme. Indicações tênues de testemunhas inseguras não podem gerar convicção*” (Bonfim, “Dic.”, 1973, p. 377).

Do mesmo Tribunal, já agora da 2.^a Turma, em acórdão da lavra do Juiz José Aparecido, proferido em 23 de novembro de 1971, no Proc. 1.804/71:

“*Negada a relação empregatícia, ao reclamante incumbe o ônus da prova. Já que ela não se presume, não podendo resultar de meros indícios, se existentes, ao reclamante incumbe a produção da prova convincente, pois do contrário, à vista das disposições e definições legais, não se pode falar em existência de vinculação empregatícia*” (Id., p. 378).

Ainda do C. Tribunal Regional da 3.^a Região, na sua 1.^a Turma, é o acórdão do Juiz Vieira de Mello, no Proc. 250/70, prof. em 19 de maio de 1970:

“*Negada a relação de emprego, incumbe a quem a alega prová-la, não o fazendo se os elementos dos autos são conflitantes e conspiram contra a existência dessa vinculação jurídico-trabalhista*” (Id., 71, p. 295).

Para que mais?

14. E nem se pretenda argumentar com *erro*, capaz de viciar a validade do negócio jurídico celebrado entre as partes. Trata-se, afinal de contas, de pessoas maiores, plenamente lúcidas e capazes, no uso dos seus direitos, responsáveis, alfabetizadas, que compram e revendem, fazem negócios, pagam impostos, admitem auxiliares, beneficiando-se da natureza da relação que mantêm com a Consulente. *Durante anos beneficiam-se da liberdade de ação, da autonomia dos seus negócios, auferem lucros, sem prejuízo de outras atividades particulares, para depois, aconselhadas por terceiros interessados, pretenderem direitos que não lhes cabem. Nada mais conhecido e divulgado nos dias atuais do que a legislação do tra-*

balho, sob cuja guarida procura agasalhar-se desde logo qualquer possível prestador de obra ou serviço (vá lá a concessão...). Por que não reclamaram, desde cedo: carteira profissional, repouso, férias, salário-mínimo, previdência, salário-família, etc.? Porque bem sabiam e sabem que não são empregadas, e assim se comportam.

Para que o erro vicie o ato jurídico torna-se necessário que seja essencial e escusável, substancial, "deve ser tal, que, sem ele, o ato não se celebraria". (Clóvis Beviláqua, "Código Civil Comentado", 5.^a ed., vol. I, Rio, 1936, p. 326).

E Orlando Gomes, de forma precisa e enérgica — "Introdução ao Direito Civil", Rio, 1957, p. 338:

"O erro deve ser essencial e escusável. Necessário, com efeito, que recaia sobre a natureza do ato, sobre o objeto principal da declaração ou alguma das qualidades a ele essenciais, ou que diga respeito a qualidades essenciais da pessoa a quem se refira a declaração da vontade.

Por outro lado, um erro inescusável seria equivalente a má-fé."

E é neste diapasão que bate a jurisprudência especializada, não dando acolhida aos atos de má-fé ou maliciosos, alegados a destempo por quem livremente os praticou:

"Se durante treze anos, alguém, no pleno gozo de suas faculdades, presta serviços, como autônomo, a outrem, sem jamais exigir qualquer dos inúmeros direitos que a legislação trabalhista assegura ao empregado e sem nunca ter estado sujeito a exclusividade, a horário ou a frequência definida, é demasiado evidente, de uma hora para outra, sem qualquer modificação no status, transformá-lo em empregado tutelado pela legislação trabalhista. Nada, absolutamente nada, na lei, opõe-se ao trabalho autônomo" (TRT, 1.^a R., 1.^a T., Proc. 1.473/70, Rel. Juiz Ferreira da Costa, prof. em 17/8/70, *Bonfim*, 1971, p. 357);

"Não pode haver relação de emprego, quando inexistente subordinação hierárquica, dependência econômica, sujeição a horário, serviço especificado ou ao menos uma característica do conceito de empregado verdadeiro. Não se pode admitir que o "empregado" fique durante 2 anos sem receber salários e ainda faça suprimentos de numerário ao "empregador" (TRT, 1.^a R., Proc. 1.640/61, Juiz Ferreira da Costa, prof. em 26/10/62, *Bonfim*, cit., 1965, p. 330).

15. À vista do exposto, dos elementos e dados, dos documentos e dos depoimentos das testemunhas, que nos foram trazidos pela Consulente, mantemos a nossa afirmação constante do início deste escrito: não há relação de emprego entre a Consulente e as suas revendedoras. Autônomas, exercentes de atividade mercantil por conta própria, são elas carecedoras de ação perante a Justiça do Trabalho, por lhes faltar a condição de empregadas subordinadas, sujeitas de um contrato de trabalho.

É este o nosso parecer, *sub-censura*.

Rio de Janeiro, 9 de junho de 1973.

CAPÍTULO VIII

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TEMPORÁRIOS

Relação entre as empresas: fornecedora e cliente

Direitos e obrigações — Situação do empregado

CONSULTA

O Consulente, Banco de..., celebrou contrato com a Empresa de..., com sede em L., a fim de que a mesma lhe prestasse serviços técnicos de contabilidade, fornecendo-lhe, por sua conta e risco, empregados seus, que executariam no Banco os trabalhos necessários pelo tempo que se fizesse necessário.

Limitava-se o Banco a comunicar à Empresa a natureza dos serviços indispensáveis e as condições de trabalho, ficando por conta da Empresa o recrutamento do servidor e a celebração de contrato de trabalho com o mesmo. Tais prestadores de serviços, adventícios, a título precário, avulsos, não se integram nos quadros de servidores permanentes do Consulente, já que a eles não pertencem. Vinculados juridicamente à Empresa, como faz claro o contrato celebrado entre as partes (Banco e Empresa), prestam serviços temporários por determinado tempo, enquanto subsistirem as excepcionais necessidades de serviços que levaram o Consulente a socorrer-se da mão-de-obra fornecida pela Empresa especializada.

Junta o Consulente duas Reclamatórias perante a Justiça do Trabalho, contra ele, e a Empresa, como solidariamente responsáveis, nas quais os Reclamantes, em número de quatro, pleiteiam várias regalias trabalhistas, inclusive equiparação salarial. Anexando, igualmente, alguns documentos indispensáveis para a inteira compreensão da espécie, indaga-se:

I) Ocorre qualquer violação ou fraude nesta modalidade de contratação de serviços, realizada pelo Consulente e a Empresa?

II) Qual a natureza jurídica dessas empresas prestadoras de serviços temporários?

III) Diante dos termos do contrato celebrado entre o Consulente e a Empresa, cabe-lhe alguma responsabilidade quanto à relação de emprego existente entre os empregados e a segunda?

IV) A despeito de estar o Consulente convencido, em boa fé, da inexistência de obrigação sua com os prestadores de serviços, indaga: diante de tais premissas, seria possível admitir-se equiparação salarial entre os mesmos e seus próprios e verdadeiros empregados?

PARECER

I

1. Não, não ocorre nenhum vício jurídico na celebração do contrato entre o Consultante e a Empresa. São ambas entidades legalmente constituídas, com objetivos próprios reconhecidos pelos poderes públicos, inteiramente dentro da lei do País. Instituiu-se a Empresa, como expressamente o declaram os seus Estatutos, para esta particular prestação de serviços, sua razão de ser e de viver. Os órgãos competentes do Estado a aceitam como ela é, dão-lhe cobertura jurídica, legalidade, licitude, permitindo-lhe que desenvolva a sua atividade no meio social, preenchendo relevante função sócio-econômica na produção e no desenvolvimento brasileiros. O Banco, por sua vez, é uma autarquia estadual, em pleno exercício das mais relevantes tarefas econômico-financeiras há cerca de dez anos. Não se trata de entidades clandestinas, vivendo à sombra da lei nem realizando negócios escusos.

Pela documentação que nos foi feita presente, verifica-se que a Empresa

“Vem requerendo e obtendo regularmente, desde o início das suas atividades, as licenças do funcionamento, expedidas pelo Departamento Nacional de Mão-de-Obra”; doc. 1, da Empresa, no processo no qual são Reclamantes D. S. e H.T.R.

2. Em sua defesa, nos mesmos autos, socorre-se a Empresa da própria sistemática constante da reforma administrativa consubstanciada no Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, expressa no § 7.º, do art. 10:

“Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle, e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.”

Volta a Empresa a insistir nos mesmos argumentos, escrevendo, ainda nas mesmas Razões dos autos referidos:

“Inclusive, fazendo remissão ao texto legal acima transcrito, o Governo Federal, sancionando a Lei n. 5.845, de 6 de dezembro de 1972, reconheceu e aprovou mais uma vez a existência jurídica das empresas da atividade da 1.ª Reclamada Empresa, restringindo somente a contratação de serviços com elas na área que determina, e assim dispõe em seu art. 2.º, § 2.º:

“É vedada a contratação, ou respectiva prorrogação de serviços a qualquer título e sob qualquer forma, inclusive com empresas privadas, na modalidade prevista no § 7.º, do art. 10, do Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967.”

3. Vai mais longe ainda a Empresa, na contestação da Reclamatória dos seus servidores, declarando, mais uma vez, que “tem a sua vida jurídica inegavelmente reconhecida”, por lei e por atos do Poder Público. Órgãos governamentais e empresas privadas vêm-se utilizando dos seus serviços, como ora acontece com o Consultante, “contratando os seus serviços de locação de obra”, como é sabido e notório.

Com farta documentação anexada aos autos, provou a Empresa que mantém ou manteve contratos de prestação de serviços, normalmente com as seguintes entidades: Universidade Federal de Minas Gerais, Ministério da Educação e Cultura, Superintendência Regional da Receita Federal em Minas Gerais, Ministério da Fazenda, Escola Técnica Federal em Minas Gerais, Departamento de Polícia Federal (Delegacia em Minas Gerais), Ministério do Interior (Superintendência do Vale de São Francisco), Fundação João Pinheiro e Caixa Econômica do Estado de Minas Gerais.

4. Eis aí provada e comprovada a atividade lícita e legal da Empresa, aprovada e reconhecida pelo Poder Público, sem nenhuma manifestação de fraude ou simulação, em pleno exercício de sua especialização.

Dispõe o art. 9.º, da Consolidação das Leis do Trabalho:

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

Grifamos, de propósito, a expressão *com o objetivo*, pois nela se encontra o elemento intencional, doloso, volitivo, da prática do desvirtuamento, do impedimento ou da fraude à aplicação dos preceitos da legislação do trabalhador. Não pode passar pela cabeça de nenhuma pessoa correta que a Consultante, autarquia estadual, iria conluiar-se com qualquer empresa privada com o objetivo de violar ou fraudar a lei.

Estas são as duas hipóteses previstas no art. 9.º, acima transcrito: violação da lei ou fraude à lei. Nenhuma das duas ocorre na espécie da Consulta. A lei não foi violada, eis que a própria Empresa, se confessa responsável pelos contratos de trabalho dos Reclamantes, disposta a cumprir todos os dispositivos legais que lhes sejam aplicáveis e aos quais eles tenham inequívoco direito. Não há a prática de nenhum ato que vulnere a lei, que lhe seja contrário, que lhe impeça a aplicação. Logo, desaparece qualquer possibilidade de violação da lei, objetivamente considerada, seja qual for a intenção das partes (Banco e Empresa).

Muito menos se pode falar em fraude à lei, com a manifesta intenção subjetiva dos interessados de impedir ou desvirtuar a aplicação da norma. Nenhum prejuízo, direto ou indireto, tiveram ou poderiam vir a ter os Reclamantes, selecionados, recrutados, treinados e contratados pela Empresa, sua verdadeira e única empregadora. Não se trata de cessão de empregados, como quem cede mercadoria ou coisa, desligando-se o cedente da pessoa cedida. Não; permanecem os vínculos jurídicos, contratuais, entre o cedente e o empregado, sendo o cessionário unicamente beneficiado pelos serviços prestados, nada mais. Onde a violação da lei? Onde a fraude à lei? Nenhum conluio malicioso se deu, nem se poderia dar, entre o Consultante e a Empresa, com aqueles objetivos.

Escreve o Ministro *Mozart Victor Russomano* — “Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho”, 6.^a ed., Rio, 1962, vol. I, p. 111:

“É por esse motivo que o legislador, traçando o art. 9.^o, estipula que quaisquer atos que tenham por fim o desvirtuamento ou a fraude dos preceitos desta Consolidação...” (Grifamos).

5. Não era este o objetivo ou o fim do contrato celebrado entre o Consultante e a Empresa. Negócio jurídico lícito, legal, nominado, nada mais representa do que um contrato de prestação de serviços por parte da segunda ao primeiro, mediante o fornecimento de seu *know how*, de sua mão-de-obra especializada, com o número de servidores julgados necessários pelas tarefas a preencher. Prática muito comum, como é notório, sem que com isso se possa acoimar de violador ou de fraudulento o contrato celebrado.

Qual a lei violada ou fraudada com a realização do convênio Banco-Empresa? Nenhuma, porque, por mais que se queira endurecer a ditadura da legislação do trabalho, sempre há de permanecer um mínimo indispensável de autonomia da vontade às partes para a satisfação do livre jogo do mercado ou da produção econômica. Afinal, competia ao Banco, e a mais ninguém, saber das suas necessidade de serviços, se permanentes ou temporários, optando então pela contratação de novos elementos que lhe iriam integrar o quadro de pessoal, ou se lhe eram suficientes prestadores adventícios ou temporários, fornecidos por empresa especializada, que por eles se responsabilizassem do ponto-de-vista técnico, moral e profissional.

Não se pode levar a rigidez das normas trabalhistas a ponto de estrangular a economia nacional, dando como lícita e legal somente uma certa categoria de prestadores de serviços — os efetivos, os permanentes, os integrantes dos quadros da empresa, sem qualquer abertura para maior plasticidade e elasticidade de mão-de-obra. Para não onerar a produção e não tornar excessivo o quadro permanente das empresas, públicas ou privadas, é que se permite em toda parte, inclusive entre nós, essa prática de prestação de serviços especializados por empresas próprias, fornecedoras dessa mão-de-obra, que não se apagam depois de celebrado o negócio jurídico, permanecendo como responsáveis, *juridicamente*, pelo pessoal. Não se trata de empréstimo nem de cessão de empregado, como acontece com o jogador de futebol profissional. O empregado permanece vinculado à empresa prestadora de mão-de-obra, executando seu trabalho onde lhe for determinado, como acontece, também, com as empresas empreiteiras de serviços especializados na construção civil, por exemplo. Durante dias, meses ou mesmo anos, excepcionalmente, podem os empregados de determinada empresa prestar serviços a outra (construção civil, construção de pontes, túneis e canais, etc.). Onde a violação da lei? Onde a fraude à lei?

6. *Inicialmente, é bom que se diga, não são essas empresas fornecedoras de mão-de-obra simples agências de colocação, como a princípio se possa supor.* Executam elas as tarefas dessas agências, mas vão além, pois, a despeito de recrutarem, selecionarem, treinarem o pessoal, tornando-os habilitados ao desempenho de qualquer cargo, técnico ou não, continuam a manter com esse pessoal vínculo jurídico contratual.

A principal função das agências de colocação é a de intermediária, isto é, a de colocar empregado e empregador em contato, fazer com que se conheçam, que estabeleçam relações jurídicas, em geral de caráter permanente, retirando-se de cena depois. Uma vez estabelecido o vínculo entre os interessados, deixam as agências de colocação de participar do negócio jurídico que se institui dali para o futuro, de caráter bilateral entre o cliente e o empregado. No caso, porém, das empresas prestadoras de serviços ou fornecedoras de mão-de-obra, em geral, qualificada e especializada, elas não desaparecem nem se apagam ao enviar pessoal para a empresas clientes; permanecem titulares do vínculo jurídico com os empregados, dos quais continuam inteiramente responsáveis.

A nota de intermediação é a característica das agências de colocação, como é pacífico na doutrina e na legislação. Em pequeno trecho, tão tranqüila é a doutrina, escrevem *Paul Durand* e *André Vitu*, “*Traité de Droit du Travail*”, vol. II, Paris, 1950, p. 110:

“A agência de colocação serve de *intermediário* entre as empresas e os trabalhadores” (Grifo do autor).

Em livro mais recente, ressalta *Jean Blaise*, “*Réglementation du Travail et de l'Emploi*”, Paris, 1966, p. 315, esta nota de intermediação como a característica das agências de colocação:

“Mais precisamente, a noção de agência de colocação privada supõe uma *atividade de intermediário*, fazendo oferta de emprego corrente no mercado de trabalho, tendo em vista satisfazer as demandas que emanem dos trabalhadores em busca de trabalho. É o fato de se comportar como intermediário que parece determinante, sem que para isso se devam considerar os meios utilizados para assegurar a aproximação entre as ofertas e as demandas de empregos: locação de locais aos empregadores para que eles aí façam figurar suas ofertas de empregos; anúncios na imprensa; difusão por cartas-circulares de demandas e ofertas de empregos, etc” (Grifo do autor).

Conceituando as tarefas de colocação, assim dispõe o Decreto n. 2.928, de 21 de julho de 1943, da Argentina, na alínea *a*, do art. 1.^o:

“Mediar, a requerimento de los interesados, entre la oferta y la demanda de trabajo.”

Não há necessidade de insistir sobre essa nota característica das agências de colocação: a de mediação entre empregado e empregador, entre trabalhador e empresa. *L. Barassi* fala de *mediazione* e de *accostamento*

della domanda all'offerta. Cf., "Il Diritto del Lavoro", vol. II, Milano, 1949, pp. 16, 35.

A mesma nota vem disposta na convenção Internacional de Trabalho n. 96, de 1949, ratificada pelo Brasil, e posta em execução pelo Decreto n. 62.756, de 22 de maio de 1968. Logo no art. 1.º, ao conceituar as agências de colocação, alude o Decreto a

"toda sociedade, instituição, escritório ou qualquer organização que sirva de intermediário para procurar um emprego para um trabalhador ou um trabalhador para um empregador..."

7. Por isso mesmo, nos "Extraits de l'Étude Juridique sur le Travail Temporaire", Paris, 1967, escreve G. H. Camerlynck, p. 14:

"De direito, a empresa prestadora não desempenha o papel episódico de um intermediário que tiraria proveito da operação de colocação. *Perante o Direito do Trabalho e da Previdência Social, permanece como único empregador de um trabalhador temporário destacado momentaneamente junto a variadas empresas clientes.*

...Por outro lado, o contrato entre o serviço de pessoal temporário e a empresa cliente exclui formalmente o engajamento do trabalhador temporário."

Perfeita esta breve análise do mestre Camerlynck, não só mostrando a ausência de mera intermediação desempenhada pelas organizações de pessoal temporário ou de suprimento de serviços, que permanecem como responsáveis pelo pessoal; como igualmente frisando a natureza dos serviços prestados às empresas cliente de natureza temporária, adventícia ou interina, justamente o contrário do que normalmente acontece com as agências de colocação: simples intermediárias, que procuram, em regra, pessoal permanente para as demandas de mão-de-obra.

Voltamos a insistir: as empresas de prestação de serviços não são agências de colocação. Como estas, recrutam e selecionam o pessoal, submetendo-o a rigorosos testes de seleção profissional. Mas quando chegam os pedidos para preenchimento de funções temporárias ou avulsas, aí se distinguem das agências de colocação. Elas não se apagam, não desaparecem por trás da vinculação entre o trabalhador e a empresa; pelo contrário, permanecem responsáveis pelo trabalhador, jurídica, econômica e profissionalmente. A admissão na empresa cliente não poderia esperar por um período de prova ou de experiência. Não é uma relação que se estabelece com um desconhecido, porque a empresa de prestação de serviços lhe envia um trabalhador qualificado, testado, experimentando, de sua responsabilidade. Não se confunde esta especial prestação de serviços, nem com uma relação permanente, nem também com um contrato preliminar ou de prova. Tal é a intenção das partes — empresa fornecedora, cliente e prestador de serviços. Muitas vezes, no simples espaço de um ano, o servidor presta serviços a várias empresas clientes, permanecendo vinculado juridicamente à empresa prestadora de mão-de-obra.

III

8. *Este, o ponto central da Consulta: nenhuma responsabilidade contratual cabe ao Consulente, não só diante dos termos expressos do contrato, como igualmente das declarações dos Reclamantes e da própria Empresa.*

O contrato é claro, nítido e inequívoco a este respeito. Mais do que argumentos, vale a transcrição de algumas de suas cláusulas, com os gritos nossos esclarecedores:

"O BANCO, a seu juízo exclusivo, quando lhe aprouver, poderá solicitar, a qualquer tempo, tantas substituições quantas desejar das pessoas incumbidas de executar os serviços solicitados, *comprometendo-se, neste caso, a CONTRATADA a providenciar as substituições referidas, imediatamente*" (Cl I, § 2.º).

"No dia e hora aprezadas para o início da execução do trabalho solicitado, as pessoas indicadas pela CONTRATADA deverão apresentar-se ao Chefe do Departamento Administrativo do BANCO, munidas dos seguintes documentos:

1. Carta de apresentação, assinada pelos representantes legais da CONTRATADA, em que não só faça a indicação dos seus funcionários, como também declare estar de acordo com os termos e condições da carta expedida pelo BANCO, referida no parágrafo primeiro desta Cláusula;

2. *Carteira do trabalho, devidamente anotada, com referência à remuneração, horário e local de trabalho, tempo de duração, data de admissão e outras exigidas por lei;*

3. Comprovante, se for o caso, de habilitação e idoneidade profissionais;

4. *Comprovante de contratação de seguro obrigatório de acidentes do trabalho*" (Cl. I, § 5.º).

"Embora esteja prevista a execução dos trabalhos, objeto deste contrato, nas dependências do BANCO ou em outros locais indicados, por este, a CONTRATADA *compromete-se a fiscalizar a execução dos serviços*, assumindo, perante o BANCO, neste instrumento, toda e exclusiva responsabilidade não só por atos praticados por seus funcionários que causem ou possam causar prejuízos ao BANCO ou aos seus clientes, *como também pela perfeição técnica e segurança do trabalho executado*" (Cl. 4.ª, caput).

"Os funcionários encarregados da execução do serviço, na forma deste contrato, *ficarão exclusivamente subordinados à CONTRATADA*, cabendo, ao BANCO, orientá-los administrativamente na execução do trabalho, *sem prejuízo, entretanto, da responsabilidade de fiscalização, prevista nesta cláusula, própria da CONTRATADA*" (Cl. 4.ª, § 1.º).

"Todos os trabalhos decorrentes da prestação de serviço, de que trata o presente instrumento, *deverão ser assinados ou rubricados*

pela CONTRATADA, proibida a retirada de cópias ou documentos do local de trabalho sem a prévia e expressa autorização, por escrito, do BANCO" (Cl. 4.^a, § 2.^o).

"O BANCO compromete-se a fornecer todo o material indispensável para a execução do trabalho, inclusive a reembolsar a CONTRATADA das despesas decorrentes de viagens, a serviço do BANCO, relativas a hospedagem e alimentação, correndo por conta do BANCO o transporte" (Cl. 4.^a § 3.^o).

"Os funcionários admitidos pela CONTRATADA para a execução do serviço, de que trata este contrato, não manterão vínculo empregatício, funcional ou estatutário com o BANCO, cabendo, tão só e exclusivamente, à CONTRATADA, na qualidade de empregadora, responder pelas obrigações decorrentes da legislação trabalhista, previdenciária-social e outras pertinentes ao patrão" (Cl. 5.^a, caput).

9. Não poderiam ser mais claras as cláusulas contratuais entre o Consultente e a Empresa; e nem de outra forma poderia ter sido redigido o contrato, dada a particular natureza de prestação de serviços pela Empresa e as necessidades de tais serviços pelo Banco.

Vê-se, por elas, que a Empresa assume total e absoluta responsabilidade patronal quanto aos servidores enviados ao Banco. Para isso e por isso, como expressamente dispõe a Cláusula 4.^a, ficaram em suas mãos a subordinação e fiscalização da atividade do empregado. Carteira profissional, previdência social, acidentes do trabalho, tudo, enfim, é de inteira e exclusiva responsabilidade da Empresa. É ela a responsável pelo cumprimento da legislação do trabalho, no que se refere à atividade profissional do seu contratado.

10. Mas, se isto não bastasse, honestamente, na sua defesa perante a Justiça do Trabalho, pelo menos no processo que lhe movem D.S. e H.T.R., cuja contestação temos em mãos, volta a Empresa a declarar e a confessar sua inteira responsabilidade patronal, em todos os sentidos, consciência, muito consciência, dos seus deveres contratuais com o Consultente. Alguns trechos significativos:

"Uma análise desta documentação mostra clara e insofismavelmente o reconhecimento da legalidade jurídica da Reclamada. Além dos decretos, leis, portarias e demais documentos, que demonstram que o Poder Público e empresas privadas vêm-se utilizando dos serviços de locação de mão-de-obra, também através de editais de concorrência pública, nota-se claramente o termo locação de serviços, desobrigando-se as locatárias dos encargos trabalhistas, previdenciários, etc., e ficando com os mesmos as empresas locadoras, a exemplo da primeira Reclamada" (Omissis).

"Os Reclamantes foram admitidos pela 1.^a Reclamada, Empresa, para que seus serviços fossem locados a terceiros, fato de que tiveram ciência desde o momento em que foram por ela contratados. Esta circunstância, porém, é óbvia, pois é notório que a Empresa

tem como finalidade de sua existência a locação, seleção ou colocação de mão-de-obra.

Assim, e dentro do que é peculiar à Empresa, esta celebrou contrato com o Banco, para prestação de serviços sob sua inteira responsabilidade empresarial.

Os Reclamantes, a exemplo do que ocorre com todos os empregados que são contratados pela Empresa, para terem seus serviços locados, receberam um cartão de identificação de empregado, contendo o local e o horário de trabalho, cartão este igual ao que se anexa à presente, doc. n. 13. Muitas vezes a 1.^a Reclamada loca o serviço de empregado a uma empresa, que após colocado à disposição da locadora, seu serviço é novamente locado a outra, e assim sucessivamente, até que não haja perspectiva de nova locação, quando a 1.^a Reclamada vê-se obrigada a rescindir o contrato com o seu empregado, paga-lhe todas as reparações devidas, pois não pode arcar com o ônus do contrato de trabalho, sem que o serviço do empregado seja locado e nem haja perspectiva de nova locação, como é óbvio.

Assim, os Reclamantes, na condição de empregados da Empresa... (Omissis); pagou aos Reclamantes os seus salários e quando não mais necessitou de seus serviços, despediu-os, pagando-lhes todas as reparações devidas e legais... (Omissis).

Os Reclamantes foram contratados, selecionados e treinados pela Empresa para prestarem serviço no Banco, tendo em vista o contrato de locação de serviço entre as partes..."

11. Esta a verdadeira expressão e a natureza jurídica exata do vínculo que se estabeleceu entre a Empresa e o Consultente: o de uma prestação de serviços, de empresa para empresa, de entidade para entidade, sem que houvesse o *intuitus personae* quanto a quem fosse enviado pela primeira a prestar serviços ao segundo. Não eram os empregados que eram "locados" (para usar terminologia utilizada pela Empresa) e sim os serviços desta. Ela é que se obrigava a prestar serviços ao Banco com empregados seus, por ela engajados e contratados. Não se estabeleceu nenhum vínculo jurídico direto entre o Consultente e os Reclamantes. O Banco foi unicamente o local de prestação de serviços dos empregados da Empresa, nada mais. A própria Empresa assim o admite e declara, sem a maior reserva mental, o que só lhe faz honra.

12. Os próprios Reclamantes confessam — em ambas as Reclamatórias — que foram contratados, "admitidos como empregados da Reclamada (Empresa)". Não há negar, assim, que, juridicamente nada tem a ver o Consultente como empregador dos Reclamantes — simplesmente os serviços lhe eram prestados, em suas dependências, a seu favor como cliente da Empresa. A relação jurídica imediata se processou entre a duas empresas, ficando para o Banco o cenário ou ambiente de trabalho, no qual as tarefas diárias eram cumpridas.

A carteira profissional, com tudo que possa significar de responsabilidade patronal, é assinada pela Empresa. A ela cabiam a direção, fiscalização e controle dos serviços prestados, como expressamente se declara no contrato entre ela e o Banco. Os salários, igualmente, eram pagos pela Empresa, a quem coube, também o ato decisório de dispensa dos Reclamantes.

13. *A Empresa é a verdadeira empregadora dos Reclamantes, como ela própria o declara, no que é ratificado pelos Reclamantes.* Como cliente da Empresa, nem poderia ser de outro jeito, foram os empregados da primeira executar suas tarefas no ambiente de trabalho do Banco, subordinados e fiscalizados pela Empresa, que os contratou e com eles celebrou contrato. Integram-se no Banco somente quanto às condições ambientais de trabalho e de concreta prestação de trabalho, como acontece, de resto, com qualquer trabalhador autônomo, quando executa tarefas para os seus clientes. Nem poderia ser de outro modo. Por isso mesmo, a Câmara Sindical Nacional dos serviços de Pessoal Interino, da França, assim redigiu o art. 18, do seu Regulamento Geral:

“No concernente às condições de execução do trabalho e da disciplina, o pessoal é obrigado a respeitar o regulamento interno do estabelecimento cliente onde é enviado para trabalhar.”

Com o livre consentimento de prestador de serviços, ocorre, como assinala Camerlynck, uma *delegação de autoridade* por parte da empresa prestadora à empresa cliente; delegação esta bem conhecida dos civilistas, principalmente nos casos de fornecimento de mão-de-obra. Vale a transcrição de mais um trecho do ensaio de Camerlynck — *Extraits*, pp. 23/24:

“A empresa prestadora preenche bem a todos os respeitos a função social de empregador, consideração capital em Direito do Trabalho, e contra a qual não poderia prevalecer a circunstância econômica, juridicamente indiferente, da execução do trabalho em proveito de um terceiro cliente e em seu estabelecimento. Por outro lado, tal associação entre a função social e administrativa de gestão, por um lado, e a utilização efetiva e direta de seus serviços, por outro, situa-se na linha da evolução contemporânea” (Grifos do Autor).

Em outra obra, escrita de colaboração com G. Lyon-Caen, “*Précis de Droit du Travail*”, 3.^a ed., Paris, 1969, p. 102, esclarece ainda Camerlynck que não ocorre na espécie nenhuma das hipóteses de ser a empresa fornecedora de mão-de-obra considerada agência de colocação ou praticante de *marchandage*, e conclui:

“Os trabalhadores estão em serviço, não do cliente, mas do empregador de trabalho interino que os assalaria.”

14. Com pleno conhecimento e total livre consentimento dos Reclamantes, pela própria natureza de atividade da Empresa, com ela celebraram contrato de trabalho, sabendo que prestariam serviços aos seus clientes, sem que passassem a integrar os quadros funcionais destes.

Contratados pela Empresa, a ela, somente a ela, ficam vinculados para efeitos de aplicação da legislação do trabalho. Pelas cláusulas do contrato entre a Empresa e o Banco, em nenhum momento abriu mão a Empresa da sua autoridade sobre os Reclamantes, como se lê no Parágrafo 1.^o, da Cláusula 4.^a, já transcrito, mas que convém repetir:

“Os funcionários encarregados da execução do serviço, na forma deste contrato, ficarão, exclusivamente subordinados à CONTRATADA, cabendo ao BANCO, orientá-los administrativamente na execução do trabalho, sem prejuízo, entretanto, da responsabilidade de fiscalização, prevista nesta cláusula, própria da CONTRATADA.”

Tendo prestado serviços técnicos de contabilidade ao Consultente, dentro da especialidade da sua atividade econômico-profissional, recebeu a Empresa, o devido pagamento, dando-lhe a devida quitação. Tal pagamento, total pelo conjunto dos serviços prestados, englobava todas as obrigações trabalhistas da Empresa com os Reclamantes, quer salariais, quer previdenciárias. Os Reclamantes não foram nem eram empregados originários do Consultente, e sim da Empresa, a cuja disposição se encontravam sempre, podendo ir prestar serviços a outro estabelecimento, segundo a espécie de contratação que celebraram com a Empresa, mas sempre a ela vinculados, seu legítimo empregador. Por isso mesmo, ao contrário do que alegam, cabia a esta os poderes diretivos próprios do empregador. Não ficavam eles subordinados aos regulamentos, ordens, fiscalização nem ao horário do Banco.

Esta mesma modalidade de negociação jurídica e econômica realiza a Empresa com várias entidades, públicas e privadas, sem que os seus prestadores de serviços se transformem, quanto às primeiras, em servidores públicos, ou em empregados das clientes, quando às segundas. Ainda recentemente, no Edital mandado publicar pela Comissão de Licitação, Concorrência Pública n. 01/72, do Ministério de Educação e Cultura, da qual a Empresa, foi vencedora, lê-se o seguinte, bem claramente, no item 14:

“Os elementos contratados pela firma vencedora não terão relação alguma de emprego com o MEC, sendo de sua exclusiva responsabilidade as despesas, seguros de acidentes, impostos, contribuições previdenciárias, encargos trabalhistas e quaisquer outras que forem devidas, relativamente aos serviços e aos empregados.”

CONCLUINDO, os Reclamantes são empregados, *tout court*, da Empresa, com que contrataram, que lhes assinou as carteiras profissionais, de quem recebem ordens, a quem estão subordinados, de quem recebem fiscalização e salários.

IV

15. Assim, preliminarmente, são os Reclamantes carecedores de ação, perante a Justiça do Trabalho, contra o Consultente, com os quais não mantêm nenhuma relação de emprego. Falta-lhes o legítimo interesse de agir, o poder de agir, em suma, a *legitimatío ad causam*. São partes ilegítimas.

timas, em Juízo, em relação ao Banco, terceiro estranho à relação processual.

A matéria é por demais conhecida e repetida, mas nunca é dispensável a opinião doutrinária de quem se encontra isento de pronunciamento no caso concreto. Não precisamos ir longe, basta a prata da casa. Lá está em *José Frederico Marques*, "Instituições de Direito Processual Civil", vol. II, Rio, 1958, p. 34:

"A legitimação para agir (*legitimatío ad causam*) diz respeito à titularidade ativa e passiva da ação. É a *pertinência subjetiva da ação*, como diz Buzaid.

A ação somente pode ser proposta por aquele que é titular do interesse que se afirma prevalente na pretensão, e contra aquele cujo interesse se exige que fique subordinado ao do autor. Desde que falte um desses requisitos, há carência de ação por ausência de *legitimatío ad causam*."

16. É a hipótese perfeita da Consulta: empregado da Empresa, falta aos Reclamantes a titularidade ativa, a pertinência subjetiva, para que possam ajuizar contra o Banco. *César Pires Chaves*, antigo Juiz do Tribunal Regional do Trabalho, da Guanabara, é bem feliz no exemplo que dá, mais parecendo até escrito para o caso concreto da presente Consulta — "Da Ação Trabalhista", Rio, 1956, p. 39:

"A ação deve ser exercida com inteira observância dos requisitos de capacidade para estar em juízo e qualidade de agir. Não basta que exista a prestação de trabalho, nem igualmente é suficiente que a controvérsia se estabeleça entre o empregado, de um lado, e o empregador, do outro. Se A, por exemplo, trabalha para B mas aciona C invocando o reconhecimento da *relação de emprego*, torna-se necessário, primeiramente investigar a configuração dos requisitos indispensáveis à propositura da ação. Assim a despeito de possuir direito de ação, A pode não possuir capacidade de agir contra C, parte ilegítima *ad causam*, e contra quem não provaria a existência da obrigação legal ou contratual. A ação, pois, somente poderia ser ajuizada contra B."

Tanto mais exato é o exemplo proposto pelo ilustre jurista patricio, quanto mais parece feito sob medida para a hipótese concreta da Consulta. *Os Reclamantes são empregados da Empresa, com quem celebraram contrato de trabalho, a quem estão subordinados, por quem são fiscalizados e de quem recebem salários. Não são empregados do Banco, cliente da Empresa, empregadora deles, que lhes mandou prestar serviços de sua especialidade ou realizar determinadas tarefas a favor de certo cliente seu, no caso, o Consulente. Esta a situação jurídica, pura e simples, às claras, sem fraude à lei, com nítido divisor de águas quanto à qualificação de empregador.*

17. Não basta que os Reclamantes aleguem a suposta relação de emprego com o Banco, mister se faz que a provem, em cumprimento ao disposto no art. 818, da Consolidação das Leis do Trabalho. Também não

basta que hajam prestado serviços nas dependências do Banco, pois isto não é negado por ninguém, mas sim que o tenham feito na qualidade de empregados, juridicamente considerados.

Assim, tem-se firmado a jurisprudência dominante. Em acórdão de 19 de maio de 1970, no Proc. n. 250/70, decidiu o Tribunal Regional do Trabalho de Belo Horizonte, em acórdão da lavra do Juiz Vieira de Mello:

"Negada a relação de emprego, incumbe a quem a alega prová-la, não o fazendo se os elementos dos autos são conflitantes e conpirem contra a existência dessa vinculação jurídico-trabalhista" (*B. C. Bonfim*, "Dicionário de Decisões Trabalhistas", Rio, 1971, p. 295).

A 2.^a Turma, do mesmo Tribunal, em acórdão proferido a 23 de novembro de 1971, do qual foi Relator o Juiz José Aparecido, decidiu da mesma forma, no Proc. n. 1.804/71:

"Negada a relação empregatícia, ao reclamante incumbe o ônus da prova" (*B. C. Bonfim*, "Dic.", 1973, p. 378).

A 18 de agosto de 1970, em voto do relator Osiris Rocha, já agora em sua 1.^a Turma, decidiu o mesmo Tribunal, no Proc. n. 1.495/70:

"A prova da relação de emprego deve ser firme."

Isto é, não é suficiente que provem os Reclamantes terem prestado serviços nas dependências do Banco, porque isso é óbvio e não o nega o próprio Consulente, mas sim que o hajam feito na qualidade de seus empregados, revestidos de todas as características que configuram o contrato de trabalho ou a relação de emprego. E tal coisa eles não conseguirão provar, pois, juridicamente, não são empregados do Banco, e sim da Empresa, como expressamente o confessam, eles mesmos e a Empresa.

Nessas circunstâncias, não provada a relação de emprego, são os Reclamantes carecedores de ação, na Justiça do Trabalho, contra o Banco, ora Consulente, que não é seu empregador, e sim, tão somente, cliente normal e rotineiro da Empresa, a verdadeira e confessada empregadora dos mesmos.

V

18. Não sendo o Consulente empregador dos Reclamantes, no mérito, nenhuma responsabilidade lhe cabe quanto à alegada e pretendida equiparação salarial. Mas *gratia argumentandi*, nenhum direito lhes assiste.

Como dito e provado, os Reclamantes não pertencem ao quadro de pessoal permanente do Banco, constituído de seus empregados, por ele diretamente contratados, dirigidos, fiscalizados e assalariados. São empregados de outra empresa, que mediante contrato lhe presta serviços por seu intermédio. Encontram-se, uns e outros, vinculados a empresas distintas, para todos os efeitos jurídicos, fazendo com que desapareça desde logo um dos requisitos fundamentais e expressos para a equiparação salarial, disposta no art. 461, da Consolidação das Leis do Trabalho —

serem, equiparando o paradigma, empregados (vinculado por um contrato de trabalho) da mesma empresa.

Dispositivo de difícil aplicação, com interpretação estrita, por isso mesmo que cria, entre nós, o salário equitativo, exige numerosos requisitos prévios, a fim de que possa o equiparando obter ganho de causa. São todos os requisitos concomitantes e permanentes, bastando que falte um só, para que se destrua a pretensão dos Reclamantes. A regra, dentro do princípio do art. 444, da Consolidação, é um mínimo de autonomia da vontade contratual, permitindo ao empregador fixar os vencimentos dos seus empregados. Excepcionalmente, em nome da justiça comutativa, é que se permite a equiparação salarial *quando os contratos, formal e materialmente realizados, são idênticos*. A prova do que alega incumbe sempre, como no caso, ao equiparando. Cabe-lhe provar que foram preenchidas todas as exigências, uma a uma, do art. 461. E são essas as exigências legais:

- a) identidade de função;
- b) igual produtividade;
- c) mesma perfeição técnica;
- d) mesmo empregador;
- e) mesma localidade;
- f) não ter o paradigma mais de 2 anos de função;
- g) ausência de quadro organizado em carreira.

19. Abandonando a doutrina, por desnecessária, diante da abundância jurisprudencial, *severa e restritiva*, na aplicação do art. 461, veremos como toda ela se orienta no sentido do que deixamos escrito acima: ônus da prova dos Reclamantes e necessidade do preenchimento de todos os requisitos legais.

Cabe aos Reclamantes provar a identidade das funções, a bico de afinete, minuciosamente, isto é, torna-se indispensável que provem a perfeita identidade de atribuições técnicas e administrativas na prestação de serviços. A lei não fala, como acontece no art. 358 (entre nacionais e estrangeiros) em analogia de função, e sim em identidade de função:

“A equiparação salarial pressupõe *igualdade absoluta* das funções efetivamente desempenhadas pelos dois trabalhadores. Não é suficiente a *semelhança*, embora nítida, entre as tarefas distribuídas ao postulante e ao paradigma, para que se aplique o princípio da isonomia salarial” (TST, 1.^a T., Proc. RR 155/72, Rel. Min. Victor Russomano, *in Bonfim*, “Dic.”, 1973, p. 167) (Os grifos são do original);

“Sem identidade de função, por mais insignificante que seja a diversidade, não há que se falar em equiparação, face à imperativa disposição do art. 461 da CLT” (TRT, 1.^a R., 1.^a T., Proc. 2.381/71, Rel. Juiz Marino Ramos, *id.*, p. 171);

“Não cabe equiparação de salários apenas porque os empregados integram a mesma categoria. É necessário que se comprove a

identidade de trabalho” (TRT, 1.^a R., 1.^a T., Proc. 4.031/69, Rel. Juiz Cristóvão Tostes Malta, *Bonfim*, “Dic.”, 1971, p. 132);

“Não é a equivalência, mas a igualdade funcional que assegura a equiparação salarial” (Ac. TRT, 1.^a R., 1.^a T., Proc. 2.798/69, Rel. Juiz Simões Barbosa, *id.*, *ib.*);

“A regra é a diversidade de salários, como conseqüência do caráter pessoal do trabalho. Trata-se de matéria contratual. A equiparação só é de ser deferida para evitar abuso de poder por parte do empregador. Não havendo rigorosa identidade de funções, no sentido qualitativo e quantitativo, não é de se acolher o pedido formulado na inicial” (TRT, 2.^a R., Proc. 3.725/66, Rel. Juiz Barreto Prado, *id.*, p. 133).

20. Por outro lado, é indispensável que o trabalho realizado, para que seja de igual valor, apresente o mesmo volume de produção e tenha a mesma perfeição técnica. Para tais requisitos, é óbvio, não basta a alegação dos Reclamantes, sendo mister que fiquem provados e comprovados por perícia técnica. Talvez nenhum outro dispositivo consolidado exija, tão normalmente, o laudo pericial, como este art. 461. E nem poderia ser de outro modo.

A despeito da voz *produtividade*, em sentido abstrativo, não resta a menor dúvida que a *mens legis* é a de *produção*, isto é, de real e concreto volume de coisa produzida, de trabalho feito, de serviço prestado, porque, para isso, é que o empregador assalaria o empregado. Que adianta ter-se um atleta em casa, com grande capacidade, mas se os seus resultados são inferiores?

Alguns exemplos jurisprudenciais, no sentido da nossa interpretação:

“Para a equiparação salarial, o que conta não é o trabalho que o empregado pode fazer, e sim, o que ele efetivamente faz” (TST, 3.^a T., RR 3.728/72, Min. Barata Silva, *in* “Em Tr.”, maio de 1973, ficha 17);

“Para a equiparação salarial, o que conta não é o trabalho que o empregado pode fazer, e sim o que ele efetivamente faz” (TRT, 1.^a R., Proc. 2.461/67, Rel. Juiz Simões Barbosa, *Bonfim*, “Dic.”, 1971, p. 131).

21. Abandonando, por despiciendo, os demais requisitos, de menor significação para o caso da Consulta, têm ainda que ficar bem caracterizados e provados os itens das alíneas *d* e *f*: que o serviço prestado tenha sido ao mesmo empregador e que entre os Reclamantes e os paradigmas não ocorra a diferença de dois anos a mais de função, a favor destes.

Nota-se que o art. 461 utiliza-se o vocábulo *empresa* no sentido de *empregador* (art. 2.^o, da CLT), e não de ambiente de trabalho, de local de prestação de serviço. Numa mesma empresa, num mesmo estabelecimento, num mesmo ambiente, podem trabalhar pessoas diversas, com diversos e diferentes *status*, funcional e contratual. Podem estar executando tarefas, no mesmo ambiente: empregados verdadeiros, autônomos, avulsos, profissionais liberais, trabalhadores por conta própria, temporários,

adventícios, interinos, estagiários, trabalhadores em período de prova, e assim por diante. O que importa não é a prestação de trabalho, que pode ser a mesma ou análoga, e sim a natureza jurídica do vínculo que prende esses prestadores à empresa. É necessário que sejam, entre si, inequivocamente, empregados e empregadores, no rigoroso sentido da lei consolidada, em seus arts. 2.º e 3.º.

Não é o que se dá na espécie, pois os Reclamantes não são empregados do Consulente, e sim da Empresa. São duas entidades diferentes, existindo entre elas somente o vínculo de clientela. Os Reclamantes não se revestem do *status* jurídico de empregados perante o Banco; o seu regime jurídico é diverso, inteiramente diferente, daquele dos demais empregados permanentes do Banco, incorporados ao seu quadro e à sua carreira.

Mutatis mutandis, eis como que vem decidindo a jurisprudência em casos idênticos ou análogos:

“Não há equiparação salarial entre empregados de empresas diferentes, embora pertencentes ao mesmo *holding* ou “grupo” (TRT, 1.ª R., 3.ª T., Proc. 282/71, Rel. Juiz Flávio Rodrigues Silva, “Em Tr.”, julho de 1971, ficha 22);

“Não é lícito ao empregado pretender equiparação salarial com trabalhador autônomo da empresa, a esta não vinculado por relação de emprego” (TRT, 2.ª R., Proc. 3.043/64, Rel. Juiz José Fava, *Bonfim*, “Dic.”, 1968, p. 146);

“Trabalhos análogos ao paradigma, prestados esporadicamente, não ensejam isonomia salarial” (TRT, 1.ª R., 2.ª T., Proc. 4.085/69, Rel. Juiz Antônio Cianni, *Bonfim*, “Dic.”, 1971, p. 132);

“Se apenas eventualmente, em caráter transitório, reclamante e paradigma fizeram os mesmos serviços, não se configura a equiparação salarial” (TRT, 1.ª R., 3.ª T., Proc. 2.177/70, Rel. Juiz José Joel Salgado, *Bonfim*, “Dic.”, 1973, p. 173);

“O aproveitamento temporário, a título de reorganização dos serviços, de um empregado titular de cargo mais graduado para exercer funções que, normalmente, eram as de escriturário, não justifica a equiparação de salários dos escriturários da empresa com o correspondente ao cargo daquele empregado” (TRT, 3.ª R., 2.ª T., Proc. 1.582/69, Juiz Tardieu Pereira, “Em Tr.”, fevereiro de 1970, ficha 15);

“Equiparação salarial que se indefere tendo em conta que os autores e paradigmas pertencem a setores diversos de trabalho. Embora servidores do réu, servem a departamentos diversos que não guardam entre si vinculação de qualquer ordem. Dentro da sua organização estrutural, tais departamentos gozam de autonomia administrativa e financeira, inexistindo, assim, possibilidade de se admitir a aplicação do preceito do art. 461 da Consolidação” (TRT, 1.ª R., Proc. 92/68, Rel. Juiz Geraldo O. Guimarães. “Em Tr.”, outubro de 1968, ficha 15).

22. Quanto ao outro requisito, o da alínea *f*, basta que se transcreva o Prejulgado n. 6, de 1964, do Tribunal Superior do Trabalho:

“O tempo de serviço, para efeito de equiparação de salário, apura-se na função e não na empresa.”

23. Além de todos esses elementos, de ordem geral, devem ser minuciosamente verificados as concretas e contratuais condições da atribuição de gratificações aos supostos paradigmas. Os Reclamantes não são funcionários do Consulente, como alegado e provado ao longo deste Parecer.

Ainda da maior relevância a apuração e o deslinde dos cálculos e dos dados apresentados pelos Reclamantes, como acertadamente alegam os ilustres patronos do Consulente, no item 6 da sua contestação.

24. Assim, em conclusão:

I — De maneira alguma, cabe aplicação à espécie concreta da Consulta o art. 9.º, da Consolidação, pois nenhuma violação da lei, ou qualquer fraude à lei, se configura na prestação de serviços da Empresa ao Consulente. Permanece aquela como empregadora, para todos os efeitos legais, sendo os Reclamantes seus empregados, também para todos os efeitos legais.

II — A Empresa não é uma simples agência de colocação, que se apague ou desapareça depois de haver colocado em contato os Reclamantes e o Banco. Empresa prestadora de serviços, permanece como empregadora dos Reclamantes, por todo e sempre.

III — Nenhuma responsabilidade trabalhista cabe ao Consulente, mero cliente da Empresa, como tantos outros. O seu estabelecimento nada mais era do que o local de trabalho dos empregados da Empresa.

IV — Por isso mesmo, *preliminarmente*, são os Reclamantes carecedores de ação, por constituírem partes ilegítimas *ad causam*. Não mantêm relação de emprego com o Consulente.

V — No mérito, por todos os títulos, notadamente, pelos argumentos apresentados nas preliminares, nenhuma razão assiste aos Reclamantes, aos quais cabe provar que eram, juridicamente, empregados do Consulente, para, depois, provarem ainda a identidade de funções e dos valores financeiros que alegam.

Protestando o Consulente por todos os meios de prova, somente diligência e perícia poderão dar a última palavra, dentro da interpretação que emprestamos ao art. 461, da Consolidação das Leis do Trabalho.

É o nosso parecer, *sub censura*.

Rio de Janeiro, 24 de agosto de 1973.

EMPREGADO ELEITO DIRETOR DE
SOCIEDADE ANÔNIMA
Contagem de tempo de diretoria

CONSULTA

1. O empregado que, no curso do contrato, é eleito Diretor da Sociedade Anônima em que trabalha, tem assegurado, no seu tempo de serviço e para efeito de cálculo de indenização por dispensa o cômputo do período em que esteve investido em cargo de Diretoria?
2. Em face do texto e da finalidade na norma inscrita no art. 499, da Consolidação das Leis do Trabalho, e em vista da sistemática do nosso Direito do Trabalho, há hipóteses em que o período de exercício em cargo eletivo de Diretoria não é de ser computado no tempo de serviço de Empregado?
3. O fato de um Empregado ser eleito Diretor da Sociedade Anônima em que trabalha o transforma, por si só, em empresário, em empregador?

PARECER

1. As questões, que nos foram formuladas, encontram-se de tal modo encadeadas, presas umas às outras tão inextricavelmente, que preferimos respondê-las em bloco, deixando para as conclusões, sintéticas, as respostas, também breves, a cada uma delas em separado.

A tese é muito simples, constante de qualquer compêndio ou manual de Direito do Trabalho: o contrato de trabalho é competível com os contratos de sociedade e de mandato? *Não hesitamos em responder pela afirmativa*, como o fazem a boa doutrina e a melhor jurisprudência, nacional e estrangeira.

2. As notas características do contrato de trabalho são a pessoalidade por parte do empregado (*intuitus personae*), a sua continuidade, a sua profissionalidade, a sua onerosidade por parte do empregador e, sobretudo, a subordinação jurídica ou estado de dependência por parte do empregado.

Há, quanto ao empregado, locador de serviços, prestador de serviços, uma obrigação de fazer, manifestada na atividade por ele colocada a favor do seu empregador. Esta prestação é pessoal, intransferível a terceiros, no intuito da sua própria pessoa. Por outro lado, deve essa prestação estender-se no tempo, de maneira sucessiva, continuada, duradoura. A simples prestação eventual ou ocasional não importa contrato de trabalho. Ainda

mais, reveste-se o prestador de serviços de um *status* profissional, mão-de-obra qualificada ou não, mas capaz de diferenciá-lo dentro da sociedade e da economia nacional. Em troca dos serviços prestados, o empregador deve-lhe salário (onerosidade), como contraprestação direta. Finalmente, o trabalho prestado não o é num regime de autonomia, e sim de subordinação ou dependência, permanecendo o empregado à disposição do empregador (nas horas de trabalho e conforme os ditames legais), que dele pode utilizar-se, segundo as cláusulas do contrato, dando-lhes ordens, suscitando a sua atividade, interrompendo-a à vontade, em suma, dirigindo-o e fiscalizando-o.

Tudo isso encontra-se, de forma cristalina, nos dois dispositivos fundamentais da Consolidação das Leis do Trabalho, arts. 2.º e 3.º:

“Art. 2.º — Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.

Art. 3.º — Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”

3. Praticamente, encontram-se essas mesmas notas, com maiores ou menores presenças, nos contratos de sociedade e de mandato, já que, em ambos, pode haver uma prestação de atividade. Uma nota, no entanto, ache-se ausente nestes últimos, mormente no primeiro deles: a subordinação ou dependência. Embora do tipo subordinante, no mandato, as ordens são estritas, precisas e especiais, esgotando-se nelas mesmas, uma vez cumpridas. Na sociedade, manifestada pela comunhão de esforços e de propósitos, domina a *affectio societatis*, que coloca os sócios no mesmo nível de coordenação, e não de subordinação de um ao outro.

4. Houve por bem a doutrina em não dar como incompatíveis essas três modalidades contratuais. Assim, um empregado típico de uma sociedade pode lhe adquirir ações, pode ser eleito para cargo de diretoria, sem que por isso perca a sua antiga condição de empregado. Prestava serviços subordinados à sociedade, que, nesta qualidade, ficam interrompidos, enquanto se encontrar no desempenho de cargo eletivo da assembléia geral. Se foi eleito é porque tem competência, tirocínio, conhecimento dos negócios da sociedade, merecendo um cargo de direção e de confiança dos sócios.

Não se dá uma liquidação da antiga condição contratual, com renúncia do empregado aos seus direitos adquiridos, com a perda total da antiga situação jurídica. *Interrompe-se simplesmente o contrato de trabalho, cujos efeitos ficam em suspenso, tendo o empregado direito a reverter ao cargo efetivo quando deixar o exercício da função de diretoria, e com direito, também, à contagem desse tempo para todos os efeitos legais.*

5. Na doutrina e na jurisprudência brasileiras, houve uma nítida evolução, já que ambas, hesitantes a princípio, acabaram, não só por dar como compatíveis aqueles três negócios jurídicos, como igualmente por

admitir, não mais como *suspenso* o contrato de trabalho, e sim como meramente *interrompido*, segundo a sistemática seguida pelos autores da Consolidação das Leis do Trabalho.

Basta citar-se um trecho exemplar de *Délio Maranhão* — “Direito do Trabalho”, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1971, p. 49:

“E se o contrato de trabalho proceder à eleição para o exercício de cargo de diretoria? Fundada no art. 499 da Consolidação, construiu a jurisprudência o entendimento de que, nesse caso, dar-se-á mera interrupção do contrato de trabalho, assegurado o cômputo do tempo prestado na diretoria, para os efeitos da relação de emprego: serviços continuam a ser prestados, conquanto a outro título” (*).

Na 1.ª edição, de 1966, p. 46, onde se encontra *interrupção*, havia *Délio Maranhão* escrito *suspensão*, como nós próprios o havíamos feito, no “Tratado Elementar”, de 1960, e 1965, e na “Introdução ao Direito do Trabalho”, de 1971. A doutrina e a jurisprudência atuais, entretanto, ficam com o último ensinamento do excelente antigo magistrado. É isso o que se dá, exatamente: o contrato de trabalho fica interrompido, continuando o empregado a prestar serviços a outro título, percebendo remuneração da sociedade. Logo, trata-se, segundo a sistemática consolidada, de caso típico de interrupção na técnica legal: prestação de serviços, percepção de remuneração e contagem de tempo.

6. Se numa firma individual, cabe ao empregador, pessoa física, designar ou nomear o empregado que vai ocupar o cargo de diretor; numa sociedade anônima, pessoa jurídica, empregadora também, cabe à assembléia geral fazê-lo mediante o expediente normal para o caso — a eleição majoritária. Sublinhe-se, porém, que também aqui funciona, praticamente, mecanismo análogo da indicação quando empregador pessoa natural, ou em qualquer outro tipo de sociedade comercial. Na sociedade por ações, mormente do tipo doméstico, clânico ou de domínio de uma minoria, o controle acionário pertence ao grupo majoritário das ações, sob a direção ou orientação do detentor desse maior capital.

7. A doutrina comparada é pacífica a este respeito, a mesma coisa acontecendo com a jurisprudência comparada. Começaremos por esta, com julgados tão antigos, que chegam a causar espécie que ainda possa vir o assunto a ser novamente discutido entre nós.

Lê-se em “Diritto del Lavoro — Legislazione — Doutrina — Giurisprudenza”, Milano, 1937, pp. 312, 320 e 321:

“O cargo de administrador de um banco (sociedade anônima) é compatível com a de diretor do mesmo, sem que tal acumulação na mesma pessoa tenha por efeito de excluir a relação de emprego” (Mag. del Lav. de Torino)... “Na espécie, pois, foi admitido efetivamente que o sócio comandatário se revestisse da qualidade de empregado, por haver sido nomeado diretor técnico com estipêndio mensal” (Mag. del Lav. de Milano).

* Em nova edição (3.ª, 1974, p. 64), o A. acha tal construção improcedente e injurídica.

Ensina o Prof. G. H. Camerlynck — “Contrat de Travail”, Paris, 1968, pp. 75/76:

“A jurisprudência admite a acumulação das funções de presidente-diretor geral, ou de diretor geral adjunto de uma sociedade anônima, mandatários sociais, a este título, revogáveis, *ad nutum*, com a qualidade de diretor técnico assalariado, com a reserva de que sejam observadas as prescrições do art. 40 da lei de 24 de julho de 1867 (autorização do conselho de administração). Resultará notadamente desta coexistência das duas convenções que a revogação das funções de mandatário social *deixa subsistir o contrato de diretor técnico assalariado.*”

Se Camerlynck cita a jurisprudência a favor da tese de acumulação de Diretor Geral com Diretor Técnico, com muito mais força, como argumento *a fortiori*, cabe essa afirmativa para os antigos empregados da sociedade, bons servidores e, por isso, premiados.

De *Litala* — “Il Contratto di Lavoro”, 5.^a ed., Torino, 1956, p. 87:

“Tem sido autorizadamente admitido que o diretor geral de uma sociedade anônima e o conselheiro delegado diretor possam ser considerados empregados, quando a *relação de emprego inerente à qualidade de diretor persista à nomeação de conselheiro delegado.*”

Em nota, da p. 88, volta a firmar a mesma doutrina: dá como “invalido o princípio da incompatibilidade entre duas funções” (diretor e empregado), quando acontece que

“O empregado, depois de haver constituído a sua relação de trabalho com uma sociedade, tenha sido posteriormente chamado a fazer parte do conselho de administração.”

Em nota ainda, entre os autores que apóiam essa tese, alude *De Litala* a *Peretti-Criva*, *Gargano*, *Mazzoni* e *Frisara*. Possuímos do primeiro o ensaio referido, aparecido na revista “Diritto del Lavoro”, Roma, 1929, p. 153, onde cita este julgado do Tribunal de Turim, de 31 de janeiro de 1929:

“A qualidade de sócio administrador de uma sociedade não é obstáculo à configuração, na mesma pessoa, da qualidade de empregado da própria sociedade.”

Mário Deveali não descrepa desta lição — “Lineamientos de Derecho del Trabajo”, 3.^a ed., Buenos Aire, 1956, p. 471:

“Na aplicação desta disposição (art. 338, do Cód. de Com.) afirmou-se que os diretores não podem estipular um contrato de trabalho, ainda quando este tenha por objeto tarefas estranhas às próprias do cargo de diretor. Em outra oportunidade estudamos o alcance da citada disposição que, ainda no caso de interpretá-la no sentido mais rígido e de entender que a mesma proíbe o diretor de estipular *ex novo* um novo contrato de trabalho com a sociedade, isto não importaria a proibição de continuar com a execução de um contrato preexistente, de vez que a execução é algo completamente distinto da estipulação.”

Deveali vai mais longe, citando “a maioria da doutrina e da jurisprudência mais recente”, que admite a coexistência numa só pessoa, ao mesmo tempo, das situações de diretor e de empregado da sociedade (pp. 471/472).

Renato Corrado, sempre seguro, com a sua autoridade de grande jurista do trabalho na Itália — “Trattato di Diritto del Lavoro”, vol. II, Torino, 1966, pp. 341/342, — admite como errôneas ambas as teses radicais: a favor ou contra a coexistência das duas relações. A relação de subordinação, ensina o professor da Universidade de Turim, interrompe-se, quando o antigo empregado passa a exercer cargo de Diretoria, por ele chamado de “colaboração autônoma”,

“mas pode ela ser restaurada, se ocorre um novo desligamento das posições de administrador único ou delegado com poderes diretivos e de diretor geral.”

Classifica ele essa mudança como “modificação ou novação da relação, e não como extinção da mesma”.

8. Na doutrina nacional, além da opinião de Délio Maranhão, inicialmente referida, podem ainda ser lembradas algumas outras. Lê-se em *Orlando Gomes* — “Diretor de sociedade anônima, Empregador ou empregado?” in “Legislação e Jurisprudência Fiscal”, maio/junho, de 1957, pp. 15/16:

“O art. 499 da Consolidação das Leis do Trabalho dispõe que não haverá estabilidade no exercício dos cargos de diretoria, gerência ou outros de confiança imediata do empregador, ressalvado o cômputo do tempo de serviço para todos os efeitos legais.

Da leitura desse preceito legal, depreende-se que o exercício de um cargo de diretoria numa sociedade anônima pode atestar a existência de uma relação de emprego, considerando-se empregado, portanto, seu ocupante. Não seria possível, assim, entender de outro modo a referência do art. 499 da Consolidação das Leis Trabalhistas a cargos de diretoria. A estabilidade é, no campo das relações privadas, um direito vinculado ao estado profissional dos empregados. Para que se negue a possibilidade de adquiri-lo a alguém é preciso pressupor que essa pessoa tenha a qualidade empregatícia. Do contrário, a negação seria ociosa.”

E mais abaixo:

“Referindo-se a lei a exercício de cargo de diretoria, para declarar que nela não haverá estabilidade, quis, apenas, deixar claro que um empregado passando à condição de diretor da empresa em que trabalha, não adquire estabilidade nesse cargo. *Poderá, assim, ser livremente destituído da função, mas não perderá, com a destituição, a sua condição de empregado, nem terá sacrificados os direitos que a ela se ligam.*”

Outra não é a lição do Prof. *José Martins Catharino*, em obra recentíssima — “Compêndio Universitário de Direito do Trabalho”, vol. I, São Paulo, 1972, pp. 288/289:

“Outro ponto, em breve registro: o empregado que passe a integrar órgão de uma sociedade comercial, como gerente ou diretor, sem que sua escolha dependa da parcela de capital, que porventura possua, pode ser destituído pela maioria capitalista, *mas não perde sua condição de empregado, embora, enquanto perdurar a situação, haja rarefação do elemento subordinativo. É o que resulta clara e especificamente do art. 499 da CLT.*”

Em ensaio que acaba de sair do prelo, filia-se João Antero de Carvalho, antigo Procurador Geral da Justiça do Trabalho, a esta tese, sustentada pelos dois eméritos professores da Bahia — “Cargos de Direção no Direito do Trabalho”, Rio, 1974, pp. 111/112:

“Efetivamente, não nos parece justo que, pelo simples fato de o empregado aceitar eleição para diretor, venha a sofrer prejuízo na contagem de seu tempo de serviço.

Admitir a tese contrária vale distinguir onde a lei não distingue, pois o citado art. 499 da CLT, ao determinar a inexistência de estabilidade no exercício de cargos de diretoria, gerência ou outros de confiança imediata do empregador, ressalva o cômputo do tempo de serviço para todos os efeitos legais. Certo, pois, andou Ribeiro de Vilhena afirmando que o dispositivo não comporta exceções, pouco valendo que o exercício da função decorra de contratação ou eleição.”

9. Exemplares os entendimentos dos ilustres juristas patrícos. Mas a verdade é que, já bem antes dos seus pronunciamentos, como escreveu Délio Maranhão, veio a jurisprudência nacional construindo a doutrina da interrupção do contrato de trabalho nos casos de antigos empregados que passem a exercer cargos de diretoria em sociedades comerciais. Alguns exemplos, do que hoje é pacífico, em ordem cronológica, segundo a hierarquia das fontes prolatoras dos acórdãos:

“O exercício de cargo de Diretoria não resolve, nem suspende o contrato de trabalho, para o cômputo do tempo de serviço” (STF, Agr. de Inst. 14.447, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, in C. Bonfim, “Jurisprudência do Contrato de Trabalho”, Rio, 1955, p. 246);

“O empregado eleito diretor tem a mesma situação daquele que foi designado para exercer função de confiança, de que trata o art. 499 da Consolidação das Leis do Trabalho” (TST, Proc. 1.095/47, Rel. Min. Delfim Moreira Jr., in D. da J., 20/10/47, p. 442);

“Nenhuma controvérsia existe entre os doutrinadores quanto à existência ou à continuação do contrato de trabalho, quando o empregado é eleito diretor de uma sociedade anônima... De fato, se analisarmos o problema sob o aspecto formal, como no substancial, verificamos que não há razão alguma de ordem moral, jurídica ou social que determine a perda de condição de empregado para aquele que foi chamado a fazer parte da diretoria. Seria profundamente injusto se tal ocorresse, já pelo lado humano, como também porque subsiste o contrato de trabalho, se quisermos distinguir entre a pes-

soa física do empregado eleito diretor... Não se diga também, que sendo o diretor o encarregado de exteriorizar a vontade social, o contrato de trabalho ficaria dependente de seu arbítrio, podendo, então, ser modificado ou alterado a bel-prazer. A esta objeção, lembraríamos que a lei não permite que o diretor interessado participe de resolução atinente às suas relações com a sociedade, a quais ficam sempre na dependência da iniciativa e do assentimento das assembleias gerais” (TST, Proc. 2.533/48, Rel. Min. Delfim Moreira Jr., in D. da J., 17/2/49, p. 713);

“O empregado eleito diretor da sociedade anônima não perde, por tal fato, a qualidade de empregado” (TST, Ac. de 11/9/52, Proc. 976/52, Rel. Min. Francisco Carvalhal, in Rev. do TST, 1955, p. 108);

“Ao empregado eleito diretor-gerente da cooperativa, quando deixar o exercício dessa função, é assegurado o direito-de voltar ao exercício do cargo efetivo que anteriormente ocupava na mesma cooperativa” (TST, Ac. de 12/9/52, Proc. 4.757, Rel. Min. Waldemar Marques, id., p. 109);

“Por esta tese me inclinei desde a primeira instância, salientando, desde logo, a distinção entre a pessoa dos diretores e a da sociedade anônima e procurando esclarecer a teoria de órgão com a lição, entre outras, de Boistel e Navarrini.

E todas as vezes em que voltei a examinar casos semelhantes, recordava o antigo ensinamento do Tribunal de Lione: “Un amministratore può esercitare la funzione di direttore legato alla società da un contratto di locazione d'opera. Spetta all'autorità giudiziaria accertare se la qualifica indicata nella convenzione risponda alla realtà”. (“Jurisprudenza italiana”, vol. XC, apêndice, 1938, “Società civile e commerciale”, n. 380)... Não se confunda o caso presente com daquele que, sem ter exercido emprego na sociedade, nela entra diretamente como dirigente. A essa situação é que se aplicam as considerações finais do venerando acórdão, ninguém contestando a transitoriedade do mandato. Por isso mesmo que é transitório, o contrato de trabalho fica apenas suspenso. O que todas as instâncias proclamaram é que o embargante passou de empregado a diretor. Nessa ocasião, como se lê a fls. 424, dispunha apenas de 120 ações da sociedade, isto é, menos de 1% das ações. Ao ser destituído, a percentagem se elevava a 6%, o que, obviamente, não lhe dava os poderes que lhe querem atribuir. E se assim é, como falar em perda da qualidade de empregado, e, ainda em prescrição?... Daí, também se conclui que não há, em tais casos, necessidade de ressalva do empregado para conservação de sua qualidade, quando eleito diretor. Se nessa situação persiste, normalmente, a relação de emprego, nenhuma precisão existirá de uma manifestação expressa de que deseje conservar a sua condição de empregado, uma vez que, mesmo eleito, não o perde. É o que tem decidido a jurisprudência, assentando que o exercício do cargo transitório de diretor não importa

renúncia do cargo efetivo" (TST, "Pleno", Ac. 16/5/56, Emb. 6.902/54, Rel. Min. Tostes Malta, in "Conflitos do Trabalho", Rio, 1956, pp. 143/150);

"Em se tratando de pequeno acionista, transitoriamente ocupando cargo de direção na empresa, pelo qual recebeu *pro labore*, honorários, havendo contribuído inclusive para a Previdência Social, não se pode considerar suspenso o contrato de trabalho durante esse tempo em que continuou a serviço da empresa. É de ser contado o tempo de serviço no exercício do cargo de presidente e vice-presidente da sociedade anônima" (TST, "Pleno", ac. de 16/10/63, RR 1.895/62, Rel. Min. Fernando Nóbrega, in "Rev. do TST", 1968, p. 525);

"O tempo de serviço em cargo de diretoria é computado para todos os efeitos legais (CLT, art. 499, caput). Conseqüentemente, o período em que o empregado exerce, por eleição, cargo de diretoria de uma sociedade anônima deve ser considerado para a conquista *ratione temporis* dos benefícios outorgados pela legislação trabalhista" (TST, 2.^a Turma, Ac. de 30/7/64, RR 1.089/64, Rel. Min. Bezerra de Menezes, id., p. 519);

"O exercício de cargo de diretoria não resolve nem suspende o contrato de trabalho, para o cômputo do tempo de serviço" (TST, Pleno, RR 1.089/64, Rel. Min. Caldeira Neto, id., p. 516);

"Se a assembléia da sociedade anônima resolveu não renovar o mandato de um de seus diretores que a par de ser diretor anteriormente era empregado da firma, deve a mesma assembléia, e, por conseqüência a própria firma, arcar com as conseqüências desse seu ato" (TRT, 2.^a Região, Proc. 6.288/65, Ac. de 23/5/67, Rel. Juiz Fernando de Oliveira Coutinho, in "LTr", 1967, pp. 467/468);

"A orientação jurisprudencial que hoje deve prevalecer é a de que a eleição para cargo de diretoria não resolve nem suspende o contrato de trabalho para cômputo do tempo de serviço, interrompendo-o apenas. Tal orientação, que mais se harmoniza com o espírito protecionista da nossa legislação do trabalho, ficou reforçada com a disposição do RFGTS, que determinou a não cessação dos depósitos relativo a empregados eleitos para exercerem cargos de diretoria" (TRT, 2.^a Região, Proc. 6.173/67, Rel. Juiz Roberto Mário Rodrigues Martins, Ac. de 17/2/70, in "LTr", 1970, pp. 558/589);

"O empregado, eleito diretor da sociedade anônima para a qual presta serviços, tem apenas suspenso o seu contrato de trabalho, assistindo-lhe, porém, o direito ao cômputo deste período em seu tempo de serviço. Aplicação do art. 499, caput, da CLT" (TRT, 3.^a Região, Proc. 2.194/69, Rel. Juiz Álfio Amaury dos Santos, in "Ementário Trabalhista", março de 1970, ficha 39).

10. Essa jurisprudência, que se veio firmando nos tribunais brasileiros, desde 1947 recebeu novas confirmações em julgados recentes do C. Tribunal Superior do Trabalho, encarando diferentes casos concretos. Mani-

festações idênticas podem ser apontadas nos Tribunais Regionais do Trabalho, fazendo com que se torne, praticamente, tese pacífica a de que — *acionista ou não (desde que não tenha a maior parcela do poder acionário, o que, na hipótese, seria absurdo), eleito para cargo de diretoria nas sociedades anônimas, não perde o empregado esta sua qualidade, voltando ao cargo efetivo, uma vez destituído ou não reeleito, contando o tempo de diretoria para todos os efeitos legais.*

Como exemplos jurisprudenciais recentes confirmadores da tese que vimos sustentando, podem ser lembrados:

"Soma-se o tempo de diretor, sempre que exercido por pessoa empregada e que passou dessa para outra função, sem qualquer solução de continuidade. O reclamante foi eleito diretor de empresa subsidiária da ré, eis que criada, controlada e mantida por esta, e onde permaneceu cerca de 8 anos por prazo indeterminado, por isso que continuou prestando os mesmos serviços profissionais e responsabilidades, auferindo o mesmo salário e tendo a sua atividade sempre subordinada à orientação e controle da recorrente, é, conseqüentemente seu empregado com as garantias ressaltadas no art. 499 e § 2.^o da CLT. Faz jus ao cômputo de todo o tempo de serviço e respectivas verbas indenizatórias com a resilição do pacto laboral ao ser extinta a referida empresa subsidiária e o seu não aproveitamento em outras funções na ré" (TST, 3.^a Turma, RR 2.659/71, Rel. Min. Barata Silva, em 18/4/72, in "Ementário Trabalhista", julho de 1972, ficha 11);

"O exercício de cargo de diretor eleito na empresa sucessora ou incorporadora não obsta o cômputo do respectivo tempo de serviço, para fins de indenização, a teor de disposto no art. 499, caput, da CLT, eis que empresas que se sucedem ou se consorciam se consideram como se uma só fossem" (TST, RR 400/73, Rel. Min. Ribeiro de Vilhena, in "D. da J.", 23/10/73, p. 7.998);

"Como expressamente ficou convencionada a manutenção do vínculo empregatício, para o empregado assumir e exercer a função de Diretor eleito, computa-se o tempo de diretoria como se fosse de relação de emprego" (TST, 3.^a Turma, RR 1.858/73, Ac. n. 1.746/73, Rel. Min. Tardieu Teixeira, publicado em audiência);

"Empregado de empresa, ao ser eleito diretor, o reclamante teve seu contrato de trabalho meramente interrompido, computando-se a seu favor, como empregado, o tempo de exercício como diretor (Délio Maranhão — Direito do Trabalho)" (TRT, 1.^a Região, Proc. 2.832/71, Rel. Juiz Gerardo Magella, em 31/1/72, in B. C. Bonfim, "Dicionário de Decisões Trabalhista", Rio, 1973, p. 71);

"O empregado elevado à condição de diretor da empresa não perde o direito de ver somado o período em que ocupou aquelas funções ao seu tempo de serviço" (TRT, 8.^a Região, Proc. 142/72, Rel. Juiz Raul Santo-Sé Gravatá, em 29/5/72, "Ementário Trabalhista", agosto de 1972, ficha 12).

11. À vista do exposto e diante do claro ensinamento da doutrina e da jurisprudência, quer estrangeira, quer nacional, passamos a responder frontalmente as indagações que nos foram formuladas:

1) *Sim, sem dúvida alguma.* O empregado que, no curso de contrato, é eleito Diretor da Sociedade Anônima para a qual trabalha, tem simplesmente interrompido o seu contrato anterior, que subsiste, computando-se-lhe, para todos os efeitos legais, o tempo em que esteve ocupando cargo de Diretoria;

2) *Não, nenhuma.* Desde que caracterizada a situação de antigo empregado, subsistente esta (já que a renúncia não se presume), ficou o contrato de trabalho meramente interrompido, não admitindo o art. 499, da Consolidação das Leis do Trabalho — genérico em seu mandamento, — nenhuma exceção, nem distinção de espécie alguma;

3) *Não, de modo algum.* O antigo *status* de empregado permanece sotoposto à transitória situação de diretor, eleito pela assembleia geral. O exercício de Diretor, *por si só*, não é capaz de transformar o empregado em empregador. Os atos praticados, como Diretor, não se confundem com a subjacente condição de empregado, nem a anulam. As duas situações não se comunicam, voltando o prestador de serviços ao cargo efetivo, quando destituído ou não reeleito.

É este o nosso Parecer, *sub censura*.

Rio de Janeiro, 3 de janeiro de 1974.

CAPÍTULO X

ADVOGADO DE PARTIDO NÃO-EMPREGADO Mandatário judicial — Renúncia, em conciliação judicial, de tempo de serviço

PARECER

I

1. Pelos dados e elementos, inclusive peças processuais, que me foram presentes, não hesito em declarar o Reclamante, carecedor de ação perante a Justiça do Trabalho, de vez que lhe falta *legitimatío ad causam* para tanto. Não pode ser parte no feito porque não existe um contrato de trabalho entre ele e a Reclamada. Assim, confunde-se a possível preliminar com o próprio mérito, não se distinguindo um do outro; e, ao ser decidida a primeira, fica desde logo definitivamente decidido igualmente o segundo.

A condição jurídica do Reclamante era de advogado de partido, nada mais do que advogado de partido, sem que estivessem presentes os requisitos característicos da figura de empregado.

2. Ao acertarem, em 1966, as condições para a prestação autônoma de serviços profissionais, manifestaram livremente ambas as partes a inequívoca intenção de não *celebrarem* um contrato de emprego. Releva frisar, e bem, que o interesse maior neste sentido era do próprio Reclamante, para poder manter-se independente, sem obrigações de horário, comparecimento diário à empresa, e demais seqüelas características da condição de empregado, que viriam limitar-lhe o exercício da sua ocupação de advogado.

Esta, precisamente esta, a declaração de vontade de ambas as partes, em pleno uso de suas capacidades civis. Trata-se, afinal de contas, quanto ao Reclamante — e é isso que interessa no momento — de pessoa maior, capaz, advogado, no livre uso de sua inteligência e vontade, que, na proteção dos seus interesses e do seu futuro, pretendia não se prender subordinativamente a terceiros. Note-se que não se trata de um médico, de um engenheiro, nem de um dentista. Trata-se, exatamente, de um advogado, de um bacharel em leis, conhecedor de direito e do significado que os atos humanos possam representar na ordem jurídica.

Há o depoimento do Sr. N. T. M. perante a MM. Junta, sendo de observar que, embora essa testemunha não tenha sido impugnada ou contraditada pela Reclamada, com ela se encontrava em litígio judicial ou vinha de encerrá-lo mediante acordo, mas após longa luta que chegou

até ao Tribunal Superior do Trabalho. É óbvio que, a despeito de toda a sua honradez, não se encontrava em condições psicológicas favoráveis para o seu depoimento. Toda a gente sabe que a memória é seletiva dos fatos do passado, e esta seleção, ainda que independente da vontade do Sr. N., haveria de inclinar-se a favor do Reclamante...

Pois bem, assim mesmo, declara a testemunha:

"que o reclamante assim que chegou de Recife, procurou a filial local da reclamada e ofereceu seus serviços, não se lembrando o depoente se os mesmos foram logo aceitos ou não; que o reclamante tinha seu escritório particular, ao qual eram chamados os devedores da reclamada;... que o contrato firmado pelos advogados era de prestação de serviços; que, embora não constasse do contrato, nós sabemos que o reclamante recebia também honorários dos clientes; que tais honorários eram para o próprio reclamante;... que o departamento jurídico do Rio dava normas para cobrança..."

A segunda testemunha, também do Reclamante, depõe:

"... que o reclamante se apresentou pretendendo serviço; que o depoente já o conhecia de Recife e ele portava carta de um gerente de outra casa da Organização; que o reclamante, *que era um profissional, não tinha interesse em se empregar com carteira registrada e salário fixo, pois pretendia fazer o trabalho com relativa liberdade; que, então, em consequência disto, veio a ser feito um contrato de prestação de serviços que interessava a ambas as partes;... que as cobranças normais eram encaminhadas ao reclamante através de uma carta tipo "bordereau" e nos casos urgentes era feito contato por telefone com o mesmo;... que, perguntado se dava ordens ao reclamante, o depoente evitando conceituar o termo "ordem", disse que às vezes dizia ao reclamante: "eu preciso de você e o espero tal hora em tal lugar"; que o contrato firmado com o reclamante era do mesmo tipo firmado com outros advogados nesta capital, apenas com inovações, como seja a de dar direito ao reclamante de cobrar honorários de devedor em seu próprio benefício; que mesmo recebendo do devedor, o reclamante recebia também da reclamada a comissão sobre tal cobrança".*

A terceira testemunha foi ainda mais incisiva a respeito da autonomia da prestação de serviços do Reclamante, sendo de considerar que se trata do "chefe de crédito e cobrança", com o qual mais diretamente lidava o Reclamante:

"... que houve casos de clientes em débito ir à seção de cobranças e reclamar que não tinham encontrado o reclamante em seu escritório, o que motivava reclamação do depoente ao reclamante: que podia fazer tais reclamações porque era o elo entre a reclamada e o reclamante; que ao que saiba o reclamante não tinha obrigação de comparecer à reclamada em dia certo ou com frequência predeterminada; que os acertos com o reclamante ou melhor o pagamento ao mesmo era feito normalmente uma vez por mês e eventualmente duas ou três vezes por mês, não tendo dia

certo, embora sempre no final do mês;... que nas vezes em que o depoente reclamou do reclamante sua ausência no escritório, ele explicava que isto havia ocorrido por estar ele ocupado no Fórum, desconhecendo o depoente se esta ocupação dizia respeito à reclamada ou não;... que, concomitantemente com o reclamante, durante um pequeno tempo atuou como advogado de cobrança também o Dr. JMM, o qual trabalhou nos mesmos moldes em que o reclamante trabalhava;... que, quando o reclamante passava além dos 7 a 10 dias sem fazer acerto das cobranças, o depoente passava pelo escritório do reclamante e recebia o que tinha lá; que o reclamante recebia os devedores em seu escritório, dele, reclamante;... que a decisão da melhor providência para a cobrança era tomada pelo reclamante;... que a reclamada tem um advogado, Dr. P., que "eu acho que é registrado como empregado" e que trabalha como advogado no setor fiscal;... que o Dr. P. vai à reclamada diariamente pela manhã, não sabendo se o mesmo está sujeito a ponto."

O depoimento da única testemunha apresentada pela Consulente, Reclamada nos autos, contraditado pelo Reclamante, mas indeferido, nada acrescenta aos anteriores, de suas próprias testemunhas.

3. Verifica-se dos depoimentos prestados e de tudo que ficou devidamente provado que: a) por interesse do próprio Reclamante, a pedido seu, celebrou-se entre as partes um contrato de prestação autônoma de serviços profissionais, regido pela lei civil; b) para isso recebeu o Reclamante procuração da Reclamada, para, munido de mandato judicial, como advogado, poder efetuar as cobranças em atraso; c) o Reclamante recebia esses clientes no seu próprio escritório, juntamente com os seus clientes particulares, não ficando à disposição da Reclamada; d) tinha o seu tempo livre para advogar para si próprio, sem nenhuma cláusula de exclusividade; e) recebia honorários diretamente desses clientes, *preferindo declará-los na cédula "d" do imposto de renda*; f) não recebia salário fixo da Reclamada, nem prestava conta de seus recebimentos em época certa; g) o Reclamante não recebia ordens da Reclamada, dirigindo autonomamente a sua atividade; h) como autônomo pagava o INPS; i) não constava da "relação de 2/3" da Reclamada como empregado, nem nesta qualidade era registrado para qualquer efeito; j) durante 7 longos anos nunca reclamou nem teve a sua carteira de trabalho assinada; l) pagava seu imposto sindical como autônomo; m) mantém a Reclamada igual tipo de contrato de serviços profissionais com diversos outros advogados em V., sem que se considerem seus empregados; n) quando o são assim considerados, comparecem diariamente à sede da empresa e são registrados como empregados.

4. Note-se que não se trata de um profissional qualquer, e sim de um advogado, perito em leis, conhecedor dos direitos e deveres das partes num contrato autônomo de prestação de serviços profissionais ou num contrato subordinado de trabalho. Livremente manifestou a sua vontade e, a interesse seu, celebrou com a Reclamada um contrato de advogado

de partido, exatamente para continuar no exercício da sua profissão, sem obrigações de horários à disposição da Reclamada nem cerceamentos da sua atividade autônoma. E assim foi feito, sem qualquer vício de consentimento.

Afinal de contas, a autonomia da vontade ainda não desapareceu do direito privado, nem mesmo do direito do trabalho.

Plenamente conscientes e livres escolheram Reclamante e Reclamada a forma nominada de prestação de serviço *como advogado autônomo*, e assim sempre se comportaram. Perguntado à segunda testemunha do Reclamante se lhe dava ordens, ela não soube responder, ficou acanhada, e disse que somente lhe dizia que “precisava dele” e pedia para comparecer à empresa. A um verdadeiro empregado dão-se ordens sem qualquer acanhamento, usando-se do direito patronal de dirigir e fiscalizar à vontade a atividade do empregado.

Como autônomo, não teve o Reclamante a sua carteira de trabalho assinada, nem nunca a apresentou à Reclamada, até que com ela se desentendeu em 1973. Como autônomo que era, nunca lhe foi proposta a opção pelo Fundo de Garantia, como seria do interesse da Reclamada. *Em conclusão: a Reclamada sempre agiu e tratou o Reclamante como autônomo, respeitando-lhe a sua livre atividade de advogado e lhe concedendo até, nesta qualidade, o recebimento dos honorários de seus (dela) clientes em atraso.*

Afinal de contas, encontra-se ainda em vigor entre nós o art. 85, do Código Civil, que dispõe:

“Nas declarações de vontade se atenderá *mais à sua intenção* que ao sentido literal da linguagem.”

No caso concreto da Consulta coincidiram totalmente a *intenção* das partes e a *linguagem* do negócio jurídico que concluíram, sem erro, dolo, simulação, fraude, ou qualquer outro vício capaz de torná-lo nulo ou vir a anulá-lo. Assim então deve ser interpretado o vínculo celebrado, porque sempre assim se conduziram ambas as partes.

O princípio da boa fé, oriundo do direito romano, na celebração e na execução dos contratos, nunca pode deixar de estar presente, ainda que no direito do trabalho. Por isso mesmo, dispõe o art. 157 do Código Civil alemão:

“Os contratos devem ser interpretados como exigem a fidelidade (*Treu und Glauben*), atendendo aos usos sociais.”

O mesmo princípio vem repetido no art. 242, quanto à conduta do devedor, ao efetuar a sua prestação. Comenta o clássico *Erich Danz* — “A Interpretação dos Negócios Jurídicos”, trad., São Paulo, 1941, p. 187:

“As palavras “boa fé” significam confiança, segurança e honorabilidade baseadas nela, pelo que se refere, sobretudo, ao cumprimento da palavra dada; especialmente a palavra “fé”, fidelidade, quer dizer que uma das partes se entrega confiadamente à conduta *leal* da outra no cumprimento das suas obrigações, confiando em que esta não a *enganará*” (Os grifos são do A.).

Seis páginas adiante, continua *Danz*:

“Nestes casos, o juiz tem que interpretar a declaração de vontade das partes como a entenderiam as pessoas *corretas*, e como procederiam essas pessoas em relação a ela” (O grifo é do A.).

Sempre de boa fé, como pessoa correta, assim agiu e procedeu a Reclamada, não exigindo do Reclamante nada mais do que exige normalmente, segundo os *usos sociais*, quem mantém um mandato judicial com um advogado de partido, e não um advogado comum. No advogado de partido, como prestador de serviços, aparecem também: a) personalidade na prestação de serviços; b) continuidade nessa prestação; c) recebimento de contrapartida remuneratória; d) subordinação própria do estado de mandatário.

Iludem-se aqueles que pensam que a subordinação jurídica é a pedra de toque mágica, capaz por si só, e unicamente, de caracterizar a relação de emprego. Ela está presente também no contrato de mandato, pelo qual o mandatário fica obrigado, sob pena de responsabilidade, a cumprir e executar a vontade do mandante, como se este fosse. Ao classificar os contratos, com justa razão, escreveu o Prof. *Darcy Bessone* — “Aspectos da Evolução da Teoria dos Contratos”, São Paulo, 1949, p. 45:

“Dividem-se os contratos, considerada a autoridade que um dos contratantes exerça sobre o outro, em igualitários e subordinantes.

Nos igualitários, as partes se apresentam em posição de igualdade, sem que uma se subordine à outra. *Nos subordinantes, uma deve observar as ordens ou instruções da outra*” (O grifo é nosso).

E, em nota:

“É o que sucede no *mandato*, na comissão, na *locação de serviços*” (O grifo é nosso).

Aí está, por isso são necessários dois critérios para bem distinguir o contrato de mandato do contrato de trabalho: a representação e a subordinação jurídica, com predominância da primeira no primeiro, e da segunda no segundo. *Jean Lescudier* — “Le Salaire, notion juridique”, Paris, 1932, p. 184 — chama a atenção para a presença da dependência ou da subordinação em ambos os contratos:

“Afinal, o que torna, sobretudo, delicada a questão é que o vínculo de subordinação que reconhecemos ao longo do nosso estudo como a pedra de toque da noção de empregado, encontra-se também na situação de mandatário diante do seu mandante.”

Mais preciso ainda é o nosso *Orlando Gomes*, em longo trecho que não nos furtaremos à necessidade de transcrevê-lo — “Introdução ao Direito do Trabalho”, Rio, 1944, p. 158:

“O critério do grau de subordinação também não oferece elementos de absoluta precisão para distinguir o mandato do contrato de trabalho. Tanto um quanto o outro cria, para quem trabalha, vínculo de subordinação jurídica a quem remunera o serviço que esse estado de dependência é mais pronunciado no contrato de trabalho. O mandatário goza de maior independência na realização

de sua função, embora se reconheça que trabalha, quase sempre, sob a direção do mandante. A diferença seria somente de grau de subordinação. Mais forte no empregado, mais branda no procurador.

Praticamente, seria mui difícil distinguir os dois contratos, com o auxílio exclusivo desse critério. Não é fácil estabelecer a gradação da dependência, para afirmar, com segurança, quando a subordinação acarreta relação de emprego ou de mandato. O critério não atinge, assim, a sua finalidade.

Recorreu-se, finalmente, a um elemento de caracterização do mandato, que é essencial à sua natureza jurídica. Do conceito desse contrato, depreende-se, realmente, que seu traço característico é a representação. *O mandatário é sempre um representante. Sua atividade se desenrola em nome e no interesse do mandante. Se, por conseguinte, em virtude de contrato, alguém age, representando outrem, será mandatário, qualquer que seja a natureza da atividade, quer o trabalho seja ou não remunerado.* O critério da representação é, realmente, o que mais facilita, na prática, a distinção entre o mandato e o contrato de trabalho" (Grifo nosso).

Com igual ponto-de-vista cuidamos da espécie no nosso "Tratado Elementar do Direito do Trabalho", 2.^a ed., Rio, 1965, pp. 472 e segs., citando, no mesmo sentido, as doudas opiniões de *Marcel Planiol, Georges Ripert, André Rouast, Jean Vincent, Paul Durand*, entre outros.

5. No caso concreto da Consulta, como foi da livre *intenção* das partes e da própria *linguagem* do contrato, agia o Reclamante em nome da Reclamada, como seu mandatário judicial, para as cobranças perante a Justiça ordinária das dívidas em atraso dos seus clientes. Seu procurador, ficava subordinado à Reclamada somente no mínimo necessário ao desempenho do seu próprio mandato. Pouco importa que lhe fossem fornecidas relações de dívidas, que lhe fossem cobradas prestações de contas, que lhe fossem dados impressos confeccionados pela Reclamada. Não se tratava, ademais, de um simples advogado para uma causa isolada, e sim de um advogado de partido, de prestação de serviços continuados a favor e em nome da Reclamada.

Para não nos socorrermos da doutrina estrangeira, notadamente francesa, inteiramente contrária às pretensões do Reclamante, basta-nos a prata da casa.

Ninguém mais nega, hoje em dia, que o advogado, como qualquer outro profissional liberal, possa vir a ser considerado empregado. Mas, dada a excepcionalidade do evento, quem o alega deve prová-lo, como determina o art. 818, da CLT. Daí haver o Prof. *Nélio Reis* — que nunca quis ser empregado de ninguém e que dirigiu o maior escritório de advocacia de partido trabalhista do Rio — escrito, de forma categórica — "O Advogado no Direito do Trabalho", Rio, 1965, p. 30:

"A regra acima, porém, como tanto temos sustentado, sofre uma restrição sempre que se tratar dos chamados *contratos especiais de trabalho*, que, a nosso ver, constituem *contratos solenes* e exigem

determinados requisitos formais para o seu aperfeiçoamento, em que destacamos a *formalidade do documento escrito como da essência do ato*". (Grifos nossos e do A.).

Logo depois:

"Comportando a prestação dos serviços de advocacia as dúvidas inevitáveis sobre qual a relação contratual que se estabelece, não é lícito às partes deixarem de resolver a questão, no início do vínculo, de logo qualificando a obrigação". (Grifos nossos).

Conclui o saudoso *Nélio Reis*, mais parecendo que estava escrevendo para o caso concreto da Consulta, na qual a Reclamada se vê, de repente, surpreendida com uma suposta relação de emprego, de todo inexistente:

"Não nos parece de acordo com a boa-fé e a moralidade contratual deixar-se que, por omissão, venha a outra parte a assumir vínculo que não desejou e que o instrumento escrito (salvo se redigido de má-fé) põe em relevo."

Perfeito, nada mais exato. A Reclamada sempre agiu, com um mínimo de subordinação, própria ao contrato de mandato, mais ainda de uma prestação de serviços, tipo advogado de partido, sem nunca chegar aos extremos de uma verdadeira e legítima prestação de trabalho subordinado, tipo contrato de emprego. Não se alterou a relação inicial de 1966, porque o Reclamante compareceu à empresa ou, no desempenho do seu mandato, viajou, raras vezes, a serviço do seu cliente. Nunca esteve o Reclamante incorporado aos quadros de empregados da Reclamada, exatamente porque

"o trabalho sob forma autônoma é mais comum entre os profissionais liberais", como destaca o Min. *Arnaldo Süssekind*, "Comentários à CLT", Rio, 1960, p. 109, vol. I.

Mesmo em sendo — quando o é — contrato de trabalho, não deixa o ex-Ministro de colocá-lo como *cargo de confiança*, pela sua peculiar natureza de prestação de serviços. Neste sentido, enfileirou-se grande número de julgados dos nossos tribunais; o que não vem ao caso. Importa fixar, isso sim, a jurisprudência negativa da existência do contrato de emprego, quando ocorrem os mesmos pressupostos fáticos da Consulta:

"Recurso provido, porque reconhecida inexistente relação de emprego entre as partes. Ninguém nega possa o advogado, dito *de partido*, ser considerado empregado. Mas, para tanto, é necessário que, na *viuência do contrato respectivo*, aja, realmente, como empregado. E, como empregado, estará agindo um advogado que, ao receber os seus pretensos salários de empregado dê recibos de honorários, como se fora, realmente, um profissional liberal autônomo, nas suas relações com a empresa, onde, inclusive, o seu carimbo relativo à sua inscrição como tal, e incluindo, em suas declarações de rendimentos, tais honorários na "Cédula D" e não na "Cédula C", gozando de deduções mais favoráveis naquela e nesta não permitidas?" (TRT, 1.^a R., 2.^a T., Proc. 2.614/72, Rel. Gerardo Magella, in "Rev. Trab.", junho de 73, 4);

“O advogado que presta serviços profissionais a determinada empresa, mediante remuneração certa e mensal, com carteira profissional devidamente anotada e recolhendo contribuições previdenciárias, é empregado como qualquer outra pessoa que esteja vinculada à organização empresarial pela subordinação jurídica” (TRT, 4.^a R., Proc. 809/66, Rel. Breno Sanvicente, in *Bonfim*, “Dicionário de D. Tr.”, 1968, p. 324);

“Não é empregado o advogado que presta serviços profissionais no seu próprio escritório, não sujeito a horário” (TST, 3.^a T., RR 3.692/57, Rel. Jonas Melo Carvalho, in “D. J.”, 19/12/59, p. 4.330);

“Se o profissional liberal executa tarefas de sua profissão com autonomia, carece de ação trabalhista, pois não é empregado” (TRT, 1.^a R., Rel. Ferreira da Costa, in “D. J.”, 24/6/55, p. 2.122);

“Em regra, o advogado de partido é profissional liberal, e não empregado” (TST, 2.^a T., RR 1.755/56, Rel. Waldemar Marques, in “Rev. do TST”, 1957, p. 519);

“Não é empregado o advogado que presta assistência jurídica a Sindicato e a associados deste, no seu próprio escritório, sem subordinação hierárquica e sem dependência econômica, a que tanto não equivalem os módicos honorários pagos mensalmente” (TRT, 1.^a R., Proc. 1.759/58, Rel. Moraes Rattes, in “D. J.”, 3/4/59, p. 1.508);

“No caso dos autos, o recorrido não dependia economicamente dos proveitos fixados no contrato de fls. 4; não dava expediente algum nos escritórios da reclamada, como ocorre, por exemplo, com os advogados da Light, mas mantinha inteira autonomia exercendo, suas funções em seu próprio escritório” (TST, RR 3.730/48, Rel. Waldemar Marques, in “D. J.”, 20/10/51, p. 3.442)”.

“Advogado de partido. Só é empregado o advogado quando vinculado ao departamento legal da empresa, ligado por subordinação hierárquica ao seu quadro de pessoal. In casu, o reclamante atendia aos associados da reclamada em seu próprio escritório, cujas relações se situavam entre as de advogado e constituinte e não de empregador, não descontava para o INPS, não gozava férias nem jamais percebeu gratificação natalina” (TRT, 6.^a R., Proc. 590/68, Rel. Paulo Cabral de Melo, in *Bonfim*, “Dicionário”, ed., 1971, p. 22)”.

O primeiro e este último acórdão regionais até parecem decisões concretas, para o caso da Consulta, apreciando recurso ordinário da Reclamada... Divididos pela matéria de fato, ora em exame, não deixam resto. É o verdadeiro direito aplicável à espécie.

Várias foram as decisões do Supremo Tribunal Federal, sempre no sentido cauteloso e rigoroso da existência do contrato de trabalho, segundo os usos sociais normais: desde que não integrados nos quadros da empresa, não se pode presumir a ocorrência de uma relação de emprego

entre ela e seu advogado de partido, prestador autônomo de serviços profissionais:

“Advogado de partido. Se é, ou não empregado. Há que distinguir, para este efeito, entre o advogado empregado que, sujeito a horário, trabalha na própria sede da empresa, e o advogado de partido que, embora recebendo remuneração mensal, não está sujeito ao mesmo regime” (STF, RE, 25.133, 1.^a T., Rel. Luís Gallotti, in “Em Tr.”, março 1956);

“Há que distinguir entre o advogado-empregado, que comparece à empresa, com horário e salário fixo, ficando sob certa dependência do empregador, e advogado que, embora recebendo mensalmente, não é empregado, por não estar sujeito àquela dependência, que caracteriza a relação de emprego” (STF, 1.^a T., RE 39.191, Rel. Luís Gallotti, pub. aud. 17/7/58);

“O advogado, ainda que de partido, não é um empregado. Não se lhe aplicam as disposições das leis trabalhistas sobre despedida injusta” (STF, RE 15.010, Rel. Mário Guimarães, in “D. J.”, 12/1/52, p. 219).

6. Aí está a jurisprudência — caudalosa, majoritária, convincente — contra a tese do Reclamante. Mas não basta, há mais ainda no mesmo sentido, ou correlata, em casos análogos, ou em geral, determinando a necessidade de prova completa e plena do pretense candidato a sujeito de um contrato de trabalho:

“Os requisitos essenciais à caracterização do contrato de trabalho não são presumíveis e dependem de indubitosa prova, quando negada relação de emprego” (TRT, 1.^a R., 1.^a T., Proc. 3.727/72, Rel. Marino Ramos, in “Em Trab.”, out. 1973, 6);

“A prova da relação de emprego deve ser firme. Indicações tênues de testemunhas inseguras não podem gerar convicção” (TRT, 3.^a R., 1.^a T., Proc. 1.495/70, Rel. Osiris Rocha, in *Bonfim*, “Dicionário”, ed. 1973, p. 377);

“Negada a relação empregatícia, ao reclamante incumbe o ônus da prova. Já que ela não se presume, não podendo resultar de meros indícios, se existentes, ao reclamante incumbe a produção de prova convincente, pois do contrário, à vista das disposições e definições legais, não se pode falar em existência de vinculação empregatícia” (TRT, 3.^a R., 2.^a T., Proc. 1.804/71, Rel. José Aparecida, in *Bonfim*, cit., p. 378);

“Para a descaracterização da relação de emprego, concorre a circunstância de o reclamante só pleitear os salários de todo o período em que trabalhou, depois de rescindido o contrato” (TRT, 2.^a R., Proc. 4.616/64, Rel. Campos Batalha, in *Bonfim*, “Dic.”, ed. 1968, p. 326).

7. Somente depois que se retira da Reclamada é que o Reclamante, advogado de partido, autônomo, profissional liberal, arriscou admitir-se como seu empregado. Onde o contrato escrito? Onde carteira assinada?

Onde contribuição, como empregado, para o INPS? Onde seu nome na relação dos 2/3? Onde o desconto do imposto sindical como empregado?

Todos esses elementos caracterizadores do contrato de trabalho, em sete longos anos, estavam e estão ausentes. Em vez de documentos, simples depoimentos testemunhais, que nada provam a favor do Reclamante; antes nos convencem da sua improcedência. A própria MM. Junta enfileirou cinco argumentos, *irrespondíveis*, contra a pretensão do Reclamante: a) ingressou, na Justiça comum, com ação contra a Reclamada, para lhe cobrar honorários; b) registrou-se como autônomo no INPS; c) na sua declaração de imposto de renda, os seus rendimentos aparecem como honorários, cédula "D"; d) nessa mesma declaração, vê-se que o Reclamante recebia outros honorários particulares; e) quando procurou a firma, o fez como profissional, que não tinha interesse em empregar-se com carteira registrada e salário fixo. Conclui a MM. Junta, em sua sentença, nesta parte:

"Ora, uma tal alegação deixa claro que no momento da contratação, o reclamante nem mesmo queria ser empregado, e que as partes, portanto, não queriam concretizar um contrato de emprego."

Data *venia* do que declara a MM. Junta, não é de relevância nem convence o argumento de *De Litala*, apanhado no livro de *Nélio Reis*. É este o mesmo argumento criado em 1913 por *Paul Cuche* a favor da dependência econômica como característica do contrato de trabalho. Nada impede que um empregado seja mais rico do que o seu empregador, e ainda assim se submeta a um contrato de trabalho. Por outro lado, nada impede que um advogado se dedique a uma só causa, de grande montante econômico, que o absorva durante anos. Nem por isso será empregado do seu cliente. Trata-se de argumentos extra-jurídicos, de pequeno ou nenhum alcance.

No demais, não ficou, nem de longe, caracterizada a dependência hierárquica, administrativa, do Reclamante à Reclamada; nem muito menos, aquela "dependência total", alegada pela MM. Junta. Há evidente exagero... Claro, em sendo o Reclamante advogado de partido, vendo na Reclamada uma permanente fonte de renda, é natural que lhe prestasse *colaboração*, trabalhando em seu proveito e a seu favor. Nem outra coisa faz qualquer advogado.

As fls. 2 das suas razões de Recorrido para o E. Tribunal Regional confessa o Reclamante:

"Há, também, prova exuberante de que a prestação de serviço era contínua, ininterrupta (Ressalva feita no período de férias forenses, em certas oportunidades apenas);..."

Eis aí a confissão do Reclamante: de que não prestava serviços à Reclamada durante as férias forenses. E isso, por certo, repetiu-se durante esses longos anos, a partir de 1966. Comportava-se como advogado autônomo, sujeito somente ao calendário forense, deixando de trabalhar durante os meses em que o Foro estivesse fechado... Essas as suas férias, não

de empregado, que não era, mas forenses, como de todo advogado, bem mais longas.

Exagera o Reclamante, às mesmas folhas, quando declara não faltar um só pormenor jurídico-trabalhista, que influísse na descaracterização do estado de empregado. Faltam todos, como o demonstramos atrás. Onde, para um advogado, a existência de documentação jurídico-trabalhista, consagrada desse alegado *status*? Só quando a Reclamada admitiu novo advogado para o mesmo campo, é que descobriu que era empregado, e ainda assim, correndo ora para a Justiça comum, ora para a do Trabalho.

Confessa às fls. 3 que englobava, como honorários, para efeitos fiscais, as importâncias recebidas da Reclamada e de clientes. Esta era, realmente, a sua condição jurídica, sem qualquer fraude nem engano.

As fls. 6/7 de suas razões, confessa o Reclamante, que "homem prático", ao invés de um contrato de trabalho, com carteira assinada, registro de empregado, salário fixo e comissões, "preferiu ter a liberdade de cobrar e receber os honorários dos clientes e melhores comissões; certo de que isso não iria tirar-lhe a condição de empregado".

Tirou-lhe, sim, pois nesse momento fazia a sua opção, preferindo ser autônomo, a ser empregado subordinado. Não houve erro, coação nem fraude de qualquer espécie. Foi a escolha livre e serena de um perito em leis pelo negócio jurídico que lhe pareceu mais favorável no momento, "homem prático" que é. Não pode, agora, a Justiça do Trabalho admitir como empregado quem não o era, não queria ser e nunca chegou a sê-lo realmente. A conduta posterior das partes nada mais fez do que dar cumprimento ao disposto no contrato de prestação de serviços autônomos, por advogado de partido, sua verdadeira condição jurídica.

Carecedor de ação, sem dúvida, é o Reclamante perante essa Justiça especial.

II

8. Como aconteceu com a cobrança de honorários, a princípio perante a Justiça comum, de fato, a mais correta; a mesma coisa deu-se com a anotação da carteira. Julgando-se empregado, a 4 de outubro de 1973, pleiteava o Reclamante, perante a Delegacia Regional do Trabalho a anotação da sua carteira, com data de entrada a 16 de junho de 1966. Somente mais tarde é que evoluiu para pedido, em juízo, da contagem de serviço anterior, prestado à Reclamada em outra cidade.

Também aqui, não lhe cabe razão. Conforme documento constante dos autos, a 10 de julho de 1961, o Reclamante e a Reclamada *firmaram um acordo* perante a 2.^a Junta de Conciliação e Julgamento daquela cidade, nos seguintes termos:

"... e depois de ouvidos na forma da lei, foi pelo Sr. Presidente proposta a conciliação, e, tendo os litigantes entrado em acordo, deverá ser este cumprido nas seguintes condições": "Declarou o requerido que reiterava os termos de sua carta junta aos autos, pela qual rescindia voluntariamente o contrato de trabalho que man-

tinha com a Requerente para jamais pleitear contra a mesma qualquer direito ou obrigação decorrente e conseqüente do referido contrato, *com plena e geral e irrevogável quitação de todos os seus direitos, inclusive quanto à sua estabilidade.*"

Foi a Reclamada ferida duas vezes na sua boa fé: a primeira, ao admitir um profissional liberal como autônomo, que depois virou-se contra ela, dizendo-se empregado; a segunda, ao ver esse mesmo profissional liberal pretender dar como inexistente a conciliação judicial, acordada por ambas as partes, que dava como inteiramente liquidada a situação jurídica anterior. Talvez tenha sido essa mesma conciliação que levou a Reclamada a celebrar com o Reclamante, em 1966, agora já diplomado e começando sua vida, um contrato de prestação de serviços profissionais, como advogado de partido...

9. Estamos diante de uma conciliação judicial, proposta pela Junta de R., no pleno uso de suas atribuições constitucionais e legais. As partes apresentavam-se, entre si, como litigantes. Como pretender, agora, negar todas as conseqüências jurídicas desse documento? Dando prosseguimento ao acordo, informa a certidão da MM. Junta de R.:

"A seguir homologou a Junta unanimemente a desistência requerida para que produza os necessários efeitos legais."

A r. sentença da MM. Junta de V. veio agora impedir, estranhamente, que tais efeitos e conseqüências se produzam, tornando nulo e ineficaz um acordo perante outra Junta, de igual grau e competência, de outra região do País.

As fls. 10 da sua decisão, a MM. Junta local resolve a favor da contagem do tempo anterior, prestado como auxiliar de comércio, como se o tempo anterior não houvesse sido liquidado mediante, conciliação judicial, que faz coisa julgada entre as partes. E este é o seu principal efeito legal. A MM. Junta aplica direta e simplesmente o art. 453, como se se tratasse de um empregado que hibernara durante certo tempo, "retirando das cinzas" (para usar expressão da própria Junta), quando bem lhe aprouve, o tempo do contrato anterior.

A matéria é por demais pacífica. Dispõe o parágrafo único, do art. 831, da CLT:

"No caso de conciliação, o termo que for lavrado valerá como decisão irrecorrível."

O que vale dizer: faz coisa julgada entre as partes, para nunca mais, em tempo algum, poderem pleitear qualquer novo direito, qualquer nova vantagem do que ali se continha, juridicamente para sempre sepultado. A doutrina e a jurisprudência são pacíficas a respeito, mas não vem fora de propósito um simples recordar:

"Celebrado o acordo, lavrado o respectivo termo, nos dissídios individuais; homologada a conciliação, nos dissídios coletivos, pelo Tribunal Regional competente — o termo e o acordo valerão como sentenças irrecorríveis" (Grifos nossos e do A.): (M. V. Russomano, "Comentários à CLT", vol. IV, 6.^a ed., Rio, 1963, p. 1.308);

"Lavrado e assinado, o termo equivale a uma decisão irrecorrível, autorizando a execução do acordo, na forma dos arts. 876 e segs. desta Consolidação, sempre que não for ele cumprido" (*Id.*, vol. V, p. 1.478);

"Os acordos, que valem como decisão irrecorrível, executam-se pela forma estabelecida para a execução da sentença (art. 876)"; Délio Maranhão, "Instituições de Direito do Trabalho", com Süsserkind e Segadas, vol. II, 6.^a ed., Rio, 1974, p. 947.

A matéria é pacífica, vindo fora de propósito acumular citações inúteis e discutir a natureza jurídica da conciliação, em confronto com a transação a mediação, a composição ou mesmo a renúncia. O que importa fixar é a sua tipicidade de ato de jurisdição graciosa do Estado, dando fim ao possível litígio e fazendo coisa julgada entre as partes. Cf. *Cr. Pir. Tostes Malta e José Fiorêncio Jr.*, "Introdução ao Processo Trabalhista", Rio, 1961, pp. 58 e segs., *Cr. P. Tostes Malta*, "Da Competência no Processo Trabalhista", Rio, 1960, pp. 66 e segs.

10. Assim sendo, tais conciliações ou acordos, como irrecorríveis, somente podem ser reformados mediante ação rescisória própria, sem o que, surtem todos os seus efeitos jurídicos, como manifestação expressa da vontade das partes, dando fim ao litígio por intervenção dos poderes jurisdicionais do Estado.

Sem essa ação rescisória prévia, não pode nenhum outro órgão jurisdicional do Estado tirar-lhe ou negar-lhe validade, fazendo-a letra morta, como se nunca tivesse existido. Não se trata de um acordo meramente privado, particular, guardado no fundo de gaveta, para ser assacado maliciosamente pelas partes. Não; trata-se de documento público, jurisdicional, levado a efeito a instância do Estado, por seus órgãos constitucional e legalmente próprios.

Com a boa doutrina, escreve o Ministro Arnaldo Sussekind — "Instituições de Direito do Trabalho", com Délio e Segadas, cit., vol. II, pp. 162/163:

"Conforme já acentuamos, as transações ocorridas na Justiça do Trabalho, sob a forma de conciliação dos dissídios individuais, são consideradas sempre válidas, eis que operadas sob a vigilância e a tutela da própria Magistratura especializada. O ajuizamento do dissídio individual revela a configuração, e não só da "res dubia", mas também da "res litigiosa", sendo legítima assim a composição das partes mediante recíproca transação de questionados direitos. Aliás, o parágrafo único do art. 831 da CLT prescreve que, "no caso de conciliação, o termo que for lavrado valerá como decisão irrecorrível," o que significa que somente poderá ser anulada por meio de ação rescisória. Neste sentido decidiu o Tribunal Superior do Trabalho, ao salientar que a transação, "quando operada em juízo, sob a forma de conciliação, é válida mesmo que não haja a estrita reciprocidade" (TST, 2.^a T., RR 896/72, Rel. Coqueijo Costa, D. J. 2/10/72) (Grifos nossos).

Inclina-se toda a jurisprudência neste mesmo sentido, como não poderia deixar de ser, pois estamos pisando em terreno alheio a controvérsias:

“A conciliação homologada em juízo vale como decisão irrecorível. Assim, não se pode cogitar de ter sido regular, ou não, a renúncia à estabilidade quando acobertada por sentença judicial homologatória” (TRT, 3.^a T., RR 904/58, Rel. Jonas Carvalho, in “Rev. TST”, 1960, p. 149);

“Conciliação judicial, em autos de ação trabalhista, vale como coisa julgada (art. 831, par. único, da CLT)” (TRT, 1.^a R., 1.^a T., Proc. 866/72, Rel. Amaro Barreto; in *Bonfim*, “Dic.”, 73, p. 90);

“A conciliação, por termo nos autos, vale como decisão irrecorível (par. único, do art. 831, CLT), que não pode ser modificada mediante embargos à execução, sob pena de ofensa à coisa julgada” (TRT, 2.^a R., 3.^a T., Proc. 360/72, Rel. Feliciano da Silva, *id. ib.*);

“A conciliação ajustada em Juízo, em processo contencioso, tem efeito de coisa julgada (Consolidação, art. 831, parágrafo único), e só pode ser atacada pelas vias da ação rescisória” (TRT, 3.^a R., 2.^a T., Proc. 2.095/70, Rel. Ribeiro de Vilhena; *id., ib.*).

O assunto, como dissemos, não está sujeito a controvérsias. Assim mesmo com idêntica doutrina: TST, Pleno, RR 4.496/52, in “D.J.” 31/7/53, ou in G. Saad, “Consolidação das Leis do Trabalho, Comentada”, 6.^a ed., São Paulo, 1974, p. 298; TST, 1.^a T., RR 1.703/54, Rel. Oliveira Lima, in *Bonfim*, “A CLT vista pelo TST”, Rio, 1963, p. 387; TST, Pleno, AP 2/61, Rel. Bezerra de Menezes; *id. ib.*; TRT, 3.^a R., 2.^a T., Proc. 1.040/69, Rel. Tardieu Pereira; in *Bonfim*, “Dic.”, 1971, p. 66; TRT, 2.^a R., Proc. 2.235/66, Rel. Figueiredo Sá; *id. ib.*).

Assim, concluindo esta parte, válida a conciliação de 1961, por interferência e perante a Justiça do Trabalho de R., não poderia esta mesma Justiça, em V., desrespeitá-lo, dando-o como letra morta, sem que o próprio Reclamante o dê, o tenha ou alegue como nulo ou inválido. Não foi ele anulado através do único meio capaz e possível: a ação rescisória. Encontra-se plenamente em vigor, para todo o sempre, em todas as suas cláusulas.

11. Na conciliação ou no acordo de 1961, o Reclamante renunciou à estabilidade que tinha na Reclamada, no exercício de outra função, como seu empregado. A renúncia, à época, foi inteiramente válida, fazendo surtir todos os seus efeitos jurídicos. Cumprido foi o art. 500, da CLT. O titular do direito podia dele despojar-se à vontade, unilateralmente, desde que não presente nenhum vício de consentimento, nem disso se trata agora.

Não há necessidade de perder tempo com este ponto. O empregado estável não é escravo, não se prende por toda a vida. Em ação litigiosa ou em simples homologação cumpridos os requisitos legais, nada impede que renuncie à estabilidade, a posteriori, depois de adquirida, sem o que, é lógico, seria impossível a renúncia. Tratava-se de resilição do contrato de trabalho, adquirida a estabilidade como direito certo e incontroverso, por

isso mesmo despojável potestativamente pelo seu titular, sem nenhuma recompensa, se assim lhe aprouve.

Bastam poucas invocações doutrinárias e jurisprudenciais. Ensinam Orlando Gomes e Elson Gottschalk — “Curso de Direito do Trabalho”, 4.^a ed., Rio, 1971, p. 371:

“Enquanto o instituto da estabilidade permanecer nos quadros do direito privado, nos limites da autonomia da vontade de uma das partes da relação, não é possível negar-se ao empregado a possibilidade jurídica de desvincular-se de um liame que foi criado pela norma jurídica em seu próprio benefício. O princípio da liberdade individual e a repulsa à criação de vínculos pessoais perpétuos — que são uma conquista dos povos cultos — repelem a idéia de suprir ao empregado o direito de desvincular-se do vínculo”. (Grifo nosso).

As pp. 155/157, enumera o Ministro Arnaldo Sussekind, no vol. I, das “Instituições”, citadas, os pressupostos para a validade da renúncia é a transação. São eles: natureza do direito; capacidade do sujeito; livre manifestação do agente; forma prescrita em lei e ato explícito, de interpretação restritiva. E conclui:

“A renúncia e a transação devem, portanto, corresponder a atos expressos, não podendo ser presumidas.”

Uma vez reunidos todos aqueles pressupostos, como ocorreu na espécie, in casu, nem poderia agora o Reclamante alegar, a destempo, qualquer nulidade cometida em 1961, não há como falar em tempo de serviço anterior àquele ano de 1961. Renúncia — expressa, válida — nada mais significa, afinal de contas, do que o abandono, o despojamento, a separação total e fatal de um direito pelo seu titular. Nunca mais, em tempo algum, jamais, pode ser invocado o bem da vida renunciado pelo seu titular. É este o sentido, único, da renúncia, como instituto criado pela ciência jurídica.

Só com a prata da casa, como prometemos, vamos encontrar no saudoso Dorval de Lacerda, “A Renúncia no Direito do Trabalho”, São Paulo, 1943, p. 93:

“A renúncia é, pois, simplesmente desistência. Com ela, como salienta Atzeri, o titular do direito exaure todo o poder que lhe confere aquele direito (o de renunciar), com o exercício respectivo: donde se segue que com o exercício, o direito de renúncia, além de ficar exaurido, produz concomitantemente a perda do direito que formava o objeto da renúncia...”

A renúncia é a desistência de um direito. O renunciante, pois, usando a sua faculdade de renunciar, abre mão, perde o seu direito, consoante a sua própria vontade” (Grifos nossos).

Quem renuncia, abre mão, joga fora, perde o direito, para nunca mais poder recuperá-lo. Deixa ele de fazer parte do seu patrimônio, ausenta-se da personalidade do seu titular como a própria vida de quem renuncia a ela pelo suicídio. É irrecuperável, não podendo mais, nunca mais, ser ressuscitado: perde-se para sempre. Como invocar um tempo de ser-

viço, que não mais existe no passado do Reclamante? Já não está mais em sua vontade voltar atrás. Aquele passado morreu, liquidado, exaurido, extinto.

Não cabe, pois, invocar-se sumariamente o art. 453, da CLT, como um *deus ex machina*, um demiurgo, capaz de dar vida de ressuscitar o que já está morto, não mais existe! Não se trata de saída voluntária da empresa, com volta posterior, na qual se pudesse falar em possível renúncia tácita. Não; deu-se o desfazimento do vínculo contratual, litigiosamente, perante a Justiça do Trabalho, mediante conciliação jurisdicional, com renúncia da estabilidade. Só isso.

12. Os mesmos argumentos dados para a renúncia à estabilidade mediante *conciliação* são inteiramente válidos, também, caso se tratasse de *homologação* do ato renunciante, segundo o disposto no art. 500, da CLT. A única diferença consistiria em que, em vez de ação rescisória para a anulação do ato, seria necessária, a seu tempo, uma ação anulatória daquele ato jurídico, como exaustivamente tratamos do assunto em nossos "Estudos de Direito do Trabalho", São Paulo, 1971, pp. 244/264:

O assunto é absolutamente pacífico. *Assim, quer por conciliação, quer por homologação, já nada mais poderá fazer o Reclamante em relação àquele distante acordo de 1961. Suas mãos estão vazias, nada possui ele para somar a seu alegado tempo de serviço como advogado.*

13. Não hesita a doutrina em colocar-se do lado do que acabamos de expor acima. Tratamos do assunto nos nossos *Estudos*, pp. 291/294, e lá citávamos, entre outros, *José Martins Catharino* — "Contrato de Emprego", Bahia, 1963, p. 92, que assim se manifesta:

"Deve-se partir do exame sobre a possibilidade de o empregado renunciar ao tempo de serviço. *A nosso ver, o já passado, pode. Ad futurum, não.* O tempo de serviço pretérito pode ser objeto de renúncia, o que é distinto de renunciá-lo *a priori*, no momento da celebração do contrato. Esse, aliás, o entendimento pacífico entre nós. *Ora, se assim é, nada impede que o empregado, ao demitir-se, renuncie ao tempo de serviço adquirido com a execução do contrato a que está dando fim. Por conseguinte, nem sempre, se readmitido, poderá querer a recontagem do que renunciara validamente. Não esquecer que ele poderá renunciar até à sua estabilidade.*"

Ainda de *Martins Catharino*, no mesmo sentido: "Em Defesa da Estabilidade", São Paulo, s./d., p. 201. E note-se que aquelas suas palavras foram escritas em comentário ao art. 453.

O Professor e Juiz *Osiris Rocha*, em seu ensaio "O acordo e a fraude no Direito Brasileiro do Trabalho", in "LTr", maio de 1970, pp. 320 e 326, cita exemplos jurisprudenciais em apoio da tese que vimos sustentando:

"Homologado o pedido de demissão na forma da Lei n. 4.066, de 28/5/62, e ainda com a declaração de ampla e geral quitação, sem qualquer ressalva, é de se entender o signatário empregado tem perfeita compreensão do ato que praticou livremente. Do contrário, não se entende a existência daquela lei que, efetivamente, veio em

socorro do empregado, *mas do empregado bem intencionado e cioso de suas responsabilidades.* Não pode o empregador, que cumpre suas obrigações, permanecer dependente das oscilações de vontade do empregado, principalmente a respeito *de matéria já liquidada e do ato jurídico perfeito*" (TRT, 2.^a R., Proc. 2.932/64, Rel. Barreto Fragozo; in *Bonfim*, "Dic.", 1968, p. 194):

"Rescindindo o primeiro ajuste contratual sem a comprovação de burla a viciar o respectivo documento rescisório, livremente assinado pelo operário com menos de ano de caso e sem qualquer ressalva, *a sua validade é manifesta, não só para extinguir os direitos contratuais anteriores, como impedir seja ele somado ao segundo contrato*" (TRT, 3.^a R., Proc. 2.113/64, Rel. Gomes da Silveira. In "LTr", jul./ag. 1965, p. 390).

A esses dois acórdãos, citados expressamente pelo Juiz *Osiris Rocha*, muitos outros podem ser a eles acrescentados. Mas nos dispensamos de fazê-lo, pelo tédio da repetição. Podem ser vistos, com igual orientação, dando como liquidados quaisquer direitos renunciados ou transacionados livremente pelo empregado, obedecidas as formalidades legais:

In *Bonfim*, "Dic.", 1968, pp. 193/195: TRT, 2.^a R., Proc. 1.309/64, Rel. Barreto Fragozo; TRT, 2.^a R., Proc. 4.186/64, Rel. Campos Batalha; TRT, 2.^a R., Proc. 4.211/64, Rel. Oliveira Coutinho; TRT, 2.^a R., Proc. 4.359/64, Rel. Tupinambá Fonseca; TRT, 2.^a R., Proc. 4.453/64, Rel. Toledo Leite; TRT, 2.^a R., Proc. 104/65, Rel. Tupinambá Fonseca; TRT, 2.^a R., Proc. 2.255/65, Rel. Campos Batalha; TRT, 2.^a R., Proc. 4.920/65, Rel. Campos Batalha; além de outros; p. 147: TRT, 2.^a R., Proc. 4.219/63, Rel. Barreto Prado; p. 420: TRT, 1.^a R., Proc. 2.327/67, Rel. Andrade Filho; TST, 3.^a T., RR 5.462/66, Rel. A. Sússekind; p. 296: TST 3.^a T., Proc. RR 5.693/64, Rel. Carvalho Júnior.

In *Bonfim*, "Dic.", 1971, pp. 174: TRT, 2.^a R., Proc. 2.018/66, Rel. Gilberto Fragozo; pp. 270/275: TRT, 3.^a R., 1.^a T., Proc. 1.270/69, Rel. Vieira de Melo.

14. Da matéria oferecida ao nosso exame, são estas as duas teses fundamentais no litígio entre o Reclamante e a Reclamada, sendo o restante do pedido mera consequência patrimonial. Enfrentados estes pontos fundamentais, tudo mais se resolverá por si.

Do que nos foi dado analisar, *estamos convictos*, realmente convictos, de que:

a) *O Reclamante é carecedor de ação* perante a Justiça do Trabalho, por lhe faltar *legitimatío ad causam*. É advogado de partido, autônomo, com um mínimo de subordinação especial, sempre presente e indispensável ao desempenho da função de mandatário judicial, nada mais. *Não é empregado da Reclamada*, como livremente não o quis ser, a pedido seu e em seu interesse, quando da sua chegada a V., em 1966. O seu contrato era de prestação de serviços profissionais, como o queriam as partes e assim sempre o executaram posteriormente.

Durante sete longos anos, o Reclamante não reclamou nem possuiu carteira de trabalho; nunca esteve registrado como empregado; não contribuiu (como empregado) para o INPS; jamais constou da "relação dos 2/3" da Reclamada; esta não lhe descontou (como empregado) o imposto sindical; não foi segurado (pela Reclamada) contra acidente de trabalho; não gozou férias nem as reclamou (como empregado; embora o tivesse feito durante as férias forenses, como advogado, conforme sua própria confissão), etc.

Toda a *praesumptio hominis* conspira maciçamente contra a pretensão do Reclamante, por coincidência advogada, perito em leis. As normas ou máximas de experiência (*Erfahrungssätze*), agora elevadas a fonte de direito pelo art. 335, do novo CPC, não apóiam o alegado pelo Reclamante. São elas do conhecimento de qualquer homem adulto, normal e atento às coisas do seu tempo. Nada mais são do que o próprio conhecimento e experiência que o juiz possui da vida; decorrem do saber privado do juiz, homem como os demais, que pode invocá-las para a formação do seu livre convencimento. Pode e deve o juiz servir-se de sua experiência geral da vida, de seus conhecimentos como homem culto, quando está formando o seu convencimento para decidir a lide, para apreciar a verossimilhança dos fatos ou dos indícios, em suma, a força da prova e da verdade dos dados, alegados pelas partes ou não, mas que estarão presentes e justificados na sua sentença. Tão importantes são essas máximas, como um conjunto normativo de conduta social, que podem ser invocadas, em recurso de cassação, segundo informam os tratadistas alemães e italianos, como não aplicadas ou inexatamente aplicadas.

Essas máximas, como premissa maior, levam a desacreditar a história do Reclamante, pela sua conduta durante sete anos; pela conduta normal dos interessados, principalmente advogados, em idêntica situação. Ambas as partes queriam e sabiam que haviam celebrado um contrato de prestação autônoma de serviços, daí as regalias especiais, segundo as suas próprias testemunhas, que lhe foram conferidas quanto aos honorários dos clientes.

b) Mas, *ad argumentandum*, se assim não for entendido — como não o entendeu a MM. Junta, com exceção do seu Vogal de Empregador — não é estável o Reclamante, que já havia renunciado validamente à estabilidade em 1961, em acordo judicial perante a 2.^a Junta de Conciliação e Julgamento de R. Não mais lhe pertence, já foi exaurido do seu patrimônio aquele tempo anterior, do qual abriu mão, lícita e legalmente. Morto e liquidado, não mais pode ser trazido à vida para nenhum efeito.

Com a renúncia expressa, em conciliação judicial, desapareceu para sempre aquele passado anterior a 1961, insuscetível agora de ser considerado para os efeitos, do art. 453, como se nada tivesse acontecido. Pensar ao contrário é transformar em letra morta a conciliação ou a homologação jurisdicional, negando-lhes os efeitos formais e materiais que a lei lhes confere.

É o nosso parecer, *sub censura*.

Rio de Janeiro, 16 de setembro de 1974.

CAPÍTULO XI

FATO E DIREITO

Ação rescisória — Incompetência e violação de lei
Trabalho de estiva de minério — Competência da SUNAMAM

PARECER

I — OS FATOS — A PREMISSE MENOR

1. Exatamente, por se tratar de ação rescisória, cujo campo de atuação limita-se unicamente ao direito, é que devemos começar pelos fatos. É preciso que esses fatos fiquem caracterizados, nitidamente dispostos, perfeitamente esclarecidos como premissa menor, certa e segura, para que, diante da lei, premissa maior, possa o Tribunal legitimamente compor o silogismo da sua decisão.

Coube a *F. Stein* discutir, talvez pela primeira vez, o que seja um fato para o juiz. Assim desenvolve ele a sua teoria, de logo acatada pela doutrina processual — "Das private Wissen des Richters", Tübingen, 1907, pp. 9/11:

"Para se estabelecer a natureza de um fato, parte-se da idéia de que um cérebro humano não reproduz as impressões recebidas como uma placa fotográfica ou um disco de cera fonográfico, automaticamente, sem que nele colabore. Esta colaboração dos sentidos e do cérebro, este trabalho intelectual, consiste em construir um silogismo, cuja menor é composta das constatações fornecidas pelos sentidos e a maior pelos conhecimentos mais ou menos consideráveis do espírito, ao menos pelo conhecimento da língua.

No julgamento, como ato de processo, a atividade do juiz pode se resumir num silogismo, cuja maior é ora o fato, era o direito, e a menor sempre o fato."

Em obra posterior — "Grundriss des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts", 2.ª Auf., Tübingen, 1924, p. 252 — escreve:

"Os fatos constituem a proposição menor do silogismo do juiz, são as circunstâncias concretas determinadas no tempo e no espaço, pertencentes ao mundo exterior ou ao domínio do espírito humano (fatos ditos interiores), passados ou presentes, positivos ou negativos, que se produzem fora ou no curso do processo."

Em suma: não existe fato, como entidade ontológica, inteiramente separado da lei, que lhe vai dar a qualificação jurídica. Os dois lados formam um todo inextricável, de matéria e forma, de fundo e figura, de quadro e moldura. São as máximas da experiência do juiz e o seu

conhecimento jurídico (e do processo) que dirão quais os fatos relevantes e os fatos irrelevantes para a causa, isto é, para a exata e perfeita aplicação da norma.

Lá está em *Chiovenda* — “Instituições de Direito Processual Civil”, trad. de J. G. Menegale, São Paulo, 1945, vol. III pp. 411 e segs.:

“Não constitui questão ou juízo de fato, mas de direito, a concernente à natureza jurídica de um fato, a saber, *se um fato considerado como verdadeiro é ou não regulado por determinada norma.*”

2. Assim, quais são os fatos, provados e comprovados, considerados verdadeiros, aos quais vai ser aplicada determinada norma jurídica, na espécie, o art. 270 ou o art. 271, da Consolidação das Leis do Trabalho?

Pois bem, são estes:

Para movimentar a sua usina, precisa a Recorrida de coque metalúrgico, essencial para a fabricação do gusa, coque que é obtido mediante beneficiamento do carvão bruto, passando antes pela fase intermediária do carvão metalúrgico. O carvão bruto minerado é embarcado no porto de Imbituba, no Estado de Santa Catarina, por processo próprio, através de meios inteiramente mecânicos, automáticos, por esteira, que dispensam a intervenção dos estivadores como mão-de-obra utilizada. Ao invés de pessoas, de prestadores de serviços, coisas, máquinas, instrumental mecânico, que substituem o homem e lhe fazem o trabalho.

O estivador não leva, não transporta carvão; nada faz, nem interfere nessa operação de transporte. A carga é levada para bordo diretamente, por gravidade. Desembarcado dos vagões, que o transportam até o porto, sobe o carvão por correias e é armazenado a grande altura. Dali para o navio desliza naturalmente pelas calhas, alojando-se nos porões da embarcação.

Como acontece com qualquer carga de granel sólido, acumulam-se os montes de carvão despejado sob a forma de grandes cones, de pirâmides arredondadas. Assim, com a carga inteiramente embarcada, já nos porões do navio, interfere então o estivador meramente com uma tarefa complementar, auxiliar, consistente em espalhar esses cones, distribuindo a massa uniforme no chão dos porões. Somente neste momento é que o estivador desempenha suas tarefas, espalhando o minério com o uso de pás.

3. Soberanamente, enfrentando pela primeira vez, a matéria de mérito, com pleno conhecimento dos fatos, assim decidiu a MM. Junta de Tubarão, dando como improcedente a Reclamação dos Recorrentes, sentença esta datada de 14 de dezembro de 1967, às fls. 442/443:

“Os reclamantes vinham, assim, recebendo salário-produção na base de tonelagem, quando os armadores passaram a pagar-lhes, através do Sindicato, por salário-dia. Não o fizeram, entretanto, ao arrepio da lei. É que a Comissão da Marinha Mercante realmente fixara e estabelecera esta última modalidade para os serviços conexos, quais os de recheio executados pelos reclamantes, dada a peculiaridade do Porto de Imbituba, em que o carvão — que é um granel sólido

— é despejado mecanicamente, diretamente dos silos para a embarcação.”

Aqui, unicamente aqui, em todos os volumosos autos, foi enfrentada a matéria de fato. Somente neste momento, manifestaram-se os Tribunais sobre a *quaestio facti*, colocando com nitidez e plena clareza os pressupostos fáticos: *os estivadores fazem somente o recheio da carga dentro da embarcação, de vez que o carregamento é completamente mecânico.* É inquestionável, pois, a questão de fato, que não mais será revolvada nem contestada em nenhuma outra instância, nem mesmo sobre os fatos alegados e provados se levou a efeito qualquer vistoria ou se procedeu alguma perícia. Eles ai estão, indesmentíveis, insuscetíveis de controvérsia.

4. O C. Tribunal Regional do Trabalho, da 4.^a Região, de cujo acórdão, datado de 20 de junho de 1968, se pediu e obteve rescisão mediante ação própria, tempestiva e pertinente, reformou a r. decisão de primeira instância, *sem lhe contestar, nem recolocar a exposição dos fatos.* Não tocou na *quaestio facti*, definitivamente fixada pela primeira instância. Os fundamentos do acórdão, agora rescindido, e que reformou a sentença da MM. Junta, são puramente de cunho jurídico, como se vê de sua ementa e do seu próprio suporte lógico. *Apanhou os fatos como os encontrou, embora lhes dando diversa qualificação jurídica, com aplicação, por isso mesmo, de dispositivo legal diferente do aplicado pela MM. Junta.* Ai, a sua violação de literal disposição de lei.

Data venia, há uma completa confusão nos seus fundamentos decisórios, mas, em nenhum instante, alteram eles a *quaestio facti* fixada na MM. Junta. Vale a transcrição, para posterior análise:

“A Consolidação das Leis do Trabalho, a partir do art. 270, fixa normas relativas à fixação da remuneração dos estivadores. Pelas condições de trabalho, tal remuneração por si só deve ser alta, porque o estivador não atua todos os dias, obedecendo, antes, a um rodízio organizado pela entidade sindical. Portanto, se fosse fixado um preço baixo para a tarefa a ser desempenhada, não teria aquele meios para garantir a sua subsistência. Não há dúvidas quanto à competência da Comissão da Marinha Mercante para a fixação da remuneração da estiva, eis que a mesma é determinada pela Consolidação e apoiada pelo Decreto-lei n. 5, de 4 de abril de 1966. Todavia, esta Comissão não poderá deixar de obedecer às normas estabelecidas pela lei para a fixação do pagamento do trabalhador da estiva. O art. 270 é taxativo ao estabelecer que os preços serão fixados na base de tonelagem, cubagem ou unidades de mercadorias. Ora, no caso em tela, a referida Comissão, exorbitando de suas atribuições, alterou as condições contratuais ao aprovar os pagamentos na base do salário-dia. Embora a medida visasse a baratear a mão-de-obra com a conseqüente diminuição do custo de vida, não resiste ela ao imperativo da lei que veda a alteração contratual que resulte em prejuízo para o trabalhador. Caberia, pois, às firmas empregadoras cientificar a autoridade competente das condições exis-

tentes e da impossibilidade do cumprimento da determinação que, em última instância, era prejudicial aos seus empregados.”

Data venia, bem mereceu ser rescindido este acórdão da C. 2.^a Turma, do Tribunal de Porto Alegre — fraco, falho e contraditório. Passemos à sua análise:

1) Reconhece que a Consolidação das Leis do Trabalho fixa normas para a remuneração da estiva, “a partir do art. 270”; logo, não se esgota nele, nem nele estão contidos todos os serviços da estiva e seus conexos;

2) Apela para argumentos extrajurídicos, de ordem sentimental ou mesmo econômica, mas inteiramente alheios ao direito positivo, qual seja, o de que a remuneração do estivador deve ser alta, porque ele não trabalha todos os dias;

3) Reconhece a plena competência da Comissão da Marinha Mercante para fixar a remuneração da estiva, baixando novas tabelas, adequadas para cada porto;

4) Mas, estranhamente, não dá cumprimento à sua Resolução, sob o argumento de que esta fixação, do mesmo nível legal da Consolidação (nela própria e posteriormente confirmada), contraria dispositivo seu, art. 270. Mas, por quê? Não o diz o acórdão, nem fundamenta a sua assertiva;

5) Alega que a Comissão competente exorbitou, pois a nova fixação altera o contrato de trabalho dos estivadores, “não resiste ela ao imperativo da lei que veda a alteração contratual que resulte em prejuízo do trabalhador”;

6) Declara, finalmente, que as “firmas empregadoras” deveriam ter cientificado a Comissão das “condições existentes”, pois sua determinação “era prejudicial aos seus empregados”.

Ora, onde a análise expressa e inequívoca das condições de trabalho existentes no Porto de Imbituba, que levasse o c. Tribunal a reformar a sentença da MM. Junta? Se não o fez, é sinal que aceitou os fatos como lhe foram apresentados pelo órgão de primeira instância. O assunto é tranqüilo.

Reconhecem os ora Recorrentes, às fls. 423:

“E desde aquela data, o embarque de carvão é feito pela mesma maneira, ou seja, por esteiras...”

Às fls. 431, concordam com a descrição dos serviços realizados pelos estivadores, da inicial da Recorrida, reconhecendo que

“... o embarque do carvão é feito por meio de esteira, atuando esse carregamento por força da gravidade.”

E concluem, às fls. 433:

“Não vemos assim — *data venia* — como se possa dizer que esse serviço prestado pelos estivadores de Imbituba (ora recorrentes), não seja um legítimo serviço de estiva.”

5. Assim, nos autos, nem os próprios Recorrentes negam a maneira técnica de realizar-se a operação de carregamento de minério no porto

de Imbituba, simplesmente pretendem lhe dar tratamento legal, diverso, apelando, inclusive, para a existência de direitos adquiridos e para alterações contratuais.

Tanto a maneira de trabalhar é esta, *inequivocamente esta*, que ninguém mais competente — no sentido jurídico e no sentido técnico — pericial — para dizê-lo do que a própria Comissão da Marinha Mercante (atual SUNAMAN), autorizada por lei para classificar os portos do País e lhes determinar a forma de remuneração de seus estivadores.

Ainda assim, cautelosamente, em mais de uma oportunidade, dirigiu-se a Recorrida àquela autoridade, consultando-a sobre a maneira correta de proceder, diante das condições existentes no porto de Imbituba, de pleno conhecimento da Comissão. Destinatária da norma jurídica, como deveria agir na aplicação da Resolução?

Eis as respostas da omissão da Marinha Mercante:

“Esclarecimentos s/pagamento estivadores.

Em vista de dúvidas surgidas sobre a aplicação da nova tabela de estiva, em vigor, esclarecemos o seguinte:

a) As operações de estiva a graneis sólidos com grabs, *enquadram-se no item IV, letra d*, das instruções constantes da citada tabela;

b) Os serviços conexos terão seus pagamentos por salários de acordo com o que dispõe a CLT. Para esses serviços não haverá, também, meio dia” (14/6/65).

“Tendo em vista as dúvidas surgidas quanto à remuneração por salário dos serviços conexos de estiva, de que trata o art. 271, da Consolidação das Leis do Trabalho, determinar que o estivador requisitado para os aludidos serviços (conexos de estiva) terão a remuneração de salário-dia integral, não havendo meio dia”. (D.O., 8/7/65).

“Em atendimento ao expediente de V. S.^a, datado de... informe que a remuneração do serviço de estiva, referente ao carregamento de carvão por meio de “dalas” é feito de acordo com o item IV, letra, das Instruções que acompanham as tabelas de Estiva da Resolução 2.733, ou seja: salário-dia” (9/8/65).

6. Nenhuma dúvida, pois, quanto os pressupostos de fato — inequívocos, reais, insofismáveis — que serviram de premissa menor no silogismo da sentença da MM. Junta; não negados nem contraditados pelo c. Tribunal Regional, aos quais deve ser aplicado o dispositivo próprio da lei, no caso, como veremos, o art. 271, da CLT.

Embora estranha aos autos, mas como comprovante desta situação de fato, como prova emprestada, não vemos que venha fora de propósito transcrever parte da sentença da mesma Junta de Tubarão, de 5 de julho de 1973, prolatada por outro Juiz-Presidente, na qual os estivadores reclamaram contra outras empresas, pretendendo os mesmos direitos salariais no porto de Imbituba:

“Efetivamente, com os equipamentos usados na carga e descarga nos portos, aliado às características dos navios, especialmente os graneleiros, a participação do estivador ficou muito reduzida. O Porto de Imbituba que observamos através da diligência realizada, constatou a Junta que o carregamento do navio é todo feito mecanicamente. O carvão armazenado no silo daquele porto é jogado dentro dos porões do navio. Junto ao silo correm sobre trilhos as “dalas”, de onde parte uma calha, por onde é carregado o minério para os porões. Esta se desloca ora para uma direção, ora em outra, de modo a fazer o carregamento uniforme sempre em direção ao porão. Depois de horas da corrida do minério pelas calhas, os porões estão cheios. Com as diferentes posições para onde são dirigidas as calhas, ao final formam-se nas superfícies dos porões cones de minério, que necessita ser alisado e emparelhado. É aí que surge a mão-de-obra do estivador, que usando pás, emparelha a carga, alisando os cones ali formados. Esta operação é necessária para melhor equilíbrio e segurança da carga. Portanto, finalizada a operação de carregamento automático, é necessário fazer-se o recheio da carga. O emprego da mão-de-obra, segundo informações do Presidente do Sindicato dos Estivadores da cidade de Imbituba, por ocasião da diligência, demandaria no porão, objeto de observação da Junta, naquele momento, um tempo aproximado de 30 minutos. O porão observado comporta 2.600 toneladas de carvão.

O serviço de recheio de um navio graneleiro — do tipo ancorado no dia da diligência, que levara o nome de Samena, fomos informados que os estivadores levariam uma hora e meia para emparelhar sua carga total, visando-se com isto o alisamento dos cones, de modo a uniformizar sua carga para que a viagem transcorra segura em relação ao peso tão elevado.

Convém lembrar, ainda, que o serviço, antigamente tão penoso, constituído pelo transporte de mercadorias unitariamente carregadas, demandando esforços físicos incomensuráveis, modificou-se para melhor, para gozo de empregados e empregadores e trabalhadores avulsos. Com o desenvolvimento da tecnologia, a modernização das embarcações, confeccionadas com finalidade específica, sem o que são impedidas de navegar e transportar, houve uma anulação da mão-de-obra da estiva.”

Nada a retocar na esplêndida e bem ponderada sentença da MM. Junta de Tubarão, aqui transcrita em parte: *por diligência direta, constatou aquele Tribunal que as condições existentes no porto de Imbituba são como as descreveu e aceitou, afinal de contas, a mesma MM. Junta anteriormente, no litígio entre os Recorrentes e a Recorrida: condições estas admitidas e aceitas pelos próprios Recorrentes e pelo próprio acórdão rescindendo, que não as negou nem contrariou.*

II — O DIREITO APLICÁVEL — A PREMISA MAIOR

7. Diante desses fatos alegados e provados, comprovados e inequívocos, não resta a menor sombra de dúvida de que o dispositivo aplicável à espécie é o art. 271, da CLT.

Dispõe o art. 270, pelo qual pleiteiam os Recorrentes:

“A remuneração do serviço de estiva, salvo as exceções constantes dos §§ 3.º e 4.º do art. 264, será feita por meio de taxas estabelecidas na base de tonelagem, cubagem ou unidade de mercadorias e aprovadas, para cada porto, pela Superintendência Nacional da Marinha Mercante (SUNAMAM). As taxas deverão atender à espécie, peso ou volume e acondicionamento das mercadorias de acordo com o “manifesto”, do qual será remetida, pela entidade estivadora, uma via ao Sindicato dos Estivadores ou dos Trabalhadores em Estiva de Minérios da localidade.”

E determina o art. 271:

“Os serviços conexos com os de estiva, a bordo dos navios, tais como limpeza de porões, recheio de carga que não tenha de ser descarregada, e outros, serão executados pelos estivadores ou pelos trabalhadores em estiva de minério, conforme a especialidade, de preferência sindicalizados, julgados necessários pela entidade estivadora e mediante o pagamento de salários, constantes de tabelas aprovadas pela Superintendência Nacional da Marinha Mercante (SUNAMAM).”

O carvão, minério a granel, sólido, não necessita “de ser descarregado” nos porões dos navios da Recorrida, lá chegando automaticamente, de forma mecânica, sem auxílio do braço dos estivadores, conforme reconhecido por todas as instâncias e por ambas as partes litigantes. O arrançamento ou remanejamento do carvão é uma operação simplesmente de recheio de carga, também por todos reconhecida. Assim também o reconheceu a omissão da Marinha Mercante (denominação à época, em 1965), mandando aplicar a esses estivadores, ora Recorrentes, o disposto na letra d, do item IV, da Resolução n. 2.733, de 30 de abril de 1965, *verbis*:

“d) o serviço de estiva é remunerado por salário, nas operações de carregamento das mercadorias sólidas a granel, nas embarcações de qualquer tonelagem, por aparelhos transportadores mecânicos.”

8. Dada essa especial execução dos trabalhos de estiva no porto mecanizado e automatizado de Imbituba, no qual a tarefa dos estivadores reduz-se somente a desmanchar os cones do carvão depositado nos porões dos navios, cabe-lhes o pagamento por unidade de tempo, isto é, o salário-dia, e não por unidade de obra, peça ou tarefa. O artigo aplicável à espécie é, desenganadamente, o 271.

Ninguém teve, no entanto, a leviandade de afirmar que tal serviço não seja de estiva, que não seja feito por estivadores, cuja atividade se encontra regulada na Seção VIII, do Capítulo I, do Título III, da Consolidação das Leis do Trabalho. Esse serviço é privativo dos estivadores de minério, nos precisos termos da lei (art. 271), mas, quanto à remuneração,

neração, qualifica-se, enquadra-se, nos serviços auxiliares de estiva, como *recheço de carga*. Pela sua maneira de ser executado, inteiramente diverso do trabalho direto e primário da estiva — de transporte da carga, com muito maior dispêndio de energia física, fazendo do estivador verdadeira besta humana, — torna-se mais leve, assemelha-se ao trabalho comum de espalhar qualquer carga de granel sólido. Para isto, de acordo com a técnica jurídica, por ser diferente o trabalho, diferente também é a modalidade de remuneração, daí disposição própria, especial contida no art. 271, que não se atrita, de forma nenhuma, com os conceitos gerais de estiva (arts. 254, 255). Simplesmente, pela sua menor penosidade, requer o recheço de carga pagamento diverso, também menos oneroso para as empresas. Seria altamente desigual para as empresas pagar por tonelagem, por peso, quando se trata de uma mercadoria, minério sólido a granel, já depositado automaticamente no chão da embarcação, sem que o peso houvesse sido transportado pelos estivadores. *Rechegar*, segundo os lexicógrafos, significa meramente “mexer ou bulir com rodos os cristais de cloreto de sódio nas salinas”, *Laudelino Freire*, “Dicionário”, vol. V, p. 4.319. E, em *rodo*, esclarece (p. 4.489): “Espécie de enxada com uma peça de madeira ou tábuas em vez de ferro, que serve para ajuntar os cereais nas eiras ou o sal nas marinhas. Utensílio de madeira, com que se puxa a cinza do forno. Utensílio análogo, para recolher o dinheiro, em certas mesas de jogo”.

Está bem claro, vernacular e tecnicamente, o que seja a operação de recheço, que não se pode equiparar ao esforço real do transporte e da arrumação das mercadorias pelos estivadores, para as embarcações ou em seu interior.

Em 1965, depois do Movimento de 1964, como se encontrasse muito onerosa a mão-de-obra nos portos nacionais, iniciou a Comissão da Marinha Mercante estudos a respeito, a partir de junho deste último ano, como se vê na exposição de motivos da Resolução no D.O. de 30 de abril de 1965. Procurando fazer justiça, mandou a Resolução pagar desigualmente a esforços desiguais dos mesmos estivadores. Nessa mesma exposição, alude-se à política econômico-financeira do Governo, no sentido de prender-se o aumento de remuneração ao concomitante aumento da produção do trabalho e elaborar-se uma sistematização e uma padronização da remuneração da estiva, que significassem uma “ordenação imposta aos serviços” e uma eliminação de distorções salariais”.

Em nova exposição de motivos, da Resolução n. 3.862, de 22 de março de 1971, volta a SUNAMAM ao mesmo tema e mantendo a mesma política salarial, visando a uma melhoria de custos e de produtividade, levando em conta o índice de especialização alcançado pelo equipamento de carga e descarga nos portos, aliado às características especiais dos navios.

Confirmando a única e exata interpretação de suas Resoluções anteriores, lê-se neste última Resolução, de 1971:

“I — Nas operações de carga e descarga de granéis sólidos realizados por transportadores mecânicos em navios de escotilha auto-

mática, em todos os portos nacionais organizados e terminais marítimos, a estiva será requisitada para operar quando houver necessidade de recheço, respeitados os atuais critérios de portos e terminais de minério, onde a operação já se processa sem a participação da mão-de-obra da estiva.”

III — PROCEDÊNCIA DA AÇÃO RESCISÓRIA — INCOMPETÊNCIA “RATIONE MATERIAE”

9. Está irrepreensível o acórdão do c. Tribunal Regional, pleno, que deu ganho de causa à ora Recorrida, julgando procedente a ação rescisória ajuizada.

O próprio acórdão rescindendo dá como superada a questão da competência legal da Comissão da Marinha Mercante para a classificação dos portos nacionais e fixação de tabelas de serviços e salários. Eis a ementa do referido acórdão:

“A Comissão de Marinha Mercante, dentro da sua competência para a fixação dos preços da estiva, não poderá contrariar dispositivo fixado em lei”.

E no corpo do acórdão:

“Não há dúvidas quanto à competência da Comissão da Marinha Mercante para a fixação da remuneração da estiva, eis que a mesma é determinada pela Consolidação e apoiada pelo Decreto-lei n. 5, de 4 de abril de 1966.”

Quer dizer, em dois diplomas legais, ambos de igual hierarquia legislativa, encontra-se disposta a competência da CMM, e só dela, indivisível e soberana, para fixar salários deste pessoal dos portos brasileiros. E assim é, por se tratar de trabalho de natureza publicística, de prestação autônoma, com inegável interesse da economia e da segurança nacional. Desde 1946 foi nacionalizado o trabalho nos portos, por força do Decreto-lei n. 9.462, de 15 de julho de 1946, de cuja exposição de motivos destacamos dois tópicos, para não alongarmos demais este Parecer:

“Considerando que o trabalho de estiva e de docas, nos portos nacionais, constitui atividade que interessa fundamentalmente à economia coletiva e ao sistema de comunicações essenciais ao abastecimento público;

Considerando que a mão-de-obra na estiva, de modo geral, só pode ser executada por operários estivadores matriculados nas Capitânicas dos Portos ou em suas Delegacias ou Agências, o que representa uma situação especial de que resultam maiores responsabilidades para os que a ela se dedicam no que concerne à compreensão do sentido social desses encargos e os deveres para com a comunidade.”

O trabalho na orla marítima é de “alto interesse da ordem pública” (ainda da exposição), estatutária e quase paramilitar, daí a exigência da matrícula prévia e dos controles administrativos indispensáveis. O De-

creto-lei n. 3.100, de 7 de março de 1941, da mesma hierarquia dos diplomas acima aludidos, ao criar a MM, dispõe na letra c, do art. 2.º:

“Compete à Comissão: c) estudar, *organizar e alterar*, tendo em vista as peculiaridades regionais, as tarifas de fretes e de salários do pessoal, *fixando as que devem ser obrigatoriamente observadas.*”

Essa mesma competência encontra-se igualmente na Lei n. 4.858, de 26 de novembro de 1965, que regula a mesma matéria. O art. 6.º do Decreto n. 7.838, de 11 de setembro de 1941, estatui:

“Todos os *proprietários de embarcações e armadores brasileiros, quer sejam pessoas de direito privado quer de direito público* (União, Estados, Municípios ou autarquias), *ficam obrigados a acatar e cumprir as tabelas de tráfego, de linhas de navegação, de fretes, de salários e de estiva, bem como os calendários de escalas e regras de utilização da tonelagem oferecida ao transporte, prazos de estadia nos portos e demais determinações da CMM nos termos do Decreto-Lei n. 3.100, de 7 de março de 1941 e deste seu regulamento, e todas as autoridades administrativas e judiciárias, federais, estaduais e municipais deverão cooperar com a Comissão, nas medidas necessárias ao exato cumprimento dessas normas e determinações e à repressão das infrações, sob pena de responsabilidade.*”

Como admite o próprio acórdão rescindendo, os mesmos poderes e competência são concedidos à CMM pelo Decreto-Lei n. 5, de 4 de abril de 1966, que não vem a pelo transcrever, pois a matéria é pacífica. Na sua exposição de motivos, refere-se o Governo

“às atividades da Marinha Mercante, dos portos nacionais... vinculadas ou conexas, (que) envolvem matéria diretamente ligada à Segurança Nacional... (a ser vital) para o fortalecimento do Poder Nacional a inadiável recuperação do Poder Econômico através da reestruturação adequada dos sistemas de transporte...”

(às) medidas para corrigir as distorções, ora existentes nos sistemas em apreço...”

Entre as medidas a tomar, prioritárias, é óbvio, encontravam-se a da classificação dos portos nacionais e a da necessidade de fixação de novas tabelas de remuneração do pessoal, segundo a sua especialidade, o serviço realmente feito e a produtividade.

10. Plenamente constitucional e legal a *competência privativa* da antiga CMM (hoje SUNAMAM) para fixar a política e os critérios remuneratórios do pessoal da estiva e capatazia — *hoje constituindo uma só categoria* (art. 21, do Decreto-Lei n. 5), *não poderia o c. Tribunal, no acórdão rescindendo, deixar de acatar e cumprir*, e mandar cumprir pelos armadores, a Resolução n. 2.733, de 30 de abril de 1965. Reconhece ele a inteira competência formal da CMM para tais atos legais, em sentido amplo. Se válidos, vigentes, legais e cogentes, como os deixou de aplicar, se a matéria não era da sua competência?

Exorbitou a c. 2.ª Turma, do Tribunal Regional, no acórdão rescindendo, e não, como diz, a CMM, ao decidir na forma por que o fez,

decidindo questão para a qual era incompetente *ratione materiae*. Com isso violou, ao mesmo tempo, não só o art. 271, da CLT — como veremos mais tarde — como também todos os dispositivos legais que dão competência para aquela matéria à CMM.

Escreve o magistrado *Modestino Martins Netto*, em afirmativa tranqüila — “Manual da Ação Rescisória”, Rio, 1972, p. 45:

“O Juiz será incompetente sempre que exercer a jurisdição fora do limite de suas atribuições, ou seja, *das matérias* sobre as quais pode decidir, no caso de que tratamos, sejam, da incompetência *ratione materiae*” (Grifo do autor).

Desrespeitando a *norma* baixada, regular e legalmente, pela CMM, em 1965, substituiu-a a c. Turma nessa atribuição legal estrita e privativa, arrogando-se a competência que não era sua. *Data venia*, erroneamente, determinou que a Recorrida pagasse aos Recorrentes por unidade de obra (art. 270) e não por unidade de tempo (art. 271), como mandava a Resolução de abril de 1965 e as demais posteriores da mesma CMM, interpretativas.

Ainda recentemente, decidiu o E. Tribunal Federal de Recurso, Pleno, no E RO 668, em acórdão de 6 de novembro de 1973, do qual foi o Rel. o Min. Décio Miranda, in “Em Trab.”, p. 74:

“*Não é a reclamação trabalhista meio idôneo para se decidir quanto à legitimidade do ato de poder público, cancelando a concessão ou permissão.*”

Caberia, previamente, por via judiciária própria, na Justiça comum, que tivesse sido decretada a ilegalidade da Resolução n. 2.733, de abril de 1965, e não diretamente pela Justiça do Trabalho, *para tanto absolutamente incompetente, “ratione materiae”.*

Reconhece o acórdão rescindendo que a CMM é competente para fixar novas modalidades salariais, mas

“*não poderá contrariar dispositivo fixado em lei.*”

Ao contrário do que alegam os Recorrentes, reconhece o acórdão rescindendo que a Resolução da CMM *alterou* os critérios de aferição e de pagamento da remuneração da estiva no porto de Imbituba, não nega a competência do órgão administrativo. Por outro lado, reconhece que a Recorrida interpretou bem a Resolução, cumprindo-a como devia, mas, por *achá-la ilegal*, conclama a própria Recorrida a não cumpri-la, devendo ter notificado à CMM

“as condições existentes e a impossibilidade do cumprimento da determinação.”

Convenhamos: tal procedimento é inteiramente inédito e insólito, para não dizer mais. A Recorrida estava na obrigação de cumpri-la, a menos que ajuizasse ação própria na Justiça comum, perante as Varas Federais competentes (art. 125, I, da Em. Const. de 1969), contra a Resolução. Da forma porque o fez, declarando a *ilegitimidade e a ilegalidade* da mesma, falta-lhe competência constitucional para tanto.

Com razão, pôde escrever *Seabra Fagundes*, "O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário", 4.^a ed., Rio, 1968, pp. 112 e 135:

"O controle jurisdicional se exerce por uma intervenção do Poder Judiciário no processo de realização do direito... No Brasil, tem o sistema de controle pela jurisdição ordinária uma das suas mais perfeitas expressões. A Constituição federal impõe, quase integralmente, a unidade jurisdicional para o controle da Administração Pública".

Pois bem, este controle, em sua competência, *in casu*, encontra-se regulado pelo art. 125, I, e não pelo 142, da Constituição em vigor. À época do acórdão (1968) estavam vigorantes os mesmos mandamentos (respectivamente arts. 119, I, e 134).

Acórdão que assim decidiu, por Justiça incompetente, *ratione materiae*, somente poderia ter sido anulado, como de fato o foi, mediante ação rescisória própria, *ex-vi* da letra *a*, do n. I, do art. 798, do Código de Processo Civil, vigente à época.

IV — PROCEDÊNCIA DA AÇÃO RESCISÓRIA — VIOLAÇÃO DO ART. 271, DA CLT

11. É incensurável, por instância superior, o acórdão do c. Tribunal *a quo*, que rescindiu o acórdão da sua 2.^a Turma. Violada foi, frontalmente, literal disposição de lei, qual seja, entre outras, e como principal, o art. 271, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Exemplarmente, coloca o c. Tribunal *a quo* em sua ementa, dando completo e exaustivo desenvolvimento ao tema ao longo do corpo da decisão:

"Ação rescisória. Procedência. Decisão proferida contra literal disposição de lei. Caracteriza-se a decisão como infringente a literal disposição de lei, quando, tendo em vista o quadro fático definido no processo, deixa de aplicar o direito cabível à espécie.

.....
Estiva. Serviços conexos ao de estiva. Caracterização. O serviço de espalhar com pás o carvão nos porões dos navios não se caracteriza como típico de estiva, como está definido no art. 254 da CLT, mas como conexo ao de estiva, do acordo com o preceituado no art. 271 do mesmo estatuto legal."

De modo algum se tratou de matéria de fato ou de prova, pois os fatos já estavam provados e bem caracterizados nos próprios autos, limitando-se o acórdão a lhes dar a exata e perfeita qualificação jurídica, aproximando-se ou fazendo aproximar-se, adequadamente, a hipótese da lei (art. 271) à realidade descrita e aceita anteriormente. Serviços de recheio a bordo são os executados pelos estivadores no porto autorizado e mecanizado de Imbituba, logo o dispositivo aplicável é, sem qualquer resquício de dúvida, o art. 271, da CLT. Não lhe dar aplicação é violar a sua literal disposição.

O acórdão rescindendo admite os fatos como lhe chegaram da MM. Junta; não os nega nem os contraria. Não diz que sejam outros diversos da sentença inaugural. Apela para um sem-número de fundamentos, desde os sentimentais ou emocionais, até o de decretar ilegal a Resolução da CMM, porque, a seu ver, era injusta e violava direitos adquiridos pelos Recorrentes nos seus contratos de trabalho, como empregados da Recorrida. Fundamentos esses, *data venia*, errôneos, ilegais e improcedentes.

É irrespondível o seguinte trecho do acórdão do qual recorrem os estivadores:

"Os reclamantes recebiam por produção, conforme prevê o art. 270 da CLT, e que, a partir de um determinado momento, a CMM, hoje SUNAMAM, baixou a Resolução n. 2.733/65, determinando que o pagamento passasse a ser efetuado por unidade de tempo, enquarando a situação dos mesmos no preceituado no art. 271 da CLT. Ora, se os estivadores, como se viu, objetivavam compelir as empresas a proceder ao pagamento da remuneração devida de acordo com a questionada Resolução, e se esta, como se reconheceu na decisão rescindenda, lhe atribuía o "salário-dia", na forma do art. 271 da CLT, houve nitida infração à literal disposição contida naquele preceito legal quando se determinou, não obstante, a aplicação do art. 270 do mesmo estatuto."

12. Não se trata, como querem fazer crer os Recorrentes, da avaliação da prova, nem de matéria de fato. O acórdão *a quo* foi muito feliz: considerou os fatos como os encontrou provados e admitidos nos autos, na sentença e no acórdão rescindido. Encontra-se, ortodoxa e rigorosamente, dentro dos cânones doutrinários, legais e jurisprudenciais da ação rescisória.

Alguns exemplos jurisprudenciais do Supremo Pretório nacional bastam para nos convencer dessa boa orientação:

"Ação rescisória. Se o acórdão qualifica, erroneamente, a situação decorrente da prova, justifica-se a revisão da sentença, viciada esta, como é o caso, por inexatidão que implica vulneração da lei. Procedência da ação" (STF, in *Rev. Tr. de Jur.*, Rio, 1970, vol. 52, p. 221);

"Como pondera o Prof. Orlando Gomes em seu parecer de fls. 353 e seguintes, para se verificar se uma decisão vulnerou direito expresso, cumpre decompô-la, a fim de observar se os fatos foram corretamente qualificados. Essa atividade, como é óbvio, não implica nova apreciação desses fatos, sendo apenas necessária para a investigação da questão jurídica e sua solução". (*id.*, p. 223);

"Não é inepta a inicial da ação rescisória que deixa de mencionar o dispositivo de lei violado, se de sua exposição decorre necessariamente qual seja a norma legal malferida. A qualificação jurídica do fato não foge ao âmbito do juízo rescisório" (*id.*, 1969, vol. 48, p. 275)".

Sendo recente a admissão da ação rescisória na Justiça do Trabalho, há que buscar exemplos jurisprudenciais nos julgados que admitem o recurso de revista, com fundamento na alínea *b*, do art. 896, da CLT, com igual redação da letra *c*, do art. 798 (I), do CPC. E neste sentido é pacífica a jurisprudência do E. Tribunal Superior do Trabalho:

"A má qualificação jurídica do fato, bem positivada, autoriza a revista" (TST, 2.^a T., RR 1.266/63, Rel. Min. Amaro Barreto, in "Rev. do TST", 1968, 424);

"O Tribunal Regional deu pela existência da relação de emprego. Revista provida. Não se tratando de rever a matéria de fato, mas de seu enquadramento jurídico, cabível é a revista" (TST, 2.^a T., RR 5.00/66, Rel. Min. Délio Maranhão, in "Em Tr"., mar. 68);

"A existência, ou não de contrato de trabalho constitui matéria de fato que não enseja revista. Desde porém, em caso especialíssimo, que se verifique — sem reapreciação dos fatos reconhecidos pelas instâncias ordinárias — que houve mau enquadramento dos mesmos no texto da lei, esta estará ferida e, portanto, o recurso de revista deve ser conhecido... Atrito de teses jurídicas como elemento de admissão de recurso de revista por ordem à letra expressa da lei" (TST, 2.^a T., RR 2.952/69, Rel. Min. M. V. Russomano, in "Em. Tr"., abril de 1970);

"Inadequado enquadramento jurídico da prova. Relação de emprego caracterizada face aos elementos tidos como provados" (TST, 3.^a T., RR 870/70, Rel. Min. A. Sussekind (vencido), in "Acórdãos no TST", vol. III, São Paulo, 1972, p. 313);

"Qualificação jurídica do fato tido como provado possibilita o conhecimento da revista" (TST, 1.^a T., RR 2.002/64, Rel. Caldeira Neto, in "Rev. TST", Rio, 1968, p. 422);

"Justifica a interposição de revista, aos fatos incontroversos não sendo dado adequado enquadramento jurídico" (TST, 2.^a T., RR 2.141/62, Rel. Min. Thélío Monteiro, *id.*, p. 426).

13. É esta, igualmente, a *communis opinio* dominante na doutrina estrangeira e nacional, quer na cassação, na revisão, na revista ou na rescisória, desde que se trate de violação de letra expressa ou de literal disposição de lei. Já vimos no início deste Parecer a opinião de *Chiovenda* a respeito. Mas, na página anterior, ensina o Mestre, com maior precisão, *cit.*, pp. 410/411:

"Violação ou falsa aplicação da lei", temo-la, também, quando se aplica uma norma a um fato inexistente ou se nega aplicar a um fato existente... A falsa aplicação consiste numa forma de violação de lei, que, em geral, ocorre quando, embora entendendo acertadamente uma norma em si mesma, se lhe dá aplicação a um fato que a norma não regula, ou se aplica de modo a chegar a conseqüências jurídicas às que a lei pretendeu."

Para o direito alemão, informa *Adolf Schönke*, "Derecho Processal Civil", trad., Barcelona, 1950, pp. 319/320:

"Considera-se também como infração na aplicação de uma norma a inexata subsunção, isto é, o juízo acerca de se os fatos estão em correspondência com a norma posta como premissa maior da conclusão."

14. A matéria é pacífica no estado atual da doutrina. Toda a gente sabe que, quanto à letra *c*, I, do art. 798, do CPC, para o cabimento e procedência da rescisória, mister se faz que haja infringência de literal disposição de lei. Mas a violação da letra da lei pode dar-se de duas maneiras: por não haver sido aplicada (não aplicada quando for o caso; calar quando devia falar); ou por haver sido aplicada (aplicada quando não for o caso; falar quando devia calar).

Não há nenhum tribunal no mundo que tenha por objeto somente normas abstratas, vazias, secas e ocas. Os fatos constituem a própria matéria da norma, como o conteúdo em relação à sua forma. Sem revolver as provas, sem admitir fatos novos, sem discutir delírios de prova e quejandos, não há como deixar de considerar os fatos, provados, incontrovertidos, como o próprio objeto jurídico da ação rescisória. Dentro deste ponto-de-vista, é o ensinamento do preclaro *Castro Nunes*, na "Teoria e Prática do Poder Judiciário", Rio, 1943, p. 384:

"Os fatos são recebidos pelo Supremo Tribunal conforme os apresenta a decisão recorrida. Mas as deduções jurídicas dos fatos assim fixados não lhe ficam defesas em dadas hipóteses. Esse entendimento é pacífico na jurisprudência da Corte de Cassação, em França. É a qualificação legal dos fatos na hipótese do recurso por violação da lei."

A lição de *Odilon de Andrade* — "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. IX, Rio, 1946, é por demais conhecida, pp. 82/83:

"Este conceito acanhado de direito expresso, que tornava praticamente sem aplicação a ação rescisória fundada na violação da lei, por ser quase impossível que um juiz afronte o preceito legal não pôde resistir à argumentação de nossos doutrinadores. A jurisprudência dos tribunais foi-se, a pouco e pouco, modificando no sentido de dar-se à expressão uma inteligência mais larga, de modo a abranger todos os casos em que a sentença ofende flagrantemente a lei, mesmo que a invoque e aparentemente a aplique."

Com efeito, não é só negando formalmente a expressão da lei que se ofende o direito expresso. Ele é também violado pela sentença que nega a aplicação do texto legal quando este realmente rege o caso controvertido, em que, sem negar-lhe a aplicabilidade, de fato o não aplica, ou que aplica outro dispositivo previsto para a hipótese diferente, ou que lhe dá uma interpretação manifestamente errônea. Cumpre aqui ressaltar que não basta que a interpretação seja errônea; é preciso que o seja manifestamente, que não esteja apoiada em argumentos dignos de consideração."

Nenhum juiz julgaria hoje, para nos servimos do exemplo clássico que o impúbere pode fazer testamento. Mas se a sentença, em-

bora sem afirmar esta heresia jurídica, julgasse válido o testamento do impúbere, do mesmo modo violaria o direito objetivo. A diferença é que, no primeiro caso, a violação teria sido expressa e, no segundo, implícita. Como diz o conhecido e sempre invocado acórdão das Câmaras Reunidas da Corte de Apelação do Distrito Federal, de 17 de julho de 1925, de que foi relator o eminente jurista Desembargador Virgílio de Sá Pereira, "a rescisória pressupõe a violação do direito expresso, e não a violação, que pode ser implícita."

Dando as justas dimensões para a compreensão do recurso extraordinário, neste ponto idêntico às finalidades da ação rescisória, elucida Carlos Maximiliano que se julga — "Comentários à Constituição Brasileira", Rio, 1954, vol. II, p. 368:

"contra a letra da lei quando se deixa de aplicar um texto positivo; quando a sentença abandona a regra evidentemente apta a reger a hipótese em apreço e invoca outra que não a disciplina; ou comete erro manifesto, flagrante, de interpretação; quando contraria a tese, o princípio, que a norma vigente exprime; ou faz invocação desapropriada ou insincera de postulado peremptório: Enfim, quando se orienta por um preceito inaplicável à espécie vertente em vez de do claramente adequado."

Aí estão, por mão do mestre, os numerosos casos de violação literal da lei, simplesmente exemplificativos, não enumerativos. Violar a letra da lei, contrariar literal disposição de lei, não é coisa que se possa ter diante dos olhos automática, mecânica e diretamente. Caso contrário estar-se-ia diante de um juiz louco, que se negasse aplicar a lei voluntariamente. Muito, ou quase tudo, fica para o trabalho do tribunal competente para julgar a ação rescisória, a quem cabe a confrontação dos dados admitidos pelo tribunal prolator da decisão rescindenda e o texto legal. Neste confronto, nesta dedução, nesta inferência, é que se encontra toda a tarefa de julgar, violando a lei ou não. E isso não significa revolvimento de provas, reabertura de novas instâncias, nem tratamento de matéria de fato.

No mesmo sentido, quanto à expressão *literal disposição de lei*, cf., Pontes de Miranda, "Comentários à Constituição de 1946", 2.^a ed., vol. III, Rio, 1954, p. 74.

Enganam-se os Recorrentes, *data venia*, quando declaram que a ação rescisória não tem por finalidade desfazer injustiças, por acaso praticadas. Todos os remédios processuais, de qualquer natureza, inclusive a ação rescisória — que não é recurso, mas ação própria — têm em vista praticar justiça, nem outro é o objetivo dos tribunais ao entregar a sua prestação jurisdicional. A única exigência da ação rescisória é que a sua propositura se funde nos estritos motivos, de direito, *in thesi*, que a lei enumera. Mas tem-se sempre em vista a justiça.

Escreve o Prof. Luis E. de Bueno Vidigal — "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. VI, São Paulo, 1974, p. 6:

"Pontes de Miranda, com quem estamos de acordo, afirma que a razão de se admitirem remédios processuais contra a sentença está em que o Estado considera alguns casos de nulidade ou de injustiça como perigosos para a paz pública, para a respeitabilidade e realização de direito."

Por tudo isso — por ser perigoso à paz pública, à respeitabilidade e à realização do direito objetivo — é que a Recorrida ajuizou ação rescisória, com fundamento também na letra *c*, do item I, do art. 798, do CPC. Ao aplicar o art. 270 ao trabalho efetivamente exercido pelos Recorrentes, a 2.^a Turma, do c. Tribunal Regional, aplicou dispositivo legal incabível na espécie, deixando de aplicar o art. 271, cuja matéria regula. Violou-o, assim, na sua literalidade. Recheio é, para o acórdão rescindendo, o trabalho efetuado pelos estivadores. Para essa atividade, o cálculo da remuneração é o constante do art. 271.

V — AINDA PROCEDÊNCIA DA RESCISÓRIA

Art. 468, da CLT

15. No contraditório acórdão rescindendo, ora se fala em "trabalhador", ora se fala em "empregado". Não vamos perder duas linhas com a questão da relação de emprego entre os Recorrentes e a Recorrida, por ser demais tranqüilo o assunto. Os doutos pareceres já anexados aos autos o demonstraram à saciedade, *ad nauseam*.

Por isso mesmo, mais uma vez andou bem e merece confirmação o acórdão, ora recorrido, quando colocou na sua ementa:

"Estivadores. Relação de trabalho regida por legislação especial. Inaplicabilidade do preceito do art. 468 da CLT. A norma que veda a alteração das condições de trabalho aplica-se aos contratos individuais de trabalho, não se estendendo às demais relações de natureza jurídica diversa, ainda que a solução das demandas a elas correspondentes seja da competência da Justiça do Trabalho."

Perfeito. Não há confundir a questão processual de competência ampliada, na qual se incluem as relações de trabalho, reguladas em lei especial, e a questão material da relação jurídica estabelecida entre as partes. *Relação de trabalho não é relação de emprego*, como é sabido, por todos. Agrupados pelo seu sindicato, sob um regime cooperativístico, dele recebendo, como sua fonte de trabalho, as tarefas a realizar, sob seu controle, percebendo remuneração também diretamente de suas mãos, não estão os estivadores subordinados aos armadores ou às empresas às quais prestam serviços. Ora denominados de autônomos, ora de avulsos, não são empregados, regulados por contrato de trabalho ou de emprego.

Pouco importa que o art. 1.^o, da CLT, se refira às relações individuais e coletivas nela previstas. Muita coisa é prevista e regulada pela Consolidação fora do Título IV — Contrato Individual de Trabalho. Exemplos: sindicalização (empregado, empregador, autônomo e profissional liberal); Justiça do Trabalho (juizes, pessoal da justiça, partes e advo-

gados); regulamentações especiais (químicos, professores, músicos, etc.). O Título IV aplica-se somente a quem, como empregado e empregador, se encontre vinculado por um contrato de trabalho, negócio jurídico bilateral, típico, nominado, da teoria geral das obrigações.

Os estivadores não são empregados da Recorrida, não há, pois como falar em alteração contratual, onde contrato não existe. E o acórdão, em boa hora rescindido, baseou-se no art. 468 e o aplicou para condenar a Recorrida a pagar segundo o disposto no art. 270, por lhe ser vedada alteração das condições de trabalho.

Não há falar-se em alteração contratual, nem em direitos adquiridos. Estes teriam de ser reivindicados pelos Recorrentes contra o ato da CMM, única competente para fixar e alterar, discrecionariamente, os salários dos estivadores. Por tudo que possa significar de ordem pública e de interesse nacional, e ainda por ser realização de trabalho autônomo ou avulso, sem vinculação contratual, as tarifas e tabelas salariais são fixadas pela CMM soberanamente, publicisticamente, de fora para dentro, com critérios rígidos e imodificáveis pela autonomia da vontade dos particulares, seus destinatários, estivadores ou empresas às quais prestem serviços. Trata-se de um ato administrativo, de natureza regulamentarista e estatutária.

Não podem por exemplo, os estivadores celebrar convenção coletiva com os armadores, desde que deles não são empregados. Não lhes podem exigir aumentos salariais, pois tudo é fixado administrativamente pelo órgão administrativo competente. Por isso, a falar em direitos adquiridos, devem os Recorrentes postulá-los contra a Resolução da CMM, em ação própria, na Justiça Comum. Só ela poderá declarar se a Resolução é ilegítima ou ilegal. Diante das tabelas de preços e de salários, a Recorrida é unicamente terceiro estranho.

VI — AÇÃO RESCISÓRIA E RECURSO DE REVISTA

16. Não há, nem pode haver, qualquer prejulgamento ou vinculação entre a ação rescisória e o recurso de revista, interposto anteriormente pela Recorrida, do qual o E. Tribunal Superior do Trabalho não tomou conhecimento. A nosso ver, para felicidade da mais alta Corte Trabalhista — o que nem sempre acontecia — por força do Prejulgado de 1966 e da Lei de 1970, cabe agora ação rescisória na Justiça do Trabalho, dando-lhe oportunidade de fazer justiça corrigindo, *data venia*, os seus acórdãos anteriores.

Embora instrumento processual para reformar sentenças, não se confunde a ação rescisória com recursos. É uma ação própria, independente, cabível, como remédio extremo e heróico, depois de passadas em julgado, isto é, quando esgotados os recursos cabíveis. É nova oportunidade que se dá, não só às partes, *mas também aos tribunais*, dentro dos limites e dos requisitos legais, para poderem rever, rescindir ou anular suas próprias decisões, fazendo melhor justiça. Tanto assim que nada impede que caiba rescisória de rescisória, com novos fundamentos e novos argumentos.

Andou certo, assim, o acórdão do Tribunal Superior, quando aquele E. Tribunal teve de decidir a quem cabia o julgamento da ação ajuizada pela Recorrida, Proc. TST, RO-AR 381/73:

“Se Turma do TST não conhece da revista e o Pleno não conhece dos embargos, *não defendendo tese*, é evidente que inicialmente a competência para julgar a rescisória é do Tribunal Regional.

Recurso ordinário em ação rescisória oferecida pelos trabalhadores, a que se dá provimento *para que o Regional julgue a rescisória como entender de direito*, prejudicado o recurso da empresa.”

Reforça este entendimento — o único lógico, justo e plausível — a jurisprudência que, *a contrario sensu*, nega fundamento para ação rescisória, baseado na violação do art. 896, da Consolidação:

“A negativa de divergência jurisprudencial nas Instâncias Superiores, quando possa parecer duvidosa objetivamente, não serve para fundamentar a ação rescisória. *É apreciação eminentemente subjetiva que, na revista e nos embargos, esgota-se através dos respectivos julgamentos, sendo impossível, nesse caso, afirmar-se a violação de literal disposição de Lei, para fundamento da ação rescisória*” (TST, Pleno, AR 12/71, Rel. Min. Resende Puech, in “Em Trab”, dez. 1972).

Esta, sem dúvida, a melhor doutrina, mas, *data venia*, deixaram os Eminentíssimos Ministros de tomar conhecimento dos Embargos da Recorrida, quando da revista, sob o fundamento de que lhe cabia apontar e fundamentar a violação, precisamente, do art. 896... , quando o art. violado era o 271, de mérito, pelo Regional e pela Turma.

Contudo, para ressalva de nossa posição doutrinária, somos dos que admitem rescisória por violação do art. 896 em casos excepcionais, nos quais se concentra diretamente a ofensa a esse permissivo legal, ferindo de frente o que ele exprime e enuncia. Raramente se terá esta hipótese, como judiciosamente ressalta o Ministro Puech, nos casos do conhecimento por divergência jurisprudencial; mas o mesmo não poderá ser dito quando se trata de haver a Turma conhecido da revista, deixando de admitir os fatos como provados pelas instâncias inferiores. Não se trata de dar nova qualificação jurídica ou legal aos fatos provados, mas em revolver a prova, dando como provados ou não provados fatos sobre os quais já se manifestou, a este respeito, a instância ordinária recorrida. Sobre a matéria é cristalino um acórdão da lavra do Ministro Luís Gallotti, na 1.^a Turma, do E. Supremo Tribunal Federal no RE 43.234, in “D. da J.” de 16/4/62:

“O acórdão proferido na revista, para acolhê-la, reexaminou a prova, e isso não podia fazer, sem contrariar o art. 896 da CLT.”

A ação rescisória, como registra Odilon de Andrade — pode ter por objeto sentença proferida em qualquer instância, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamentos de sua própria lavra, ainda na hipó-

tese de negar conhecimento do extraordinário, que alegue violação de disposição literal de lei. (Cit., pp. 66/67).

Já agora, diante do art. 467, do novo CPC, a sentença somente passa em julgado, constituindo coisa julgada, quando, tornada imutável e indiscutível, não mais possa estar sujeita a nenhum recurso, ordinário ou extraordinário. Vincular a ação rescisória aos mesmos resultados do extraordinário, fundado na negativa de violação de literal disposição de lei, seria impedir o exercício daquela ação nos casos da letra *a*, do número III, do art. 119, da Carta vigente, o que seria um absurdo.

17. *Concluindo*, não hesitamos em dar como bom direito o acórdão do c. Tribunal Regional, que rescindiu acórdão anterior de sua 2.^a Turma. A ação rescisória ajuizada encontra os melhores fundamentos nas letras *a* e *c*, do número I, do art. 798, do antigo CPC, por haver a Turma decidido sem competência, *ratione materiae*, e por haver violado literal disposição de lei (art. 271).

É o nosso parecer, *sub censura*.

Rio de Janeiro, 22 de setembro de 1974.

CAPÍTULO XII

MOTORISTA AUTÔNOMO EM SERVIÇO DE TRANSPORTE (freteiro)

PARECER

1. Pelo dados e elementos, inclusive peças processuais, que nos foram presentes, não hesitamos em declarar o Reclamante, carecedor de ação perante a Justiça do Trabalho, de vez que lhe falta *legitimatío ad causam* para tanto. Não pode ser parte no feito porque não existe um contrato de trabalho entre ele e a Reclamada. Assim, nesta conformidade, confunde-se a preliminar com o próprio mérito, não se distinguindo uma do outro; e, ao ser decidida a primeira, fica desde logo definitivamente decidido, igualmente, o segundo.

A condição jurídica do Reclamante é de prestador autônomo de serviço, nada mais do que trabalhador independente, sem que estivessem presentes os requisitos característicos da figura de empregado.

2. Ao acertarem, em 1967 e em 1973, as condições para a prestação autônoma de serviços profissionais, manifestaram ambas as partes a inequívoca intenção de não celebrarem um contrato de emprego. Releva frisar, e bem, que o interesse de assim procederem atingia, por igual, a ambas as partes. Basta uma simples leitura das cláusulas contratuais, para que não persista a mais mínima dúvida do que aqui se afirma. Ficam livres e autônomas uma diante da outra, podendo o Reclamante comparecer ou deixar de comparecer para pegar a sua carga. Podem os dois contratantes rescindir à vontade o pacto que os prende, sem qualquer aviso-prévio. No caso de ausência do Reclamante, como deliberação sua, unilateral, não se considera resiliado o contrato, retomando-o, mais tarde, os contratantes, como o deixaram, como se nada houvesse acontecido.

Esta, precisamente esta, a declaração de vontade de ambas as partes, em pleno uso de suas capacidades civis. Trata-se, afinal de contas, quanto ao Reclamante — e é isso que importa no momento — de pessoa maior, capaz, alfabetizada, profissional habilitado, responsável, proprietário de três veículos de carga, no livre uso de sua inteligência e vontade, que, na proteção dos seus interesses e do seu futuro, pretendia não se prender subordinativamente a terceiros. *In casu*, há ainda a considerar que se está diante de um antigo empregado da Reclamada, que conhecia profundamente a sua rotina de trabalho. Por mais de quatro anos foi seu motorista vendedor, a ela subordinado, com carteira profissional assinada, sendo-lhe aplicados todos os mandamentos da legislação do trabalho. Ao re-

tirar-se da Reclamada, percebeu os seus direitos trabalhistas, como reconhece a sentença da MM. Junta, da qual ora se recorre.

Voltando, mais de um ano depois, a 2 de janeiro de 1967, não o fez mais na condição antiga, já que, agora, proprietário de veículo de carga, não lhe interessava o primitivo *status* de empregado, com o rigorismo jurídico e administrativo que lhe é inerente. Como se verá adiante, *é bem significativa a data da celebração do contrato, em pleno verão carioca.*

Afinal, até prova em contrário, milita a favor do contrato a sua inteira validade, como negócio jurídico de direito privado, celebrado entre particulares, livremente escolhido por eles, para lhes regular os respectivos interesses econômicos. *Formalmente perfeito*, perante testemunhas, com firmas reconhecidas, isento de qualquer vício de consentimento, representa a límpida e autônoma declaração de vontade de ambos.

Materialmente, não enxergamos nem vislumbramos nenhuma cláusula sua que seja contrária ao ordenamento jurídico positivo nacional, à ordem pública ou aos bons costumes, que o leve a ser declarado nulo ou a enquadrar-se em outra espécie jurídica, diversa daquela que, com absoluta autonomia da vontade, quiseram as partes e assim a executaram por mais de sete anos.

3. Qualificou-se o Reclamante como motorista, portador de carteira de habilitação, com sua situação devidamente legalizada, *como autônomo*, perante o INPS, o ISS, o Departamento de PESOS E MEDIDAS, e — o que é mais — *registrado como autônomo, e assim pagando a sua contribuição sindical, no Sindicato dos Condutores Autônomos de Veículos Rodoviários do Estado da Guanabara.* E foi nesta qualidade que celebrou o contrato de locação de serviços de transporte com a Reclamada.

Proprietário de três caminhões, *segundo seu depoimento pessoal*, com um deles efetua e exercita o seu contrato de transporte com a Reclamada,

“devidamente legalizado e, que explora o comércio de transporte para terceiros, *por sua conta e risco*” (Cl. 1.^a, do contrato).

Por conta exclusiva do Reclamante correm

“todas as despesas de transporte, quer quanto a combustível, óleos, apetrechos e acessórios de defesa da carga, como em relação a qualquer pessoal que o mesmo contrate para auxiliá-lo na prestação das atividades acima mencionadas e que não terão, jamais, qualquer vínculo com a Locatária” (Cl. 2.^a).

E, *em seu depoimento pessoal*, disse o Reclamante:

“que correm por sua conta todas as despesas de manutenção do caminhão; que as despesas do ajudante também são pagas pelo depoente.”

Vê-se assim, então, que o *dinamismo da relação* — para usar a terminologia da MM. Junta — confirma os termos do contrato:

a) as despesas de manutenção e todos os riscos do transporte correm por conta do Reclamante, como autônomo que é, inequivocamente;

b) pode livremente contratar ajudante e auxiliares seus, à vontade, sem beneplácito nem autorização da Reclamada, que, como empregados dele, Reclamante, ficam sob suas ordens e responsabilidade.

A cláusula 3.^a é decisiva, como demonstração de que não se trata de um contrato de trabalho, abrindo mão a Reclamada de qualquer exclusividade ou de regularidade de prestação de serviços. *Com isso se distingue, nitidamente, o Reclamante dos outros motoristas, empregados da Reclamada, como ele próprio o fora:*

“Fica expressamente estabelecido que o presente contrato não impedirá a prestação aleatória e eventual dos serviços ora contratados, podendo tanto a Locatária deixar de fornecer carga para transporte pelo Locador, como podendo este deixar de procurar receber carga para transportar, devido a ter serviços de terceiros a fazer, hipóteses essas em que o presente contrato subsistirá íntegro se a prestação de serviço for reiniciada a qualquer momento, ficando nesse caso sempre sujeita às cláusulas do mesmo contrato.”

Pois bem, *em seu depoimento pessoal*, o próprio Reclamante confirma ser esse o “dinamismo da prestação de serviços”, na frase da MM. Junta:

“que chegando atrasado ou *faltando ao serviço*, sofreu prejuízo financeiro, uma vez que a Reclamada determina que outro faça a freguesia do depoente; *que nunca sofreu punição disciplinar*; que já deixou de comparecer à Reclamada por defeito mecânico em seu carro; que trabalhou no sábado de carnaval, *faltando no domingo até 4.^a feira*; que quando compareceu na 5.^a feira já estava punido financeiramente, de vez que lhe tiraram a rota, trabalhando em outra rota; que não sofreu punição disciplinar após o ajustamento da presente reclamação.”

E mais ainda, de modo absoluto, pelo qual se vê que o “dinamismo da prestação de serviços”, mais uma vez, confirma as cláusulas contratuais:

“que quando a Reclamada entrega a carga direta, o mesmo (Reclamante) *podia recusar-se a atender*, digo, *recusava quando tinha a sua clientela por servir*; que não sofria punição por recusar carga direta; que ocorreu apenas recusar uma vez carga direta sem clientela a servir, mas em razão de ter o depoente que ir à oficina corrigir defeito no carro.”

Como autônomo, o veículo do Reclamante não traz as cores nem os sinais característicos da Reclamada, nada que o identifique como seu ou de sua propriedade. Por outro lado,

“*não estava o Reclamante obrigado ao uso de uniforme, que os outros empregados usam*” (depoimento pessoal do Reclamante).

Quando se trata de empregados da Reclamada, reconhece o Reclamante em seu depoimento pessoal,

“as despesas de manutenção dos veículos e com ajudantes correm por conta da Reclamada.”

4. O depoimento da 1.^a testemunha do Reclamante em nada, absolutamente em nada, desmente ou infirma o depoimento pessoal do próprio Reclamante. *Afinal de contas, a lide se estabelece entre partes, a cujo litígio será aplicada a sentença.* Que diz a testemunha?

“que trabalhou na Reclamada de 1955 até 1973 como autônomo;

que não era obrigado a andar uniformizado;

que as despesas dos caminhões corriam por conta dos freiteiros;

que, no depósito em que trabalhou existiam cerca de 14 freiteiros, depósito de centro; que existiam cerca de 40 motoristas empregados no referido depósito;

que trabalhou com caminhão próprio;

que o ajudante, o depoente apanhava na rua ;que o ajudante não era empregado da Empresa;

que já foi movida contra o depoente reclamação trabalhista por um ajudante, que resultou em acordo.”

Aí está: trabalha a testemunha durante longos 18 anos para a Reclamada como autônomo, cômico da sua condição e da natureza jurídica do seu contrato. *Como empregador*, compareceu à Justiça do Trabalho para responder a reclamação de ajudante seu, chegando a acordo com ele. Alude o depoente a uma possível suspensão imposta pela Reclamada a freiteiros, sendo um, ao que lhe parece, de nome Raimundo, mas tudo muito inseguro e vago, sem qualquer relação com o caso concreto da Reclamação entre partes determinadas e pessoais. *O Reclamante nunca foi suspenso pela Reclamada, como deixou claro em seu depoimento pessoal.*

Outro ponto curioso no depoimento da testemunha é o que diz respeito à proporção entre freiteiros — 14 — e empregados da Reclamada no depósito do centro — 40. A percentagem de freiteiros ainda é menor do que pensa ou avalia a testemunha, mas, ainda assim, vê-se que não há nenhuma intenção de fraude nem de simulação por parte da Reclamada, *de vez que a imensa maioria — de 3 para 1 — é de empregados seus, subordinados, contratantes dos seus quadros permanentes de pessoal.*

5. O depoimento da 2.^a testemunha do Reclamante também nada inova a favor da pretensão deste. Confirma, simplesmente, o primeiro depoimento, isto é,

“que trabalhou como freiteiro, para a Reclamada, de janeiro de 1973 a agosto de 1974;

que o empregado que chegava atrasado não trabalhava nesse dia, como pena de suspensão, como diziam na Reclamada;

que todas as despesas com o caminhão corriam por conta dos freiteiros;

que um dos ajudantes do depoente pagou a legalização como autônomo, digo, pagou a autonomia dele, inscrevendo-o no ISS;

que os demais ajudantes eram biscateiros;

que não usava uniformes;

que trabalhava em caminhão próprio; que os empregados da Reclamada não tinham caminhão próprio;

que o caminhão não continha as inscrições da Reclamada”.

Como o Reclamante, foi sua testemunha também freiteiro ou autônomo, em contrato livremente celebrado e executado, nada mais do que isso.

6. Impressionou a MM. Junta o fato de estarem os freiteiros — entre eles, o Reclamante — obrigados a comparecer *entre 5,30 e 6,30* horas para apanhar a mercadoria, a fim de correr a clientela. Incrível seria se fosse ao contrário.

Empregados ou freiteiros, a operação técnica era a mesma: a de entrega de mercadorias à clientela, segundo a rota traçada pela Reclamada para estes. Assim, não seria possível que uns tivessem um tempo de carga e outros o fizessem em momento diferente. Dada a quantidade de mercadoria a ser entregue e para o bom rendimento do serviço, mister se fazia a organização e a racionalização da atividade, com disciplina e rotina gerais, indispensáveis. Como admitir-se, para argumentar que uns aparecessem às 5,30, outros às 6, outros às 6,30, outros ainda às 7, e algum retardatário, faltoso ou indisciplinado, às 12 horas? Seriam a balbúrdia e a confusão totais, sem o devido rendimento, nem ordem.

Ademais, quem fixa o horário para entrega de mercadoria não é a Reclamada, e sim o DETRAN. É preciso que todo o movimento de caminhões se inicie às primeiras horas da manhã, antes que se intensifique o volume de veículos, particulares ou coletivos, em trânsito na cidade. E somente começando cedo seria possível o pleno desempenho da tarefa de entrega durante o dia.

Os contratos são feitos para serem cumpridos, e não seria crível que a Reclamada mantivesse contratos com prestadores autônomos de serviços, com os quais contava, sem que os mesmos comparecessem diariamente às suas dependências, a fim de receberem a mercadoria a ser entregue. Frota suplementar ou complementar, ainda assim, uns pelos outros, conta a Reclamada com a presença dos seus freiteiros, nas suas tarefas diárias.

Reconhece a própria sentença da MM. Junta que

“o fato de estar o Reclamante obrigado... a comparecer diariamente à empresa, entre outras particularidades que ressaltam dos autos, eis que meros indícios, informam, porém não definem o verdadeiro cunho da relação estabelecida entre as partes, porquanto elementos que podem sobreviver dentro de qualquer dos regimes em confronto.”

Logo abaixo, numa argumentação hesitante e insegura, *data venia*, volta a escrever a MM. Junta:

“O Reclamante comparecia, *obrigatoriamente ou não*, mas diariamente, por volta das 5,00 horas, à firma Reclamada. Esse comparecimento diário, se aparentemente não importa em exigência do empregador, finda por sê-lo, uma vez que as sanções decorrentes do atraso, chegada após as 6,00 horas, ou não comparecimento, assumem caráter disciplinar, conquanto não o aparentem; também terminam por sê-lo dado a que o Autor, nessas ocasiões, era impedido de trabalhar.”

Data venia, a MM. Junta avançou o sinal e afirmou demais nesse seu raciocínio de ensaio e erro, de avanços e recuos. Em que provas se baseou para afirmar a obrigatoriedade do comparecimento do Reclamante, às 5 hs., às dependências da empresa? Unicamente na sua petição inicial, refere-se o Reclamante a este dado. *Nada diz em seu depoimento pessoal*. As suas duas testemunhas são contraditórias: *enquanto a 1.ª alude a 6 hs., secamente, a segunda amplia esse período de tolerância, das 5,30 às 6,30*. Prazo este bem razoável para que algum contratante compareça, a fim de que cumpra a sua obrigação contratual, nada mais.

Não há como confundir a não entrega de mercadoria com pena disciplinar. Se um dos contratantes deixou de cumprir a sua obrigação, não pode exigir que o outro cumpra a sua. É a aplicação da cláusula *non adimpleti contractus*, implícita em qualquer contrato bilateral, como expressamente dispõe o art. 1.092, do Código Civil brasileiro.

Vê-se a MM. Junta, mais uma vez, obrigada a reconhecer que

“O depoimento pessoal do Autor não revela tenha sido o mesmo alvo de punições disciplinares...”

E só isso importa, por dois motivos:

1.º) porque a lide se estabelece entre Autor e Réu, sendo todos os demais terceiros estranhos, aos quais não beneficia nem prejudica a sentença, e, em quase oito anos de relacionamento com a Reclamada, nunca teve o Reclamante de sofrer qualquer punição disciplinar, embora haja faltado ao serviço ou deixado de entregar carga direta;

2.º) porque, no confronto hierárquico do valor das provas, não resta a menor dúvida que o depoimento pessoal sobreleva as demais provas meramente testemunhais e orais. Nenhuma das duas testemunhas afirmou que o Reclamante sofreu pena disciplinar (e só isso importava). A segunda testemunha refere-se a esta pena somente aplicada *aos empregados*, como “diziam na Reclamada”, por ouvir dizer. A primeira testemunha, também de forma vaga e imprecisa, alude a suspensão de freteiros, entre os quais se incluiria um certo Raimundo.

Ora, convenhamos que é muito pouco, para que a MM. Junta, em sua consciência, pudesse ter concluído alguma coisa de firme e de seguro a respeito do assunto. Onde a diligência necessária? Onde perícia? Onde a prova documental? Nada disso foi feito, quando lhe permitia fazê-lo o art. 765, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Tendo sido o fato alegado (art. 818, da CLT) pelo Reclamante, a ele cabia o ônus da prova, de forma concludente, comprida, precisa. Não

bastam simples alegações — *aliás, não confirmadas no depoimento pessoal do Reclamante* — nem depoimento, fraco e impreciso, *de uma só testemunha* (porque só uma, a 1.ª, se refere a suspensão de freteiros).

7. Ao contrário do que pensa a MM. Junta, *neste seu pronunciamento isolado e solitário*, o Reclamante é simples locador de serviços de transporte, e não motorista vendedor. O contrato de frete, para transporte, não se limita à mera e direta entrega de mercadoria, sem maiores responsabilidades e complexidades jurídicas. Há algumas operações jurídicas que precedem, cercam e coroam o ato material e objetivo do transporte e da entrega da mercadoria.

Não faz degenerar o tipo de negócio jurídico o simples fato da existência de notas fiscais e de prestação de contas. Não só tudo isso consta, expressamente, do próprio contrato celebrado pelas partes, como igualmente o é da sua natureza jurídica.

Não se trata de vendedor, à cata de clientela e colocação de mercadoria. O Reclamante saía da Reclamada já com a sua rota traçada e a carga determinada para sua entrega à clientela, certa e segura, variando somente o número de unidades que seriam efetivamente entregues. Tendo os clientes já pago o depósito dos cascos, num número que lhe pareceu razoável e suficiente — depósito este que fica em poder da Reclamada — tudo variava em torno das garrafas vazias ou cheias que ainda tenham ou tivessem em seu poder. *Dai, a tirada de nota fiscal e prestação de contas, sem que altere a natureza jurídica do contrato de transporte*.

Tudo isso vem confirmado pelos próprios depoimentos do Reclamante e das suas duas testemunhas. Nunca dizem que tenham angariado ou ampliado a clientela da Reclamada. Confessam sempre que

“a rota era determinada pela Reclamada”.

8. Finalmente, ainda no exame dos pressupostos de fato, como premissa menor à qual será aplicado o direito, alude ainda a MM. Junta ao fato de cobrar a Reclamada Cr\$ 1,30 por caixa de litro, quando o pagamento feito ao Reclamante era menor. O argumento é de somenos.

Essa diferença de preços, meramente adjetiva ou acessória, não leva a qualquer alteração da natureza jurídica do vínculo estabelecido entre as partes. O motorista autônomo, responsável pelo transporte e entrega da mercadoria, realiza somente uma das parcelas da operação, que é bem mais ampla e complexa. Desde o momento em que, na Reclamada, se iniciam os trabalhos para o acondicionamento, o empilhamento e a distribuição das unidades, começa-se também o *carreto*, que engloba o simples frete executado pelo Reclamante. Uma coisa não se confunde com a outra, nem se justapõe sem deixar resto.

Há toda uma linha de montagem, vindo as garrafas cheias, por uma esteira rolante, para o seu acondicionamento nas caixas. Essas caixas são empilhadas por empilhadeiras mecânicas e postas em ordem. Ainda em seguimento a essa série de operações, são elas transferidas para o depósito, à espera dos caminhões que as irão entregar à clientela. Pois bem, não

preço global de todas essas operações, é que se inclui a importância de Cr\$ 1,30.

Por força de mandamento legal — alínea a, do inciso III, do art. 22, do Decreto n. 70.162, de 18 de fevereiro de 1972 — é que se distingue entre *carreto e frete*, para efeitos e controle do cálculo do imposto sobre produtos industrializados. Daí, a discriminação do preço do carreto nas notas fiscais. *Deve-se, ademais, ressaltar que as deduções efetuadas nas notas estão inteiramente dentro dos quantitativos permitidos por lei, e controlados pelas autoridades fazendárias. Encontram-se nos limites da legislação fiscal própria, citada.*

9. Ao encetar os seus fundamentos decisórios, reconhece a MM. Junta:

“Retornou (o Reclamante) aos serviços da Reclamada, mais de ano após, para firmar contrato de transporte, renovado por duas vezes, trabalhando em caminhão próprio e cuja manutenção inteiramente de sua alçada, bem como as despesas com seu ajudante, essa última situação vem perdurando há cerca de oito anos, sem que o Reclamante se insurgisse contra o não auferimento das vantagens inerentes ao contrato regido pelas normas da CLT. A soma de tais circunstâncias levam inevitavelmente, à conclusão de que o Autor avaliou devidamente e, de plena consciência, acatou as condições pactuadas nos instrumentos de fls. 23/25. Daí, a presunção em seu desfavor e a deixar-lhe a incumbência de provar a tese da inicial.”

Estas são palavras da própria MM. Junta. Nada mais certo. Em se tratando de pessoa normal, num meio urbano como o Rio de Janeiro, associado a órgão sindical, com serviços jurídicos, em igualdade de condições com vários outros contratantes na mesma empresa — alguns há mais de 18 anos e ele próprio há 8 — é realmente estranho, e conspira contra o Reclamante, segundo a *presumptio hominis*, ou às máximas de experiência da vida, que não tenha nunca, desde o início, protestado contra a sua condição ou contra o erro do seu contrato.

E por que não o fez? Por uma razão muito simples; porque “o autor avaliou devidamente, e, de plena consciência, acatou as condições pactuadas nos instrumentos de fls. 23/25”. Afinal de contas, encontra-se ainda em vigor entre nós o art. 85, do Código Civil, que dispõe:

“Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem.”

No caso concreto da Consulta, coincidiram totalmente a *intenção* das partes e a *linguagem* do negócio jurídico que concluíram. Sem erro, dolo, simulação, fraude, ou qualquer outro vício capaz de torná-lo nulo ou vir a anulá-lo. Assim então deve ser interpretado o vínculo celebrado, porque sempre assim se conduziram ambas as partes. O princípio da boa fé, oriundo do direito romano, na celebração e execução dos contratos, nunca pode deixar de estar presente, ainda que no direito do trabalho. Sempre de boa fé, baseada na letra e no espírito do negócio jurídico celebrado, assim sempre agiu a Reclamada, cumprindo muito fielmente as

cláusulas ali consignadas, dando plena liberdade de trabalho ao Reclamante, não sujeito — como confessou — ao seu poder hierárquico ou disciplinar.

10. Quando surgiram as leis protetoras do trabalho subordinado, já muitas outras formas de negócios jurídicos se encontravam em uso na sociedade humana — venda, empreitada, mandato, sociedade, locação de serviços profissionais (autônoma), transporte, depósito, — só para dar alguns exemplos mais encontradiços nos compêndios jurídicos. Não deixaram de existir e de poderem ser utilizados pelos interessados pelo simples fato de haver sido distinguido e configurado e contrato de trabalho. Mas a verdade é que, como sói acontecer nos momentos de conquistas e de constituição de uma nova espécie, procuraram os seus adeptos enriquecer o seu campo de ação, fazendo incidir suas normas em espécies que lhe são afins. O contrato de trabalho, escreveu Renato Conrado — com M. Comba “Il Rapporto di Lavoro nel Diritto Privato e Pubblico”, Torino, 1953, p. 97 — não possui conteúdo próprio, podendo lhe ser atribuído qualquer deles, dos outros negócios jurídicos de atividade, desde que realizados sob subordinação, continuamente e mediante salário.

Daí, dividir a doutrina a prestação de trabalho em autônoma e subordinada, sem que isso signifique a existência de uma nítida e infundível separação, absolutamente estanque e completa. Há sempre uma certa dose de direção e controle no chamado trabalho autônomo. Pense-se no mandato, na empreitada, no transporte, classificados como atividades autônomas. O mandatário recebe instruções, diretivas, contornos e limites, para a execução da sua tarefa, a fim de que a mesma seja satisfatória, a contento do mandante. O empreiteiro, por conta de quem correm os riscos da atividade, recebe instruções, preferências e, não raro, fiscalização do encomendante da obra, que a quer a seu gosto e desejo. A mesma coisa dá-se com a comissão mercantil e com o transporte em geral. O comissário e o transportador devem satisfazer a vontade do comitente ou de quem deseja fazer transportar qualquer mercadoria, coisa ou pessoa. O devedor de atividade fica, de certa forma, subordinado ao seu credor.

Constitui, assim ficção jurídica esta possível separação entre trabalho autônomo e subordinado de forma radical, dogmática ou apriorística. Funciona ela como divisor metódico, segundo a maior ou menor incidência de fatores de subordinação, neste ou naquele grau.

O conceito legal de empregado vamos encontrá-lo, em boa linguagem Jurídica, no art. 3.º, da Consolidação das Leis do Trabalho:

“Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”

Aí estão as quatro notas características da condição de empregado, isto é, sujeito de um contrato de trabalho: a) ser o prestador de serviço pessoa física; b) prestar serviços contínuos, não eventuais ou ocasionais; c) fazendo-o sob a dependência ou subordinação a quem os serviços são prestados; d) mediante salário.

No caso concreto da Consulta, não há dúvida que o Reclamante é pessoa física, que entrou em contato com a Reclamada mediante um negócio jurídico lícito e nominado. Mas, desde logo, começa este tipo de negócio jurídico, que realizam, a afastar-se da espécie legal, delineada no art. 3.º, da CLT, porque não se trata de uma locação de serviços, e sim de transporte. Há continuidade nestas operações, como acontece, comumente, entre qualquer fornecedor de mercadorias e seus transportadores habituais, para entregá-las à clientela.

Mas, o que não está presente, de modo algum, "in casu", são as duas outras notas características do contrato de trabalho, isto é, do "status" de empregado: subordinação e salário.

Na falta de melhor, fixaram-se a doutrina, a legislação e a jurisprudência na subordinação jurídica como nota característica do contrato de trabalho. Mas, não há que exagerar, nem ela funciona isoladamente, como um verdadeiro *deus ex machina*, mágico, capaz de transformar toda relação jurídica em relação de emprego. A subordinação é jurídica, decorre de um vínculo — consciente, voluntário e livre, segundo o qual transfere-se para o empregador a faculdade de mandar, de dirigir e de fiscalizar à vontade a atividade do empregado. Daí, dizer *Luisa Riva Sanseverino* — "Diritto el Lavoro", 6.ª ed., p. 34 — que a subordinação do empregado não representa

"simplesmente um estado de fato, mas um estado jurídico."

Estado jurídico este decorrente do contrato. Ora, *in casu*, considerando-se autônomas ambas as partes, assim procediam na sua vida contratual. Nunca se utilizou a empresa — *conforme depoimento expresso do Reclamante* — de supostos poderes hierárquicos e disciplinares contra ele, que já se negou a transportar carga direta e já deixou de comparecer à Reclamada. Agora, como acontece com qualquer produtor ou fabricante — de peças de automóveis, de remédios, de livros, de refrescos ou de bebidas, etc. — há sempre um legítimo interesse da sua parte no sentido de padronizar o transporte, de não perder mercadoria e manter os seus clientes com fornecimento bastante. *Não há nisso subordinação jurídica ou hierárquica*. Qualquer transportador se vê obrigado a seguir as instruções e às vezes o itinerário traçados por quem dá a mercadoria a transportar, e nem por isso se deve logo considerar seu empregado. Afinal, está em jogo, como no caso concreto da Consulta, o bom nome da mercadoria, a ser mantido e ressaltado entre os concorrentes.

Com razão, pôde escrever *Carvalho de Mendonça* — "Tratado de Direito Comercial Brasileiro", vol. VI, II, Rio de Janeiro, 2.ª ed., 1934, p. 463:

"O contrato de transporte apresenta fisionomia característica e autônoma, sendo disciplinado por normas especiais, ainda que ofereça pontos de afinidade e de aproximação com outros contratos.

Confundi-lo com a locação de serviços não se justificaria atualmente. É possível que este fosse o seu ponto de partida, mas a ciência jurídica, em face do desenvolvimento do transporte nos tempos

modernos, construiu um instituto com organismo e estrutura própria, com elementos e regras peculiares, com escopo determinado, e com efeitos que somente ele produz. As empresas de transporte têm a seu cargo obra complexa pelos meios, pelas operações, pelas garantias e empenhos. *O transporte não é locação de serviços*, contrato consensual, visto como nessa o locador se obriga a prestar o seu trabalho, ao passo que no contrato de transporte, contrato real, o empresário assume a obrigação de efetuar o transporte pela energia do trabalho próprio ou alheio. Sobreleva notar que, na locação de serviços, uma só relação jurídica abrange as duas pessoas que nela figuram, ao passo que, no contrato de transporte, conquanto três pessoas se unam na mesma relação, dele emanam outras tantas ordens de relações, a saber, entre o remetente e o empresário de transporte, entre este empresário e o destinatário, e entre o remetente e o destinatário."

Mostra *Carvalho de Mendonça* — p. 481 — que o "condutor é obrigado a transportar, pelo itinerário convencionado e nos prazos ajustados, as mercadorias que para este fim lhe forem confiadas, a velar na sua conservação durante o transporte e a entregá-las ao destinatário no lugar do destino, depois de sua chegada."

Não se pode enxergar subordinação jurídica nos dados existentes no relacionamento entre as partes, objeto desta Consulta. Em todos os negócios jurídicos, em que haja credor e devedor, fica este sempre *subordinado* de certa forma àquele. Já em 1943, no nosso livro de estréia — "Trabalho a domicílio e contrato de trabalho", Rio, 1943, p. 112 — escrevíamos, delimitando bem o conceito de subordinação no contrato de trabalho:

"Aliás, um jurista de renome de Puntschart acha que se deve substituir no direito moderno a concepção de relação jurídica pela concepção de dependência jurídica (*Rechtsverband*), traduzindo por este termo a expressão romana de *iuris vinculum*. Esta teoria, se não foi admitida, por não ser prática, encerra, contudo, uma grande parte da verdade, por isso que põe de manifesto a maior importância que representa o lado passivo, a obrigação, na relação jurídica. A verdade é que, como esclarece Korkounov, toda relação jurídica supõe três elementos: um vínculo, uma dependência e um poder de influência da parte deste vínculo. *Onde não há dependência, não pode existir uma relação jurídica*."

Em certos negócios jurídicos, mais do que em outros, manifesta-se presente esta subordinação, em maior ou menor grau, desta ou daquela natureza, sem que todas elas se transformem logo em contrato de trabalho. Não há como confundir meras diretivas, orientações genéricas, normas de rotina de serviço, com subordinação jurídica estrita. Pense-se nos contratos de comissão, de agência ou corretagem, de mandato, de transporte, nos quais o executante da tarefa deve obedecer às ordens ou às instruções do outro contratante, sem que por isso se classifiquem todos

como contrato de emprego. Cf., *Darcy Bessone*, "Aspectos da Evolução da Teoria dos Contratos", São Paulo, 1949, p. 45.

Em qualquer deles, pode e deve um dos contratantes especificar e orientar como quer a realização do negócio a seu favor, pois será ele o beneficiado pela sua execução. Em obra recente, cita *Nunzio Rizzo* — "Struttura e Durata del Rapporto di Lavoro", Roma, 1969, pp. 124 e 128 — estes dois casos, perfeitos, do Tribunal de Apelação de Florença e de Brécia:

"A autonomia na execução da prestação de trabalho, que significa negar a existência de uma relação de trabalho subordinado, não deve ser compreendida no sentido de uma *carência absoluta de poder por parte do comitente*, que o leve a ficar excluído de qualquer ingerência na atividade do prestador de obra, sendo óbvio que o comitente possui sempre, no entanto, uma faculdade de orientação e de averiguação em relação à obra ou serviço prestado, a fim de poder conduzi-lo ao resultado desejado...

Na avaliação da natureza da relação, se de trabalho autônomo ou subordinado, é necessário ter também presente qual é a efetiva intenção das partes contratantes" (Grifo nosso).

11. Ainda no campo da doutrina estrangeira e da jurisprudência comparada, vamos encontrar outros ensinamentos e outras decisões no mesmo sentido do que vamos aqui escrevendo. Elucida, por exemplo, *G. H. Camerlynck*, "Contrat de Travail", Paris, 1968, p. 51:

"Cabe ao assalariado-autor estabelecer a existência de um contrato de trabalho, vinculando-o ao empregador pela subordinação jurídica... O juiz, em caso de dúvida, concederá no entanto um valor probatório ao acordo escrito das partes, cabendo ao autor que o alega o ônus da prova" (Grifo nosso).

E às páginas 63/64, dando exemplos jurisprudenciais a favor desta tese, sendo que alguns ferem hipóteses em tudo idênticas à da Consulta:

"Assim não é vinculado a seu cliente por um contrato de trabalho o perito contador que se socorre dos serviços de contador assalariado por ele próprio, ou o artesão que tenha um companheiro; dá-se a mesma coisa com um diretor de um silo que tenha um caminhão a seu serviço ou do diretor de uma caixa de alocação familiar que admita seu pessoal perante o organismo utilizador. O problema apresentou-se, principalmente, em matéria de representação comercial. A Corte de Cassação recusou a qualidade de assalariado da firma ao agente geral que tinha sob sua direção sub-agentes assalariados, remunerados por ele e trabalhando por sua conta. Com efeito, nesses casos, explorando o interesse do trabalho de outrem a seu favor pessoal, revela-se ele um profissional independente" (Grifo nosso).

E no parágrafo seguinte, esses novos exemplos da maior perfeição para a opinião que vimos sustentando:

"Assim, diversas decisões recusaram a qualidade de assalariado ao representante proprietário de entreposto e de material de transporte entregando aos retalhistas os produtos da Sociedade, ao colutor de leite proprietário dos caminhões mantidos à sua custa, ao artista de variedades que forneça o material de cenários e acessórios; ao artesão que concede o adiantamento de diversas encomendas" (Grifo nosso).

Cita *Nunzio Rizzo* este acórdão do Tribunal de Apelação de Trieste, de 22 de junho de 1962, confirmatório da boa e segura doutrina — "ob. cit.", p. 142:

"Deve ter-se como uma relação de trabalho autônomo o pressuposto fático de um prestador de obra, encarregado numa empresa comercial para o serviço de entrega de mercadorias à clientela, com meios próprios e sem vínculo de subordinação" (Grifo nosso).

12. Na recente Lei n. 4.886, de 9 de dezembro de 1965, que veio regular entre nós a situação dos representantes comerciais autônomos, apesar de distingui-los nitidamente dos vendedores praticistas e representantes empregados, nem assim deixa de consignar no art. 28:

"O representante comercial fica obrigado a fornecer ao representado, segundo as disposições do contrato ou, sendo este omissivo, quando o andamento dos negócios a seu cargo, devendo dedicar-se à representação, de modo a expandir os negócios do representado e promover seus produtos". (Grifo nosso).

Em comentário, escreve o Prof. *Rubens Requião* — "Do Representante Comercial", Rio, 1968, p. 168:

"Uma das obrigações de relevo do representante comercial é a de fornecer ao representado informações minuciosas sobre o andamento dos negócios a seu cargo conste ela ou não do contrato, constituindo por isso obrigações elementar, natural e implícita na representação comercial... O contrato pode, previamente, disciplinar o modo e época em que as informações devem ser prestadas". (Grifo nosso).

Estabelece ainda o art. 29, do mesmo diploma:

"Salvo autorização expressa, não poderá o representante conceder abatimentos, descontos ou dilações, nem agir em desacordo com as instruções do representado."

Nem por isso — pela prestação de contas minuciosas em épocas marcadas pelo representado e pela obediência aos termos das instruções recebidas pelo representante — se transforma o contrato de representação autônoma em contrato de trabalho subordinado... E lá estão as notas de uma certa e pronunciada direção e de uma constante fiscalização...

Por isso mesmo, com a proficiência de sempre, escreve *Pontes de Miranda* — "Tratado de Direito Privado", vol. XLVII, Rio, 1964, p. 11:

"O trabalho sob instruções pode dar ensejo a contrato de obra e também há contrato de locação de serviços ou contrato de trabalho sem qualquer instrução."

13. Outro ponto importante a frisar, além de ser da propriedade do Reclamante o caminhão para o transporte, é o que diz respeito *ao risco por ele assumido*; à admissão de ajudantes ou auxiliares para o desempenho da sua obrigação, também por sua conta e riscos; e à remuneração que auferir, aleatória, variável, dependendo o número de viagens realizadas e da mercadoria efetivamente entregue.

Não é à-toa que o art. 2.º, da CLT, define o empregador como aquele que

“assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.”

Tudo isso se dá, justamente, em relação ao Reclamante; proprietário confesso de três caminhões, todos na praça, que assume os riscos da sua atividade econômica, admitindo, assalariando e dirigindo a prestação pessoal dos seus ajudantes ou auxiliares, seus empregados, enfim. *Chega, assim, a desaparecer a nota de pessoalidade na sua prestação de transporte*, segundo contrato escrito e expresso com a Reclamada.

Eis aí, pois, outra nota característica da inexistência de contrato de trabalho. No trabalho autônomo (assim denominado), de qualquer natureza, o risco cabe ao executante da obra ou do serviço; ao passo que, no contrato de trabalho, desloca-se este risco para o empregador.

A doutrina e a jurisprudência são pacíficas a respeito, como mostraremos a seguir, sucintamente, com material doméstico, tão cediça é a matéria — *P. de Miranda*, cit., p. 10:

“Há elemento da álea, na locatio conductio operari, que não aparece na locatio conductio operarum... O contraente A suportou o risco, ao passo que, na locatio conductio operis quem corre o risco é o empreiteiro. A distinção foi e continua de grande importância, razão por que não se pode deixar de atender ao conteúdo mesmo dos dois conceitos” (Grifo nosso).

E decidiu o Tribunal Regional do Trabalho, da 3.ª Região, no Proc. n. 2.696/71, do qual foi Relator o Juiz Osiris Rocha, em voto proferido em 18 de janeiro de 1972 — *B. C. Bonfim*, “Dicionário de Decisões Trabalhistas”, Rio, 1973, p. 436:

“Não basta que haja prestações de serviços para que haja contrato de trabalho. Se a pessoa age livremente, recorrendo até o risco do negócio, sem subordinação ou qualquer obediência, é trabalhador autônomo, ainda que o serviço seja substancial à existência da empresa, incumbindo-lhe a prova em contrário.”

Da mesma maneira se conduzem a doutrina e a jurisprudência estrangeiras, como fazem certo os numerosos exemplos referidos por *Nunzio Rizzo*, cit., pp. 123/124, 138, 153 e 157/158 e 120. Alguns dentre eles, dois ou três:

“O trabalho é autônomo quando é realizado na esfera independente daquele que o assumiu, que dele tem a responsabilidade e gestão com relativo risco; ao contrário, subordinado quando se realiza dentro da esfera de atividade do destinatário, porque este o

utiliza para seus escopos e sob sua direção e responsabilidade, assim com seu risco...

O critério distintivo entre o contrato de locação de obra e o de trabalho subordinado consiste no fato de que no segundo o trabalhador é estranho ao risco econômico da empresa, enquanto no primeiro a prestação, mediante salário, de um determinado resultado *é feita com riscos econômico a cargo da parte obrigada ao resultado”*. (Grifo nosso).

14. Por isso mesmo, em se tratando de matéria de prestação de atividade, em existindo todo um novo ramo jurídico, o Direito do Trabalho, torna-se curial o máximo cuidado na apreciação e julgamento da espécie pela Justiça especializada. Em jurisprudência trabalhista não há, por assim dizer, decisão individual. Qualquer decisão, neste ou naquele sentido, logo se torna o desencadear de uma reação em cadeia, ponto inicial de uma série que virá a alterar inteiramente o relacionamento entre partes contratantes, modificando profundamente a vida econômica, não só dos interessados diretos, como da própria coletividade. Reconhecida a relação de emprego, desencadeia-se a aplicação das normas protetoras do trabalho subordinado, com irreparável acréscimo de ônus financeiro pelas empresas.

Felizmente, ainda no regime em que vivemos, é dado a estas escolherem os negócios jurídicos de que venham a se servir para o bom desempenho da sua atividade econômica. Nem todo o serviço prestado a uma empresa, ainda que permanente, se transforma logo em contrato de trabalho. Já *Werner Sombart* — “*Der moderne Kapitalismus*”, dritte Auflage, erste Band, München und Leipzig, 1919, p. 321 — havia declarado que a empresa constitui uma unidade abstrata (*das Geschäft*), cujo escopo é a obtenção do lucro, e isso ela o consegue mediante “a estipulação de contratos os mais diversos de prestações e contraprestações avaliáveis em dinheiro”. Uma empresa, dentro de sua essencialidade, das suas necessidades econômicas permanentes, da sua organização, faz-se servir de um sem-número de colaboradores, de natureza jurídica vária — profissionais liberais, autônomos, técnicos, empregados, e, inclusive, de serviços de outras empresas, pessoas jurídicas ou não. Servem-se de engenheiros (quando for o caso), de advogados, de médicos, de propagandistas, de publicitários, de transportadores, todos igualmente necessários à sua vida normal.

Vale a meditação destas poucas irrefutáveis linhas de *Pontes de Miranda*, cit., p. 13:

“A atividade dependente nem sempre se torna engastada na organização industrial, ou comercial, ou profissional, de jeito a ser sempre objeto de contrato de trabalho. A dependência não basta para que se tenha de cogitar de contrato de trabalho, razão por que a dependência, nesse, pode ser mínima e há contratos que não são contratos de trabalho (W. Kaskel — H. Dersch, “Arbeitsrecht”, 4.ª ed., p. 140)”.

Daí, a cautela e as exigências dos tribunais trabalhistas quando se trata de admitir a existência de uma relação de emprego, por tudo que possa vir a significar para a vida empresarial:

"A prova da relação de emprego deve ser firme. Indicações tênues de testemunhos inseguras não podem gerar convicções" (TRT, 3.^a R., 1.^a T., Proc. 1.495/70, Rel. Juiz Osiris Rocha, *Bonfim*, "Dic"., 1973, p. 377);

"Negada a relação empregatícia, ao reclamante incumbe o ônus da prova. Já que ela não se presume, não podendo resultar de meros indícios, se existentes, ao reclamante incumbe a produção da prova convincente, pois, do contrário, à vista das disposições e definições legais, não se pode falar em existência de vinculação empregatícia" (TRT, 3.^a R., 2.^a T., Proc. 1.804/71, Rel. Juiz José Aparecido, *id.*, p. 378);

"Negada a relação de emprego, incumbe a quem alega prová-la, não o fazendo se os elementos dos autos são conflitantes e conspiram contra a existência dessa vinculação jurídico-trabalhista" (TRT, 3.^a R., 1.^a T., Proc. 250/70, Rel. Juiz Vieira de Melo, *Bonfim*, "Dic"., 1971, p. 295);

"Os requisitos essenciais à caracterização do contrato de trabalho não são presumíveis e dependem de incontestável prova, quando negada a relação de emprego" (TRT, 1.^a R., 1.^a T., Proc. 3.727/72, Rel. Juiz Marino Ramos, *in* "Em Trab.", out. 1973, 6).

No caso concreto da Consulta, nada ficou provado a favor do Reclamante, como lhe competia; antes, a favor da Reclamada, pelos seguintes e incontestados elementos:

- a) existência de contrato de transporte escrito, solene, formal, válido, por ambos assinado e com firmas reconhecidas;
- b) todos os riscos e despesas do transporte correm por conta do Reclamante;
- c) em veículo próprio deste, que possui mais dois outros na praça;
- d) como autônomo, é ele registrado nos órgãos próprios federais e estaduais, contribuindo nessa qualidade;
- e) dono de seu caminhão e de sua atividade autônoma, já que os riscos correm por sua conta, contrata o Reclamante livremente auxiliares e ajudantes, que são seus empregados;
- f) não tem obrigação de angariar clientela para a Reclamada, que já a possui bastante, sem necessidade de apresentação do produto;
- g) consiste a tarefa do Reclamante em comparar de manhã, com a tolerância de 1 hora, ao depósito da Reclamada, a fim de apanhar a mercadoria a ser entregue;
- h) os clientes e as quantidades, com variações insignificantes, já são previamente determinados, cabendo ao Reclamante proceder as respectivas entregas;
- i) para isso pode emitir notas fiscais, com os valores exatos do que foi entregue;

j) como é natural, o Reclamante presta conta à Reclamada do montante de negócios realizados;

l) a sua remuneração, aleatória e variável, é calculada percentualmente sobre o volume total da mercadoria transportada e entregue;

m) não se encontra o Reclamante obrigado ao transporte exclusivo das mercadorias da Reclamada, podendo prestar os mesmos serviços a outras empresas ou pessoas;

n) por isso mesmo, não é ele obrigado a comparecer diariamente ao depósito da Reclamada no horário de carregamento;

o) tal fato impede-lhe unicamente, como é óbvio, de receber carga e, concomitantemente, de receber paga do frete, já que não transportou nada;

p) ambas as partes podem, temporariamente, deixar de executar as obrigações do contrato, sem que, por isso, seja ele resiliado; fica somente suspenso, reatando-se as relações, logo depois, como se nada tivesse acontecido;

q) finalmente, milita forte presunção a favor da Reclamada de que assim fossem e realmente sejam as coisas, pois o Reclamante cumpriu normalmente o contrato de transporte, como autônomo, durante cerca de 8 anos.

Nunca reclamou nem levantou dúvidas o Autor quanto à validade e licitude do contrato. Antigo empregado, conhecendo profundamente a rotina da Reclamada, voltou a contratar com ela como transportador autônomo, à maneira de muitos outros colegas seus. *Ao contrário do que se diz na inicial, a maioria — na proporção de 3 por 1, no mínimo — dos motoristas são empregados da Reclamada, com direito a toda a legislação do trabalho.* Não é seu intuito fraudar nem infringir essa legislação. Há mais de 20 anos contrata com freteiros, *como maneira de fortalecer e aumentar a frota de caminhões de entrega da mercadoria, principalmente nos meses de verão.* Assim surgiu a contratação freteira, que acabou por se prolongar pelos outros meses do ano, devido à suavidade e à brevidade do possível inverno carioca. Não foi por mera coincidência que o seu primeiro contrato, como autônomo, tivesse sido assinado a 2 de janeiro de 1967...

15. Em mais de 20 anos dessa prática contratual, somente dois autônomos reclamaram na Justiça do Trabalho: o primeiro em 1971 e o segundo agora, que é o próprio Reclamante nesta Consulta.

Pois bem, a 19 de janeiro de 1971, decidiu a 2.^a Junta de Conciliação o Julgamento, deste estado, por unanimidade, sob a presidência da Juíza Márcia Helena Peixoto Ribeiro, que o Autor era carecedor de ação, por inexistir vínculo empregatício entre ele e a Reclamada. *Tal decisão passou em julgado, sem recurso por parte do Reclamante.*

Vale a transcrição dos fundamentos decisórios da sentença e do próprio *decisum*:

“Tudo visto e examinado:

Em seu depoimento pessoal (fls. 33), o Reclamante admitiu praticamente a totalidade da defesa da empresa. Desta forma, verifica-se que o Autor é o proprietário do caminhão com que trabalha, inscrito como autônomo no INPS, ISS e no Sindicato dos Condutores Autônomos Rodoviários. Não se vê qualquer subordinação no trabalho exercido pelo Autor, pois os riscos e despesas ficavam por sua conta (gasolina, óleo, reparos e pagamento de multas do DETRAN) e era o reclamante quem pagava e dava ordens ao seu ajudante de caminhão. O contrato de fls. 11 dá por conta do reclamante os riscos por quebras.

O Autor reconhece que, pelos longos anos em que contratou com a reclamada, jamais lhe solicitou a anotação de sua Carteira Profissional — nem o pede na inicial deste processo.

Também reconhece o Autor que era a reclamada quem fornecia a relação dos clientes a serem visitados. Não era, o Autor, vendedor no sentido que se admite normalmente, que é quem arruma clientes para uma empresa e procura manter a freguesia.

Como bem esclarece o douto patrono da reclamada, sua freguesia já era fixa, apenas não havendo quantidade estipulada para fornecimento do produto, cuja solicitação variava conforme o consumo, daí se justificando a atribuição ao reclamante da emissão das notas fiscais.

As testemunhas do Autor nada trouxeram de novo ao desenlace da controvérsia, apenas reafirmando os termos da defesa da reclamada, de não necessitar de vendedores em seu quadro, por dispor de clientela fixa, havendo vezes em que o produto escasseava e nem dava para atender a todos (fls. 34).

As relações entre as partes não extravasam dos contratos de transporte reconhecidos pelo Autor e anexados a fls. 10 e 11, sendo matéria de alçada da Justiça Comum, inclusive porque os pagamentos efetuados ao reclamante eram a título de frete (doc. de fls. 32).

Pelo exposto e pelo mais dos autos:

Julga a Segunda Junta de Conciliação e Julgamento do Estado da Guanabara, por unanimidade, carecedor o reclamante do legítimo exercício do direito de ação.”

Perfeita a sentença, na exposição, na argumentação e na decisão, sem deixar resto, adequando-se perfeitamente aos pressupostos de fato e de direito do que lhe foi dado a decidir.

Assim a única experiência até agora foi favorável à Reclamada, esgotando-se na primeira instância, por haver passado em julgado. Por isso mesmo, muito lhe deve ter surpreendido esta nova reclamação, não só por haver sido ajuizada a ação, como, principalmente, por haver o Reclamante obtido ganho de causa contra a realidade fática e o direito aplicável à espécie, *data venia*. Há mais de treze anos vêm os freteiros de conhecida

empresa de bedidas desta cidade perdendo sucessivamente em todas as instâncias da Justiça do Trabalho, numa jurisprudência caudalosa, tranqüila e pacífica.

Ainda agora mesmo, a 29 de outubro último, vem a 2.^a Turma do E. Tribunal Regional do Trabalho, da 1.^a Região, de negar provimento ao recurso ordinário de J. B. da S. e outros contra a sentença da 4.^a Junta de Conciliação e julgamento, deste Estado, que, por unanimidade, julgara improcedente sua reclamação contra a Cia. Antártica Paulista. Roi Relator do acórdão o Juiz Orlando Pereira da Silva, sendo Revisor o Juiz Beresford Moreira. *Frise-se que o acórdão foi também constituído de decisão dos cinco Juizes da Turma.*

Eis alguns trechos da sentença de 1.^a instância, mantida pelo r. acórdão:

“Por outro lado, os reclamantes contratavam e remuneravam ajudantes de caminhão, colocando-se na posição de empregadores.

Também eram responsáveis por todas as despesas concernentes aos veículos, tais como emplacamento, licença, mecânica, seguro, gasolina, etc. Estes fatos foram confessados em depoimento pessoal, como se lê a fls. 457.

Outrossim, inscreve-se como autônomos perante a Previdência Social e alguns eram contribuintes do Sindicato dos Codutores Autônomos de Veículos Rodoviários do Rio de Janeiro.

Cumpram acentuar que, embora se digam empregados, vários trabalham atualmente para as empresas transportadoras de produtos da ré, em situação idêntica à anterior, isto é, como autônomos. Prova deste fato são os atuais contratos que estão a fls. 416.

Prosseguindo-se no exame dos elementos trazidos a Juízo, resta verificar se os serviços eram realizados com autonomia ou se havia a subordinação jurídica inerente ao contrato de trabalho, pedra de toque que o distingue dos contratos afins, como ensinam os melhores doutrinadores.

A prova oral é conclusiva para esta avaliação. Como disseram as testemunhas, o serviço de transporte e entrega dos produtos da ré era feito pelos autores e por empregados devidamente registrados. Estes forneciam a particulares; aqueles ao comércio em geral. E o depoimento da terceira testemunha dos autores e da empresa é categórico ao afirmar a diferença entre as condições de trabalho dos reclamantes e dos empregados, estes sujeitos a rigoroso horário, descontos salariais por faltas ao serviço e severa fiscalização. Já os autores trabalhavam com maior autonomia, adstritos, apenas, à zona de vendas estabelecida pela reclamada.

Desta forma, não há como prevalecer o argumento da inicial de que os contratos celebrados entre os litigantes encobrissem verdadeiros contratos de trabalho. Prejudicada, em conseqüência, a apreciação do resto do pedido e da prescrição. Isto posto, a 4.^a Junta de Conciliação e Julgamento, por unanimidade, julga improcedente o pedido.”

O Parecer do Ministério Público, datado de 3 de setembro, opinava também pela negativa de provimento,

“pela integral confirmação da r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.”

Nas instâncias superiores, quer em Tribunais Regionais, quer em Turma do c. Tribunal Superior, numerosas já são as manifestações desses órgãos, sempre contrárias às pretensões do Reclamante:

“O motorista proprietário de um caminhão que contrata com uma empresa transporte a frete, com o seu veículo, dela não é empregado e não tem direito a ação trabalhista.

Manteve o Reclamante com a Reclamada os contratos de fls. 11 e 14, típicos de transporte a frete, assinados entre dois empregadores. Obrigações dessa natureza, objetivando a prestação de serviços, freqüentemente apresentam características de dependência que se assemelham à subordinação hierárquica do contrato de trabalho, mas com ela não se confundem, da mesma forma que contêm a dependência econômica de modalidade diversa, visto como tem numa o aspecto salarial e noutra o de risco de negócio. Assim, inexistente o contrato de trabalho, não há direito do Reclamante a aviso-prévio, indenização e férias, nem a ação que permitiria cobrá-los” (TRT, 1.^a R., Proc. 1.753/61, Rel. Juiz Gustavo Simões Barbosa, em que eram partes Paulo Rodrigues de Carvalho e Cia Antártica Paulista, acórdão proferido em 24/7/1961, RO n. 166/61);

“Proprietário de caminhão que distribui produtos da empresa. Não pode ser considerado empregado o proprietário de caminhão que, em seu veículo, ajudado por empregados que contrata e remunera, distribui produtos da empresa, evidenciando apenas a existência de um contrato de transporte, de natureza civil” (TRT, 6.^a R., Proc. 637/70, Rel. Juiz Cabral de Melo, “LJT”, Editora Mapa Fiscal, vol. III, p. 478);

“Proc. TST-RR-1.059/71 — Ac. 2.^a T., 1.043/71) — Recurso não conhecido por falta de fundamento legal. Vistos, relatados e discutidos estes autos do recurso de revista n. TST-RR-1.059/71, em que são Recorrentes Mário Veronesi e outro e Recorrida Companhia Antártica Paulista — Indústria Brasileira de Bebidas e Conexos.

Trata-se de reclamação movida por transportadores de bebidas da reclamada, tidos por esta como autônomos e que argüem condição de assalariados. Julgamento desfavorável aos reclamantes em ambas as instâncias, vindo a revista por divergência e violação de lei, contra-arrazoada e com parecer da douta Procuradoria Geral pelo não conhecimento e não provimento. É o relatório.

Voto. — O acórdão regional, invocando prova dos autos, confirmou o entendimento primário de que inexistente relação de emprego no trabalho prestado pelos reclamantes. Os julgados a confronto são inidôneos e dizem respeito a hipóteses em que a relação de emprego

estava provada, o que não aconteceu no caso, segundo a decisão recorrida. Assim, nego conhecimento à revista.

Isto posto, acordam os Juizes da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho em não conhecer do recurso, unanimemente, Brasília, 21 de setembro de 1971. Raymundo de Souza Moura, Presidente; Luiz Roberto de Resende Puech, Relator; Ciente: Fernando Dourado de Gusmão, Procurador;”

“Proc. TRT, 2.^a R., n. 4.786/72, São Paulo — Em substância, discute-se a validade, em face das Leis de proteção ao trabalho, dos contratos-tipo de transporte a frete, que se encontram a fls. dos autos. Como se vê do exemplar de fls. 43/44, os reclamantes obrigaram-se a transportar e a entregar, diariamente, os produtos de fabricação da reclamada — ora recorrida — aos fregueses da mesma, desde o local do carregamento, que poderia ser no próprio estabelecimento, em depósito, ou ainda em outro qualquer local previamente indicado, mediante um pagamento constante de tabela. Ainda na ocasião da entrega dos produtos aos fregueses, os reclamantes se obrigavam a arrecadar, diariamente, procedendo no ato a rigorosa seleção, os vasilhames (garrafas, engradados, barris, bombas, etc.) em poder dos fregueses e a transportá-los de volta à reclamada, responsabilizando-se pelo valor dos produtos e do vasilhame porventura extraviado ou inutilizado. No preço do transporte (frete), conforme tabela, estava incluída a obrigação de receber dos fregueses, por conta da recorrida, as importâncias correspondentes às mercadorias entregues, mediante autorização expressa. Essas quantias deviam ser recolhidas diariamente à Caixa da Reclamada. Os reclamantes tinham ainda a obrigação de manter os veículos de sua propriedade em perfeitas condições de trabalho; responsabilizavam-se pelos encargos sociais-trabalhistas referentes à tripulação dos caminhões de propriedade dos reclamantes. Eis, em essência, o *substratum* de tais contratos.

Eram atribuições dos recorrentes, portanto: a) transportar e entregar, todos os dias, as bebidas da Companhia recorrida; b) recolher de volta os vasilhames vazios; c) receber, à vista, mediante entrega de nota fiscal, os valores correspondentes.

Os autos noticiam, sem discrepância, que os autores — ora recorrentes — usavam seus próprios caminhões, valendo-se inclusive de ajudantes, pagos por sua conta e risco. A manutenção dos veículos era também por sua conta. Todas as formalidades relativas ao trabalho autônomo (INPS, sindicato, repartições públicas) foram cumpridas voluntariamente pelos recorrentes.

Tendo havido um desentendimento entre recorrentes e recorrida, cujo mérito agora não vem a pelo, inculcaram-se eles a condição de empregados subordinados. Mas não há, nos autos, *data venia* da Procuradoria Regional, prova alguma de que a recorrida tenha pretendido fraudar dispositivos de proteção ao economicamente débil. O reclamante, que depôs por si e pelos demais, confirma as alega-

ções da defesa da ré. Admite: que o veículo era de sua propriedade; que dispunha de um ajudante, cujos salários pagava; que o preço, pelo total das tarefas executadas, era fixado unitariamente por dúzias; que sempre foi segurado autônomo do INPS; que não estava sujeito a horário de trabalho; que respondia pela manutenção do caminhão e quando este era consertado, nada recebia por não trabalhar. A fls. 290 há prova de que um dos reclamantes (João Caselato) requereu aposentadoria como trabalhador autônomo. Alguns dos autores foram reclamados nesta Justiça por seus ajudantes e direta ou indiretamente se consideraram "empregados". A prova testemunhal de fls. 299 e seguintes simplesmente veio reborrar as declarações já anteriormente prestadas pelas partes.

Não se admite que, sendo o contrato de trabalho "intuiti personae", o indigitado empregado se valha de auxiliares por sua conta e risco. Não se admite que o indigitado empregado deixe de receber "salários" quando não trabalhe. Não se admite que o indigitado empregado seja responsável pela manutenção do instrumento de trabalho (no caso, o caminhão). Não se admite que o indigitado empregado possa figurar como empregador em reclamações trabalhistas. Os autores referem-se amiudadamente a fraude. Mas, repete-se: não há prova alguma nos autos de que a reclamada tenha pretendido fraudar a aplicação das leis trabalhistas. Nem os reclamantes, durante muitos anos, apresentaram qualquer reivindicação como se empregados fossem: sempre se consideraram como autênticos trabalhadores autônomos. Dir-se-a que a distribuição dos produtos "bebidas" e o recebimento da importância correspondentes constitui uma das finalidades da empresa. Certo. Contudo, não obsta que uma empresa delegue a outra ou outras parte de suas atividades. O fato não é incomum hoje em dia. E os reclamantes, ora recorrentes, dispendo de veículo próprio e de ajudantes, não trabalhando subordinados a horário ou fiscalização (o roteiro era estabelecido de comum acordo tendo em vista o cálculo das distâncias e as dificuldades de trânsito) não podem ser tidos como trabalhadores dependentes eu subordinados. Desta sorte, não vislumbrando no presente caso nenhum atentado às leis sociais de proteção ao trabalhador, mantendo a v. sentença por seus jurídicos fundamentos negando provimento ao recurso. São Paulo, 26 de março de 1973 — Ass. Nelson Ferreira de Souza, Presidente Substituto; Antônio Lamarca, Relator e Vinicius Ferraz Torres, Procurador, ciente";

"Serviço de transporte com percepção de frete. Não é empregado quem celebra um contrato de transporte executando o serviço com inteira autonomia de ação e percebendo comissão por frete" (TRT, 5.^a R., Proc.-RO-459/69, Rel. Juiz Elson Gottschalk, "LJT", Editora Mapa Fiscal, vol. III, p. 439);

"Não há relação de emprego quando o pretenso empregado assalaria terceiros para a execução de serviço que lhe é confiado"

(TRT, 1.^a R., 1.^a T., Proc. 2.391/69, Rel. Juiz Simões Barbosa, prof. em 6/10/69; *Bonfim*, "Dic.", cit., 1971, p. 288);

"Não há relação empregatícia quando o prestador mantém empregado seu como ajudante e ainda paga de seu bolso o material necessário à execução do serviço autônomo que realiza" (TRT, 1.^a R., 1.^a T., Proc. n. 2.919/71, Rel. Juiz Ferreira da Costa, prof. em 24/1/72; *Bonfim*, "Dic.", cit., 1973, p. 370)".

Nenhum desses processos logrou passar ao Pleno do Tribunal Superior do Trabalho; chegaram somente às Turmas, sem que conseguissem, todos eles, obter êxito em suas pretensões: *sempre foi negada a relação de emprego, reconhecidos os reclamantes como autônomos*. Eis dois despachos significativos:

"Embargantes — David Lopes de Souza e outros; Embargada — Companhia Antártica Paulista — Indústria Brasileira de Bebidas e Conexos — Despacho — Vê-se que, do v. aresto regional, instância ordinária que confirmou a sentença de origem, *ressalva sempre a condição de trabalhadores autônomos dos Reclamantes, inexistindo elementos que configurassem qualquer vínculo empregatício na forma do art. 3.^o, da CLT*.

Um só tópico do v. aresto regional, a fls. 444, define à exuberância toda a matéria quando diz: "O fato não é incomum nos dias de hoje. E os reclamantes, ora recorrentes, dispendo de veículo próprio e de ajudantes, não trabalhando subordinados a horário e fiscalização (o roteiro era estabelecido de comum acordo, tendo em vista o cálculo das distâncias e as dificuldades de trânsito), não podem ser tidos como trabalhadores subordinados ou dependentes."

Em outro período do aresto recorrido vem a assertiva de relevante significação — "responsabilizavam-se pelos encargos trabalhistas-sociais referentes à tripulação dos caminhões de propriedade dos reclamantes" — fls. 442. Em suma, típica e inquestionável matéria de fato e de prova" (Brasília, 10/5/74, Geraldo Starling Soares, Presidente da 3.^a Turma; *Diário Oficial*, de 24/5/74; RR-1778/73);

"Embargantes — João Rodrigues Trinta e outros; Embargada — Companhia Antártica Paulista — Indústria Brasileira de Bebidas e Conexos — Despacho — Do acórdão regional vem a incisiva afirmação: "*De fato, todas as provas carregadas para os autos indicam que os reclamantes trabalham com caminhões próprios e recebem por fretes, tendo toda a responsabilidade de consumação e abastecimento de veículos. Paga impostos de serviço e recolhem contribuições para o INPS como autônomos, sendo assim responsáveis pelos contratos de trabalho de seus ajudantes de caminhão*", fls. 460.

Vê-se que a questão é especificamente de fato e de prova. São assim indeferidos os embargos" Brasília, 2 de junho de 1974, Geraldo Starling Soares, Presidente da 3.^a Turma; RR 2.764/73; "*Diário Oficial*", de 12/6/74, p. 4.090".

Numerosas são as decisões de primeira instância, de Juntas de Conciliação e Julgamento de todo o Brasil, notadamente desta cidade e da

cidade de São Paulo, sempre com negativa de relação de emprego, a favor da Reclamada. Só um exemplo, entre muitos:

"Como esclarece em seu depoimento pessoal, o Reclamante é proprietário de um caminhão, que explora, fazendo transportes a frete, com ajudantes por ele próprio remunerados. Os contratos por ele firmados com a Reclamada são indubitavelmente contratos de transportes a frete, com despesas a cargo do Reclamante, inclusive as de seus auxiliares.

Demonstrado ficou, portanto, que o Reclamante trabalhava por conta própria, mantendo empregados e constituindo um empreendimento autônomo. Em caso idêntico, no RO n. 166/61, o egrégio Tribunal Regional desta Região, em acórdão da ilustre lavra do Dr. Gustavo Simões Barbosa, decidiu que "O motorista proprietário de um caminhão, que contrata com uma empresa transporte a frete, com o seu veículo, dela não é empregado e não tem direito a ação trabalhista."

Por tais fundamentos, A Primeira Junta de Conciliação e Julgamento do Estado da Guanabara, *por unanimidade, julga a Reclamante carecedor de ação trabalhista contra a Reclamada* (Juiz Presidente A. Honório de Melo, Proc. 282/66, prof. na audiência de 21/3/66).

Ainda há pouco, no Agravo em Mandato de Segurança n. 71/853, de São Paulo; Recorrente, Juiz Federal da 6.^a Vara; Agravante, Instituto Nacional de Previdência Social; Agravada, S/A Fábrica de Produtos Alimentícios Vigor, decidiu e E. Tribunal Federal de Recursos, a 27 de abril do corrente ano, sendo Relator do acórdão o Ministro Décio Miranda:

"Ementa: Previdência Social. São "trabalhadores autônomos", para os fins previdenciários, os chamados "carreiros", pessoas físicas que, cada uma com o veículo de sua propriedade e mantido à sua custa, se engajam em serviço de transporte e agenciamento de produtos de estabelecimento industrial ou comercial mediante comissão sobre cada unidade do produto vendido. Não desnatura a qualificação a disciplina de honorários, zona de distribuição, uniformes e até pintura dos veículos segundo normas ajustadas entre as partes. Aplicação do art. 5.^o, IV, do Decreto n. 60.501, de 14/3/1967."

Este acórdão do E. Tribunal Federal de Recursos, considerando como autônomos os freiteiros ou carreiros, encontra sua contrapartida na Resolução do Conselho Diretor do DNPS, de 28 de setembro de 1970, nestes termos:

"O Conselho Diretor do DNPS, com três declarações de votos, por unanimidade.

Considerando a solicitação formulada pela Assessoria para Assuntos Previdenciários da Secretaria-Geral, no sentido de que este Departamento se pronuncie sobre o projeto de lei de autoria do senhor deputado Adhemar Ghisi, que propõe acréscimo de parágrafo único ao art. 4.^o, da Lei n. 3.807/60 (Lei Orgânica da Previdência

Social), com o seguinte texto: "Parágrafo único. O condutor autônomo de veículo rodoviário não perderá essa condição se mantiver a seu serviço apenas um ajudante" (Diário do Congresso Nacional, de 14/5/70, p. 1.327, e fls. 1 dos autos);

Considerando as manifestações contrárias do INPS e da Assessoria Técnica, respectivamente a fls. 5/6 e 8/9 dos autos;

Considerando o disposto no art. 2.^o, da Consolidação das Leis do Trabalho, que considera "empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalariada, e dirige a prestação pessoal de serviços";

Considerando que o art. 3.^o, da CLT, estabelece o conceito de empregado: "considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário", e que o parágrafo único do mesmo art. 3.^o dispõe: "Não haverá distinção relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual";

Considerando que pelo § 1.^o, do art. 2.^o, da CLT, "equiparam-se ao empregador para efeitos exclusivos de relação de emprego os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregado".

Considerando que o condutor autônomo de veículo rodoviário, que mantém ajudante como seu empregado, se equipara ao empregador, "ex-vi" dos dispositivos legais da CLT, não lhe sendo lícito eximir-se da obrigação de recolher, por si e pelo seu ajudante, as contribuições devidas ao INPS; resolveu:

Encaminhar o processo à Assessoria para Assuntos Previdenciários da Secretaria-Geral, opinando pelas considerações expostas, pela rejeição do projeto em exame".

16. *Conclusão*, vê-se pelo exposto que a tese ora sujeita a nosso exame vem encontrando total repulsa de todas as instâncias da Justiça do Trabalho, em todos os seus graus e em todas as Regiões do País, culminando por ser rejeitada, em vários acórdãos, pelo E. Tribunal Superior do Trabalho. Como não empregados são considerados esses freiteiros pelo C. Tribunal Federal de Recursos; e como empregadores, o são por força de Resolução do Conselho-Diretor do INPS, seja qual for o número de ajudantes ou auxiliares de que disponham, um ou mais.

A doutrina universal, nacional e estrangeira, repele igualmente as conclusões da MM. Junta, da qual ora se recorre. O mesmo se deu quanto à jurisprudência comparada.

Raramente, temos encontrado tamanha uniformidade de pronunciamentos num só sentido, como nesta hipótese, ora sob nosso exame. A unanimidade da doutrina, da jurisprudência, nacional e estrangeira, e das resoluções administrativas, tudo, enfim, repele a r. sentença da MM. Junta, *data venia*, sem fundamento algum, proferida contra a Reclamada,

e que, por isso, merece reforma, a fim de que o Direito e a Justiça voltem ao seu verdadeiro caminho.

Ainda há pouco lembrava o Ministro *Tostes Malta* — “O Processo no TST”, Rio, 1974, p. 15 — estas palavras de Quixote, de *Cervantes*: “Achem em ti mais compaixão, mas não mais justiça, as lágrimas do pobre do que as queixas do rico”.

O freteiro P. da S. R. não é empregado da Reclamada, e sim autônomo, empregador de seus ajudantes. Acha-se a ela vinculado por um contrato de transporte, e não por um contrato de trabalho, como demonstramos ao longo deste

Parecer, que subscrevemos sub censura.

Rio de Janeiro, 1.º de novembro de 1974.

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO

A

Abuso de direito e direito potestativo	63/65
Abono	34, 41, 45, 46/47
— de emergência	44/45
Ação cominatória de prestação de contas de mandato judicial (e Justiça do Trabalho)	15, 16, 21
Ação rescisória	199 e segs.
— fato e direito	199/200, 212/214
— qualificação jurídica do fato	199, 211/215, 217
— fatos provados, comprovados e inequívocos	200/201, 202/203, 211/213
— violação de literal disposição de lei	201, 208/211, 213/215
— justiça incompetente	209/210
— e injustiça da sentença	215
— recurso de revista anteriormente julgado	216/217
— não é recurso	214, 216/217
— competência para julgar	216/217
— rescisória de rescisória	216/217
— em recurso extraordinário	217/218
Acionariado do trabalho	80/81
— e controle acionário	80
Acordo coletivo	40/41
Advogado —	
— de partido (empregado)	13/14, 23
— e mandatário (na mesma cabeça)	15/17
— prestação de contas	21/23, 186/187
— não pode reter dinheiro devido ao cliente	23
— função pública (administração da justiça)	23
— honorários, fixação e cobrança	22/24
— confiança em relação ao cliente	23, 28
— de partido, não empregado	181, 183/185, 189/190
— honorários	190/191, 197/198
— como exercente de cargo de confiança	27/28, 187
— e colaboração empregatícia	27
— sua probidade	28/29
— quando prática improbidade	28/31
— jurisprudência de adv. não empregado	187/189
<i>Affectio societatis</i>	172
Afrouxo salarial	45
Agência de colocação	157/158

Alteração contratual —	
— prescrição	70/71
— consentimento do empregado	107/108
— capacidade de deliberar do agente	108
— prejudicial ao empregado	114/115
— e alteração salarial	115/116
— sempre <i>in casu</i>	116
— não se aplica ao trabalho autônomo (art. 468)	215/216
<i>Angestellte</i>	27
<i>Arbeiter</i>	27
Autonomia da vontade no Dir. do Trabalho	156, 165/166, 183/184, 194/195, 216

B

Boa fé —	
— princípio da —, na execução e interpretação dos contratos	184, 187, 226

C

Carência de ação	152, 163, 165, 169, 181, 191, 197/198, 219
— preliminar e mérito	181
Cargo de confiança —	
— reversão ao cargo efetivo	52, 56/59, 62/65
— conceito e características	54/58, 67/69
— destituição <i>ad nutum</i> — ato potestativo	55, 56/58, 62/65
— restrição de proteção legal	55
— arts. 499 e 468, da CLT	55, 56
— art. 469	63, 64/66, 72
— art. 468, par. único	58, 62, 64/65, 72
— indenização pelo tempo de serviço	112/113
Carteira de trabalho —	
— documento probatório do contr. de trabalho	52/54
Cerceamento de defesa na instrução processual	138
Coisa julgada —	
— entrega da prestação jurisdicional	117
— quando não se recorre de matéria vencida	121/126, 133
— formal	123/127
— invocável a qualquer momento	123, 126
— conhecimento de ofício pelo juiz	124
— material	124, 126/127
— matéria constitucional	126/127
Comissão da Marinha Mercante — V. SUNAMAM —	
Competência da Junta de Conc. e Julgamento (execução de sentença coletiva)	34, 40, 42/44
Competência da Justiça do Trabalho	13/15, 20
— nos textos constitucionais	13/14, 20
— no direito comparado	18/20

Competência <i>ratione fori</i> e <i>ratione materiae</i>	42
Competência do TRT em dissídio coletivo jurídico	40, 44
Conciliação perante a J. do Trabalho	106/107, 192/193
— homologação de acordo, renúncia ou transação	106/107, 196
Conflitos de trabalho: individuais e coletivos	35/37, 42
Conflitos coletivos: econômicos e jurídicos	35/40
— Em. Const. de 1969 — art. 142, § 1.º	33
— sentença declaratória e sentença constitutiva	38
— na jurisprudência	38/39
Conselho Nacional de Política Salarial	48/49
Consórcio e tempo de serviço	111/112
— Anteprojeto Evaristo	111/112
Contratos bilaterais —	
— Cláusula <i>non adimpleti contractus</i>	224
Contratos mistos	14/15, 82, 92/93,
Contrato de trabalho —	
— e mandato	15, 16, 24, 82/83, 92/93, 138/139, 171, 185/186
— confiança no	24/26, 27/28, 30
— <i>intuitus personae</i>	24/25, 171
— rescisão por justa causa	25/26
— e direito do trabalho	26
— classificação quanto à natureza ou qualidade	27
— colaboração do empregado	27
— culpa contratual	31
— e contratos afins — distinção	79/80, 136, 138/139, 172, 227
— falta de conteúdo próprio	80, 136, 227
— e sociedade	84/85, 171
— resolução <i>ope iudicis</i>	130
— e contrato de transporte	227, 228/229, 233/234
— conceito e características	171
— e boa fé	184
Contratos especiais — Solenes e por escrito	186/187
— e advogado	186/187
Controle jurisdicional	209/210

D

Declaração de vontade (art. 85, do C.C.)	47, 181, 184/185, 186, 220, 226
— teorias	47
Dependência econômica e contr. de trabalho	189/190
Depoimento pessoal (seu valor)	224
Despedida indireta — V. Rescisão indireta —	
Dever de lealdade e fidelidade no contr. de trabalho	24, 26, 29
Devolução de fiança (e competência da J. do Trabalho)	20
Diretor de sociedade anônima	81
— antigo empregado eleito diretor	84, 85/88, 112, 172/173, 179/180

— art. 499, da CLT	85/88, 112
— técnico (empregado)	90
— doutrina e jurisprudência comparadas	174/175
— doutrina nacional	172/173, 175/176
— jurisprudência nacional	176/180
Direito comparado (art. 8.º, da CLT)	19
Direito do Trabalho —	
— tutelar	26, 100, 115
— reação em cadeia de suas soluções	233
— exagero de certos princípios (<i>summum ius, summa iniuria</i>)	100/101, 108, 156
Dissídio coletivo de natureza jurídica	34/35, 36/41, 44
— sentença declaratória	38
— jurisprudência	38
— e litisconsórcio	44
Dispensas fictícias	101/103
Dolo nos contratos	108

E

<i>Empleado</i>	27
<i>Employé</i>	27
Empregado —	
— pessoa física	44, 137
— conceito (art. 3.º, da CLT)	78/79, 137, 172, 227
— eleito diretor de soc. anônima	80/81, 83/84,
— e sócio — compatibilidade	84/85, 92
— volta ao cargo efetivo	88, 94/95
— eleito para Conselho Consultivo, de soc. anônima	89/90, 93/95
Empregador —	
— conceito legal (art. 2.º, da CLT)	141, 172
— ausência de relação de emprego	215
Empreitada	141/142
Empresa —	
— estatal ou de controle econômico estatal	47/48, 49
— poder de comando	58, 59/61, 92/93
— risco	59
— essencialidade e relação de emprego	85/88, 90, 143/144, 147
— seus auxiliares, contratos diversos	233
Equiparação salarial (art. 461, da CLT)	96/97
— tempo de serviço na função (Prej. n. 6, do TST)	96, 168/169
— e sentença normativa	96
— requisitos legais	166/169
— ônus da prova	166
Erro no negócio jurídico	151
— atos maliciosos ou a destempo	152
Espírito associativo — ausência entre nós	101

Estabilidade —	
— véspera de	101
— art. 492	101
— dispensas imotivadas ou indenizadas para impedi-las	101/105
— pedido de demissão de estável	109
— renúncia — hierarquia de autoridades (art. 500, da CLT)	195/196
— perda, com a opção pelo FGTS	118/119
— renúncia ou transação perante a Junta	192
— reintegração (só de estável)	117, 121, 128/129, 134
Estiva de minério (carvão)	200 e segs.
— recheio de carga — art. 271, da CLT	205/206, 210/215
— política econômico-financeira do Governo	206/207
— trabalho publicístico	207/208
— e Segurança Nacional	207/208
Eventualidade na prestação de serviço (necessidade da empresa)	143/144, 171/172
Execução de sentença	117/118

F

Fato —	
— o que é um fato para o juiz	199/200
— qualificação jurídica	200
<i>Feci sed iure feci</i>	63
Fraude à lei —	
— dispensa para impedir contagem de tempo de serviço	100/107
— art. 9.º, da CLT (Objetivo de fraudar)	155
Freteiro —	
— trabalho autônomo e contrato de transporte	219/222, 225/226, 233/234, 244
— um mínimo de disciplina do trabalho	223/224, 228
— carro e frete	225/226
— sentença em caso análogo, negando relação de emprego	235/236
— jurisprudência a favor da tese (negando relação de emprego)	237/242
— como autônomo e empregador na previdência social	242/243
FGTS —	
— opção (cautelas e fraude)	114
— perda da estabilidade pela opção	118/119, 121, 131/132

G

Gerente —	
— geral, cargo de confiança — atribuições e poderes	67/68

H

Homologação na Justiça do Trabalho —	
— possível fraude na transação	108
Honorários de advogado	21/24
— impossibilidade de retenção	22/24

I

<i>Impiego privato</i>	27
Improbidade no exercício do contr. de trabalho	26
— conceito e amplitude	26/31
Inatividade forçada (no contr. de trabalho)	94/95, 97
Interpretação dos negócios jurídicos	46/47
Interrupção do contr. de trabalho —	
— eleição de empregado para diretor	87, 172/173
<i>Intuitus personae</i>	24/25
Irrenunciabilidade de benefícios trabalhistas	100, 106, 114/115
<i>Ius publicum privatorum pactis mutari non potest</i>	100/101

J

Juiz e os fatos	199/200
Julgamento <i>ultra e extra petita</i>	127/129, 133/134
Junta de Conciliação e Julgamento —	
— competência na execução de dissídio coletivo	35, 42
Justa causa —	
— e inadimplemento contratual	24/25
— quebra de confiança	25/26, 30, 31
— trabalhista e delito criminal	28/29, 31
— avaliação	31
— Prejulgado 16, de 1966	31
Justiça do Trabalho —	
— competência	13/14, 15/21
— composição paritária	14
— e ação cominatória de prestação de contas	15, 16, 17, 19, 20
— relação <i>ex-locato</i>	15, 16/17, 20
— justiça especial	18
— no direito comparado	18/20

L

<i>Legitimatío ad causam</i>	163/164, 169, 181, 197/198, 219
Lei, roupa de meia confecção	116
Lide —	
— fixação com a contestação	118/120, 128/129
— entre partes (autor e réu)	222, 224
Litiscôncórdio —	
— e conflito coletivo jurídico	43, 44

M

Mandato judicial (advogado) e prestação de contas	21
---	----

Máximas de experiência (<i>Erfahrungssatze</i>) — art. 335, do novo CPC. 198, 199/200, 226	
— e Cassação	198
Mediação nos conflitos de trabalho	46, 47
Motorista autônomo (serviços de transporte, frete)	220 e segs., 226
— proprietário do veículo e com empregados próprios — riscos do negócio —	
trabalho para terceiros	220/221, 232/235, 243/244
— contrato de transporte — suas obrigações	225, 228/229, 231/235, 244
— carro e frete (Decreto n. 70.162, de 18/2/72)	226
— jurisprudência a favor da tese de trabalho autônomo	237/242
— na previdência social: como autônomo ou empregador	243/244

N

Nacionalização do trabalho nos portos (Decr.-lei n. 9.462, de 15/7/46)	207
<i>Neminem laedit qui suo iure utitur</i>	59
<i>Nemo ad factum precise cogi potest</i>	132
<i>Nomen iuris</i> (seu relativo valor)	79, 91/92
<i>Non adimpleti contractus</i>	224
Novação contratual objetiva	70, 175
— e prescrição	70/71, 107

O

<i>Obreiro</i>	27
Ônus da prova	150/151, 164/165, 189, 224/225
Opção — V. FGTS	
<i>Ouvrier</i>	27

P

Paternalismo estatal	100/101
Pessoalidade —	
— não só no contrato de trabalho	140/141, 171, 232
Pluralidade de contratos	14/15
Poder de comando da empresa	58, 59/61, 92/93
Política econômico-financeira do Governo —	
— estiva	206/107
Prejulgado n. 6, de 1964 (tempo de serviço na função)	169
Prejulgado n. 16, de 1966	31
Prescrição —	
— da novação contratual ou da alteração do contrato	70/71
Prestação de contas —	
— de advogado	21
— de motorista autônomo, freteiro	234/235, 244
Produtividade (ou produção) na equiparação salarial	167
Prova emprestada	203/204

Q

Quitação — recibo de —	
— Lei n. 4.066, de 28/5/62	109
— assistência sindical	109/111

R

Reajustamento salarial	44
<i>Rechtsverband</i>	136, 229
Recurso —	
— só de parte da sentença	120/126
— ordinário na Justiça do Trabalho	121/123
— e sucumbência	121/123
— art. 825, do CPC	125
<i>Reformatio in peius</i>	122, 126, 127, 133
Recheio de carga na estiva	201, 204, 206, 207, 210
— Res. n. 2.733, de 30/4/65 (SUNAMAM)	205
Reintegração, só de estável	117, 121, 128, 134
Renúncia —	
— e transação	193/195
— pressupostos e validade	194/195
— irrecuperabilidade do bem jurídico renunciado	194/197
Relação de emprego —	
— e relação de trabalho	14, 146, 147, 215
— quando inexistente	135, 145/147, 215
— e trabalho eventual	143/144
— ônus da prova	150/151, 165, 186, 189, 234
Rescisão indireta do contr. de trabalho	72/73
— risco do empregado	94/95, 116, 129/130, 133
— com afastamento definitivo do empregado	118/120
— que não pleiteia manutenção do vínculo	123, 125, 127/128
Resolução do contr. de trabalho pela Justiça (<i>ope iudicis</i>)	130, 132
Revendedora	147/152
— com autonomia	135 e segs.
— compra e venda de mercadoria, e não locação	137, 140, 141/142, 143/144
— risco	140/142, 145
— ausência de personalidade	141/142
— zona de venda	142/143
— jurisprudência a favor do trabalho autônomo	147/150
— matéria fiscal	149/150
Representante comercial	139
— e exclusividade de zona	142/143
Risco da atividade econômica	140, 232
Risco de empresa (art. 2.º, da CLT)	59

S

Saber privado do juiz	198
Salário —	
— política salarial do Governo	44/46, 48/49
— aumento salarial — reajustamento e abono	46
— Decr.-lei n. 15, de 29/6/66	47/48
— aumento e tarifas — empresa estatal	47/48
— quando não fixado (art. 460, da CLT)	69
— utilidade — automóvel — quando não é	71
— e contrato de trabalho	78/79, 137/138, 172, 227/228
— alteração salarial ilícita	115/116
<i>Secundum eventum litis</i>	128
Sentença normativa —	
— execução (art. 872, par. único, da CLT)	40, 42
— declaratória ou constitutiva	38, 42
Sindicato —	
— e dissídio coletivo	35/36, 39, 41
— e execução de sentença normativa	43/44
— assistência na rescisão do contr. de trabalho	111
Sociedade anônima —	
— diretoria — proibição de serem atribuídas suas funções a outros órgãos (art. 116, § 5.º do dec. lei 2.627/40)	77/78, 86, 93/94
— na doutrina	77/78
— órgãos consultivos e auxiliares	78, 93
— eleição pela assembléia geral	80, 88, 173
— de tipo doméstico ou clânico	81/82, 173
— diretor técnico (empregado)	90
— antigo empregado — doutrina e jur. comparadas	173/175, 179/180
— antigo empregado — na doutrina nacional	172/173, 175/176
— antigo empregado — na jurisprudência nacional	175/179
Subordinação jurídica —	
— e obrigação de prestar contas (mandatário)	19
— no contrato de trabalho	24, 26/27, 78/79, 91/92, 137 e segs., 171/172
— seus diversos graus	27, 227/231
— presente em outros negócios jurídicos	138/139, 185/186
— necessidade de sua revisão	138, 185/186, 229/232
Sucumbência e recurso	121
SUNAMAM (Superintendência Nacional da Marinha Mercante)	
— competência para fixação de salário da estiva	201/203, 205/208
— Resolução n. 2.733, de 30/4/65	205, 208, 209
— Resolução n. 3.862, de 22/3/71	206
— Decr.-lei n. 5, de 4/4/66	207/208
— Decr.-lei n. 3.100, de 7/3/41	207/208
— Decr. n. 7.838, de 11/9/41	208
— Lei n. 4.858, de 26/11/65	208
— Justiça do Trabalho	209/210
— e possíveis direitos adquiridos pelos estivadores	216

T

<i>Tantum devolutum quantum appellatum</i>	133
Tempo de serviço —	
— empregado eleito diretor	85/86, 172/173
— fraude à lei, com dispensas imotivadas	101/104
— soma de períodos descontínuos	101/102
— dispensa e readmissão	101/102, 106
— Súmula n. 20: dispensa, com prestação contínua de serviço ou pronta readmissão (presunção de fraude)	104/106
— análise da Súmula e da jurisprudência citadas	104/106
— e prescrição (a contar do último contrato)	107
— e consórcio	111/112
— Projeto do Código do Trabalho	111/112
— no acordo judicial litigioso	192/193
— não aplicação do art. 453	192/193, 195/197
Temporários	153 e segs.
— empresa fornecedora	153
— registro no DNMO	154
— natureza jurídica — não é agência de colocação	156/158, 167/169
— contrato com o cliente	153, 156, 159/160, 162, 164
— e a reforma administrativa (Decr.-lei n. 200, de 1967)	154/155
— contrato com órgãos públicos	155, 162/163
— relação de emprego entre a empresa os mprgados fornecidos	155/156, 160/162, 163/164, 167/169
— na legislação e na doutrina comparadas	162
Trabalho —	
— autônomo	135/137, 138/139, 140, 143/144, 181/182, 215/216, 220, 227
— e profissão liberal (advogado)	187
— mínimo de disciplina do trabalho	223, 228
— presunção a favor da autonomia	226, 235
— risco	140, 232, 233/235
— subordinado	136/137, 139, 227
Transferência de localidade e reversão a cargo efetivo	61
Transferência de localidade e cargo de confiança	64/65
Tribunal Regional do Trabalho —	
— competência em dissídio coletivo (econômico ou jurídico)	40, 42

V

Violação de literal disposição de lei	201, 214
---	----------