Banco é condenado a reintegrar funcionário demitido

A Constituição brasileira, no artigo 7º, I, e a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho vedam a dispensa arbitrária ou sem justa causa de trabalhadores. A demissão, nos casos individuais, só é permitida se houver causa justificada relacionada com sua capacidade ou comportamento.

Com base nesse entendimento, o juiz Jorge Luiz Souto Maior, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (Campinas), determinou que seja feita a reintegração de um gerente geral demitido do Banco Bradesco em Lorena. A instituição foi condenada também a pagar os salários ao funcionário desde o dia em que foi dispensado até o dia em que retornar aos quadros da agência.

Para Souto Maior, a dispensa sem justa causa gera duas situações possíveis de reparo: a reintegração ou a condenação ao pagamento de indenização. A “indenização, como meio de compensação do prejuízo causado pelo ato nulo, aparece apenas alternativamente, na impossibilidade de concretização da reversão dos fatos”, segundo a sentença.

O gerente geral foi demitido depois de trabalhar 27 anos para o banco, quando “de um dia para o outro deixou de ser interessante para o reclamado (o Bradesco)”, que por motivos não revelados “resolveu utilizar o seu direito potestatido de resilição contratual, transformando o homem em matemática”.

Souto Maior determinou, ainda, que o Bradesco pague ao ex-funcionário as horas extras trabalhadas, com base na jornada fixa apresentada na sentença de origem. O valor deverá ser acrescido do adicional legal, e dos reflexos nas demais conseqüências legais.

O juiz entendeu que ao contratar um alto empregado, diretor ou responsável por cargo de confiança, o empregador não pode utilizar a força de trabalho durante 24 horas diárias, como tem ocorrido. De acordo com as provas apresentadas, o funcionário em questão exercia jornada superior a oito horas diárias.

Souto Maior atendeu, no entanto, o pedido do banco para que sejam descontadas as contribuições feitas para o Cassi/Previ sobre o valor a que for condenado a pagar ao funcionário. “No caso específico dos presentes autos, como fora determinada a reintegração do reclamante aos quadros do reclamado, autorizam-se os descontos em questão, no percentual contratualmente previsto”, diz ele no acórdão.

Leia íntegra do acórdão

ACÓRDÃO

PROCESSO TRT/15a. No. 00935-2002-088-15-00-3 RO

RECURSO ORDINÁRIO

1º RECORRENTE: BANCO DO BRASIL S/A

2º RECORRENTE: RENAULT JOSÉ FERREIRA

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

ORIGEM: VARA DO TRABALHO DE LORENA

EMENTA: DISPENSA IMOTIVADA. DIREITO POTESTATIVO UTILIZADO DE FORMA ABUSIVA E FORA DOS PARÂMETROS DA BOA FÉ. NULIDADE. APLICAÇÃO DO ARTIGO 7o. I, DA CF/88, DOS ARTS. 421, 422 E 472 DO NOVO CÓDIGO CIVIL, DA CONVENÇÃO 158 DA OIT E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO E DO DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO.

Todos os trâmites para validade da Convenção n. 158, da OIT, no ordenamento nacional foram cumpridos. Os termos da Convenção são, inegavelmente, constitucionais, pois a Constituição brasileira, no artigo 7o, I, veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa, e o que faz a Convenção 158 é exatamente isto.

O parágrafo 2o, do art. 5o, da CF/88, estabelece que os tratados internacionais – gênero do qual constituem espécies as Convenções da OIT – são regras complementares às garantias individuais e coletivas estabelecidas na Constituição.

Assim, a Convenção 158, estando de acordo com o preceito constitucional estatuído no artigo 7o, inciso I, complementa-o. Além disso, a Constituição Federal de 1988 previu, em seu artigo 4o, que nas relações internacionais, a República Federativa do Brasil rege-se, dentre outros princípios, pela prevalência dos direitos humanos (inciso II) e não se pode negar ao direito do trabalho o status de regulação jurídica pertencente aos direitos humanos.

Assim, um instrumento internacional, ratificado pelo Brasil, que traz questão pertinente ao direito do trabalho, há de ser aplicado como norma constitucional, ou até mesmo, supranacional. Mesmo que os preceitos da Convenção 158 precisassem de regulamentação (o que não se acredita seja o caso) já se encontrariam na legislação nacional os parâmetros dessa “regulamentação”.

A Convenção 158, da OIT, vem, de forma plenamente compatível com nosso ordenamento jurídico, impedir que um empregador dispense seu empregado por represálias ou simplesmente para contratar outro com salário menor. No caso de real necessidade, a dispensa está assegurada.

Para a dispensa coletiva necessária a fundamentação em “necessidade de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço”, “por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos”. Quanto ao modo de apuração ou análise dos motivos alegados não há, igualmente, problemas de eficácia, valendo como parâmetro legal a regra e as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais já dadas ao artigo 165 da CLT.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

A dispensa imotivada de trabalhadores, em um mundo marcado por altas taxas de desemprego, que favorece, portanto, o império da “lei da oferta e da procura”, e que impõe, certamente, a aceitação dos trabalhadores a condições de trabalho subumanas, agride a consciência ética que se deve ter para com a dignidade do trabalhador e, por isso, deve ser, eficazmente, inibida pelo ordenamento jurídico.

Não é possível acomodar-se com uma situação reconhecidamente injusta, argumentando que “infelizmente” o direito não a reprime. Ora, uma sociedade somente pode se constituir com base em uma normatividade jurídica se esta fornecer instrumentos eficazes para que as injustiças não se legitimem. Do contrário, não haveria do que se orgulhar ao dizer que vivemos em um “Estado democrático de direito”.

Inconformados com a r. sentença de fls. 742/746, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação, recorrem o reclamado, pelas razões apresentadas às fls. 749/766, e o reclamante, adesivamente, às fls. 775/779, pleiteando a reforma da sentença de primeiro grau.

Contra-razões do reclamante às fls. 770/774.

Contra-razões do reclamado às fls. 806/813.

É o relatório.

V O T O DO RECURSO DO RECLAMADO

Presentes os pressupostos recursais, conheço.

Suscita o reclamado, em sede de preliminar, a nulidade do julgado de origem por verificado o julgamento “extra petita”, aduzindo não haver pedido do reclamante quanto à condenação ao pagamento das multas previstas no instrumento coletivo de 93/94, mas tão somente no instrumento coletivo de 92/93.

Descabida a preliminar, pois a hipótese fática reflete um caso de julgamento “ultra petita” não de julgamento “extra petita”. O julgamento “ultra petita” não motiva a nulidade do ato, bastando ao juízo de segundo grau, caso constatada a irregularidade, extrair do julgamento a parte que ultrapassou os limites do pedido.

Avaliando a hipótese específica dos presentes autos, constata-se que na petição inicial, às fls. 05, a causa de pedir é expressa, fazendo menção às multas normativas de 92/93. Além disso, a cláusula 44a, do instrumento normativo em questão (fls. 33-verso), é expressa no sentido de referir-se ao descumprimento de obrigações de fazer.

A obrigação de pagar horas extras não pode ser confundida com obrigação de fazer e não há como adotar uma interpretação extensiva da cláusula para beneficiar o recorrido, vez que se trata de cláusula contratual benéfica.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Assim, reforma-se a sentença de primeiro grau, para excluir a condenação ao pagamento de multas normativas.

Com relação à condenação ao pagamento de horas extras no período de 01.12.1992 a 31.08.1993 nada a reparar no julgado de origem, eis que naquela data foi instituída a jornada de 6 horas aos exercentes de cargos em comissão, ao passo em que a jornada do reclamante continuou sendo de 8 horas, como demonstra satisfatoriamente a prova oral coligida em audiência (fls. 476/478).

Note-se que a própria testemunha do reclamado informa a existência do labor em sobrejornada durante o referido período.

No recurso o reclamado aduz a este respeito: a) que a testemunha não trabalhou como o reclamante durante todo o período da condenação; b) que a prova oral é frágil; c) que o ônus da prova era do reclamante; d) que os cartões de ponto devem ser considerados válidos; e e) que não são devidos os reflexos.

O fato do testemunho não abranger todo o período trabalho não invalida a condenação integral do período vez que a convicção extraída do depoimento testemunhal é no sentido de que o recorrido executava suas tarefas em regime de sobrejornada, não havendo como supor que nos períodos não abrangidos pelo depoimento testemunhal fosse diferente.

Forma-se a presunção do exercício do trabalho em horas em todo o período, cabendo ao reclamado a prova em sentido contrário. E não servem para tal finalidade os cartões de ponto uma vez que demonstrado serem não fidedignos. Por fim, devidos são os reflexos porque as horas extras eram prestadas habitualmente.

Correta, portanto, a sentença de origem, pelo que a mantenho neste particular.

A questão pertinente aos descontos referentes ao Cassi e ao Previ será examinada após a análise do recurso do reclamante.

DO RECURSO DO RECLAMANTE

Presentes os pressupostos recursais, conheço.

Pretende o reclamante a reforma do julgado de primeiro grau, que indeferiu o pleito de reintegração com base na Convenção n. 158, da OIT.

Cabe aqui tecer alguns comentários acerca do pedido formulado pelo reclamante, para o seu satisfatório deslinde.

O exemplo dos presentes autos fornece uma grande oportunidade para melhor avaliar, juridicamente, a inserção da Convenção 158 em nosso ordenamento jurídico e seus efeitos nas relações de trabalho.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

O direito do trabalho, pós-guerra, seguiu a tendência do direito previdenciário de expansão e internacionalização, com o objetivo de diminuir ou minimizar as diferenças sociais e dificultar uma concorrência econômica entre os países, tendo por base o custo social.

Após o final da 1a. grande guerra (1919 – Tratado de Versalhes) é criada a OIT (Organização Internacional do Trabalho) e ao final da 2a. guerra mundial (1944 – Conferência de Filadélfia) o campo de atuação da OIT é ampliado, consagrando-se os princípios de que o trabalho não é mercadoria e de que o progresso econômico, apesar de importante, não é suficiente para assegurar a justiça social, cabendo aos Estados a imposição de limites ao poder econômico para fins de preservação da dignidade humana.

A OIT delibera por ato de sua Assembléia Geral, da qual participam todos os Estados-membros da OIT, os quais se fazem presentes por seus delegados, que, por sua vez, são representantes de três segmentos sociais (o governo, os empregados e os empregadores).

A normatização emanada pela OIT se concretiza em recomendações ou convenções. As recomendações são orientações aos Estados-membros, constituindo metas a serem atingidas. As convenções visam a criar normas obrigacionais para os Estados-membros, que porventura vierem a ratificá-las.

Os Estados, portanto, são compelidos a vincularem-se à OIT, em razão de uma política internacional e dela participam, representados pelos seguimentos diretamente interessados na formação dos instrumentos normativos de natureza trabalhista que essa instituição produz.

As convenções, para serem obrigatórias no território nacional, dependem de ratificação. No Brasil, a ratificação é precedida pela aprovação da Convenção pelo Congresso Nacional.

Após a aprovação há a formalização da ratificação exercida pelo governo federal, o que se efetiva pelo depósito do instrumento na RIT (Repartição Internacional do Trabalho, da OIT). Doze meses após o depósito da ratificação, a convenção estará apta a entrar em vigor no Estado-membro.

No caso do Brasil, no entanto, para que a Convenção tenha vigência é preciso, ainda, a publicação, mediante decreto do Presidente da República, em Diário Oficial, do texto da Convenção.

Todos esses trâmites de validade foram cumpridos com relação à Convenção 158, da OIT. Foi assim que tal norma se tornou plenamente vigente no Brasil. No entanto, a sua eficácia acabou sendo por demais questionada, inviabilizando, durante certo tempo, sua aplicabilidade. Mas, isto se deu por influência da ideologia da flexibilização das relações de trabalho, que agora, reconhecidamente fora de moda, abre espaço para reexame da questão.

Ao contrário do que se dissera na ocasião, os termos da Convenção são, inegavelmente, constitucionais. A Constituição brasileira, no artigo 7o, I, veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa e o que faz a Convenção 158 é exatamente isto, demonstrando a nítida compatibilidade entre os dois sistemas.

Verdade que a Constituição direciona à Lei Complementar – que possui *quorum* qualificado para

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

aprovação – a fixação da proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa e o texto da Convenção não fora aprovado em Lei complementar.

Entretanto, a inexistência da lei complementar não obsta a validade do preceito constitucional, que, no caso, destina-se a estabelecer o princípio de que se deve coibir a despedida arbitrária ou sem justa causa. O máximo que uma lei complementar poderia fazer seria regular o preceito constitucional, jamais impedir sua eficácia.

O anseio do constituinte de impedir a dispensa arbitrária foi, sem sombra de dúvida, manifestado e não seria uma lei complementar ou a falta dela que poderia, simplesmente, anulá-lo.

Além disso, o parágrafo 2o, do art. 5o, da CF/88, estabelece que os tratados internacionais – gênero do qual constituem espécies as Convenções da OIT – são regras complementares às garantias individuais e coletivas estabelecidas na Constituição.

Assim, a Convenção 158, estando de acordo com o preceito constitucional estatuído no artigo 7o, inciso I, complementa-o, não havendo qualquer validade no argumento de que a ausência de lei complementar, em razão de seu quorum qualificado, nega a aplicabilidade da Convenção, até porque a formação de uma Convenção, que se dá no âmbito internacional, exige muito mais formalismos que uma lei complementar, sendo fruto de um profundo amadurecimento internacional quanto às matérias por ela tratadas.

O direito do trabalho, ademais, sob um prisma internacional, é, inegavelmente, uma face importante dos direitos humanos. O próprio dado histórico do direito do trabalho obriga-nos a este reconhecimento. Lembre-se, a propósito, que não foi à toa que na parte XIII, do Trabalho de Versalhes, foram fixados os principais aspectos que deveriam ser alvo de regulação pelos países signatários do Trabalho, dentre os quais se situava o Brasil: a) direito de associação; b) salário digno; c) limitação do trabalho, em oito horas diárias e 44 semanais; d) descanso semanal remunerado; e) eliminação do trabalho da criança; f) não-discriminação, apoiando-se no princípio fundamental de que “o trabalho não deve ser considerado como simples mercadoria ou artigo de comércio”.

Recorde-se, ainda, que a Constituição Federal de 1988, previu, em seu artigo 4o, que nas relações internacionais, a República Federativa do Brasil rege-se, dentre outros princípios, pela noção de prevalência dos direitos humanos (inciso II).

No direito brasileiro esta configuração do direito do trabalho como face dos direitos humanos não passou desapercebida. O artigo 1o, da CF, consagrou como princípios fundamentais da República, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

O artigo 3o, preconizou como um dos objetivos fundamentais da República, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV). O artigo 170 estabeleceu que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e conforme os ditames da justiça social.

Dê-se especial relevo, ainda, ao fato de que os artigos 7o e 8o, que trazem inúmeras normas de natureza trabalhista, estão inseridos no Título pertinente aos direitos e garantias fundamentais.

E andou bem o Constituinte, pois como destaca Fábio Konder Comparato, "o sistema de direitos humanos está situado no ápice do ordenamento jurídico, e constitui a ponte de integração do direito interno ao direito internacional" ("O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos", Direitos Humanos: visões contemporâneas, p. 15).

Assim, não pode haver dúvida de que quando um instrumento internacional, ratificado pelo Brasil, traz questão pertinente ao direito do trabalho, que se insere, como visto, na órbita dos direitos humanos, há de se aplicá-lo, internamente, tomando seus dispositivos como normas constitucionais, ou mesmo, supranacionais.

O problema do desrespeito ao direito internacional do trabalho se agrava ainda mais quando se lembra que, em 17 de novembro de 1998, foi assinado o Protocolo de San Salvador, que se trata de um Protocolo Adicional à Convenção Interamericana, cuidando dos direitos humanos sob a ótica dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Em tal Protocolo foram fixadas, expressamente, no art. 7o, as bases de um direito do trabalho em condições justas e eqüitativas, quais sejam:

"a) Remuneração que assegure, no mínimo, a todos os trabalhadores condições de subsistência digna e decorosa para eles e para suas famílias e salário eqüitativo e igual por trabalho igual, sem nenhuma distinção;

b) O direito de todo trabalhador de seguir sua vocação e de dedicar-se à atividade que melhor atenda a suas expectativas e a trocar de emprego de acordo com a respectiva regulamentação nacional;

c) O direito do trabalhador à promoção ou avanço no trabalho, para o qual serão levadas em conta suas qualificações, competência, probidade e tempo de serviço;

d) Estabilidade dos trabalhadores em seus empregos, de acordo com as características das indústrias e profissões e com as causas de justa separação. Nos casos de demissão injustificada, o trabalhador terá direito a uma indenização ou à readmissão no emprego ou a quaisquer outras prestações previstas pela legislação nacional (grifou-se);

e) Segurança e higiene no trabalho;

f) Proibição de trabalho noturno ou em atividades insalubres ou perigosas para os menores de 18 anos e, em geral. de todo trabalho que possa pôr em perigo sua saúde, segurança ou moral. Quando se tratar de menores de 16 anos, a jornada de trabalho deverá subordinar-se às disposições sobre ensino obrigatório e, em nenhum caso, poderá constituir impedimento à assistência escolar ou limitação para beneficiar-se

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

da instrução recebida;

g) Limitação razoável das horas de trabalho, tanto diárias quanto semanais. As jornadas serão de menor duração quando se tratar de trabalhos perigosos, insalubres ou noturnos;

h) Repouso. gozo do tempo livre, férias remuneradas, bem como remuneração nos feriados nacionais."

A questão da aplicabilidade de todos estes dispositivos pode ser obstada, é verdade, por se apresentarem como regras de caráter geral, verdadeiras declarações de princípios. Esta circunstância, no entanto, não pode impressionar o intérprete e sobretudo o aplicador da lei, o juiz, pois é exatamente desta generalização que se encontra o âmbito da inserção de seus poderes para fazer a justiça do caso concreto.

Lembre-se que, em grande medida, as próprias normas constitucionais caracterizam-se por esta generalização, para que se permita ao aplicador do direito buscar a justiça, mesmo quando aplique uma lei infraconstitucional, quando, então, faz, em concreto, o controle de sua constitucionalidade.

Como explica Mauro Cappelletti, esta forma de organizar a Constituição, conferindo-se poderes ao juiz para o controle da constitucionalidade das leis, foi a fórmula encontrada para se unir o positivismo jurídico ao direito natural e o direito natural reflete, exatamente, os valores fundamentais da sociedade: justiça social; igualdade; liberdade e solidariedade.

Esse positivismo crítico, influenciado pela inserção dos princípios, permite impor às próprias autoridades estatais os valores superiores universalizados e, em especial, os direitos humanos.

Aliás, esta eficácia interna das normas internacionais de direitos humanos pode ser vislumbrada até mesmo no que diz respeito aos princípios que se extraiam do conjunto desses instrumentos, mesmo não ratificados, como aqueles constantes da Constituição e Declarações da OIT.

Entendam-se, ademais, como autoridades obrigadas ao atendimento dessas normas e princípios de direitos humanos também os juízes. Como adverte Fábio Konder Comparato, "Ao verificar que a aplicação de determinada regra legal ao caso submetido a julgamento acarreta clara violação de um princípio fundamental de direitos humanos, muito embora a regra não seja inconstitucional em tese, o juiz deve afastar a aplicação da lei na hipótese, tendo em vista a supremacia dos princípios sobre as regras." ("O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos") E, acrescenta: "quando estiver convencido de que um princípio constitucional incide sobre a matéria trazida ao seu julgamento, o juiz deve aplicá-lo, sem necessidade de pedido da parte."

A proteção dos direitos humanos, assim, transcende até mesmo ao poder do Estado. Por exemplo, o Estado brasileiro, como signatário da Declaração Interamericana de Direitos Humanos, o famoso Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, deve responder à Comissão Interamericana de Direitos Humanos pelos seus atos e omissões que digam respeito às normas do referido tratado, podendo ser compelido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a inibir a violação dos direitos humanos e até a reparar as conseqüências da violação desses direitos mediante o pagamento de indenização justa à parte lesada

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

(art. 63, Pacto São José da Costa Rica) (1).

Isto significa que se levada a juízo uma questão que diga respeito à violação de um direito humano sequer o Judiciário brasileiro tem a última palavra, caso sua decisão não tenha sido eficiente para reparar o dano sofrido pela vítima. Ou, em outros termos: em se tratando de direitos humanos, os juízes não podem manter uma postura indiferente e complacente com o agressor.

Com base nos postulados principiológicos da Constituição e das Declarações da OIT, sem desprezar, ainda: a Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada pela Assembléia geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948; a Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (assinada em Roma, 4 de novembro de 1950); a Carta Social Européia (assinada pelo Conselho da Europa, em 1961); o Pacto de São José da Costa Rica, de 1969; O Protocolo de San Salvador (de 1998); a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores (de 9 de dezembro de 1989); a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais (adotada, em 14 de outubro de 2000, pelos quinze países membros da União Européia); sem falar nas mais de 180 Convenções adotadas pela OIT, das quais merecem destaque a de número 87, referente à liberdade sindical (de 1948) e a de número 158, relativa à proibição de dispensa arbitrária (de 1982), deve-se, urgentemente, iniciar um processo de reconstrução do direito do trabalho interno, que esteve durante longo tempo mitigado e assustado pelo fantasma da flexibilização (que condicionava a análise do direito do trabalho, unicamente, a preceitos de ordem econômica).

Assim, não só não há óbice constitucional para a aplicação da Convenção 158, da OIT, no Brasil, como o respeito a suas normas ou aos princípios que encerra é de se exigir.

Muitos diziam, ainda, que as normas da Convenção 158, da OIT, não eram auto-aplicáveis, pois que necessitavam de outras normas regulamentadoras.

Cabe verificar, sob este aspecto, que apenas a “Parte I” da Convenção 158 (arts. 1o a 3o.) é conceitual, dispondo sobre “métodos de aplicação, área de aplicação e definições”. A partir da “Parte II” a Convenção é normativa.

Embora se diga que, geralmente, as normas das Convenções da OIT sejam bastante elásticas – verdadeiras regras de princípios, para poderem se amoldar aos ordenamentos peculiares dos diversos Estados-membros e para, assim, poderem obter quorum para aprovação –, o fato é que do teor das normas da Convenção 158, da OIT, adotada a técnica mais rudimentar da interpretação, ou seja, a gramatical – que embora não seja auto-suficiente, dela não se pode fugir –, não se extrai qualquer dúvida de conteúdo, no sentido de que ao empregador não é dado dispensar o empregado senão quando houver uma “causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento”, nos casos de dispensa individual, ou “baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço” (“motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos”), nos casos de dispensa coletiva, cabendo ao Tribunal competente, para julgamento de recurso dos empregados dispensados, examinar “as causas alegadas para justificar o término da relação”.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

No caso da dispensa individual, a motivação não é propriamente a de quebra da boa fé do vínculo, como nos casos de justa causa (art. 482, da CLT), pois basta que o empregado não demonstre aptidão para o serviço para o qual fora contratado ou apresente comportamento incompatível com o de uma pessoa integrante de um grupo produtivo, situações que, por si sós, não seriam aptas a justificar uma dispensa por justa causa, mas que eliminam, por completo, a possibilidade de uma dispensa meramente arbitrária.

Assim, sob o âmbito individual, passa-se a se ter quatro tipos de dispensa: a) a imotivada (que ora se equipara à dispensa arbitrária); b) a discriminatória (prevista na Lei n. 9.029/95); c) a motivada (mas, sem justa causa, ou seja, a permitida segundo os moldes da Convenção 158, da OIT); e, d) a com justa causa (art. 482, da CLT). Conforme disposto, aliás, na própria Constituição (art. 7o. I).

A primeira, e que nos interessa no caso vertente, nos termos da Convenção 158, é proibida, gerando duas situações possíveis, a critério do órgão competente para julgamento dos motivos da dispensa – no caso do Brasil, a Justiça do Trabalho –: a reintegração ou a condenação ao pagamento de uma indenização.

Quanto ao primeiro aspecto, disseram alguns que o instituto da reintegração teria sido banido de nosso sistema jurídico (“A estabilidade provisória é mera garantia de salários e não autoriza a reintegração.” – TST RR 6869/88.3 – Ac. 4a. T. 2220/92, de 14/10/92 – Rel. Min. Marcelo Pimentel, “in” Revista LTr 57-04/495); já outros, mais amenos, concluíram que a reintegração somente seria possível nas hipóteses específicas de estabilidade definitiva (a decenal, em razão de direito adquirido), de estabilidades provisórias (com previsão legal) e de estabilidades decorrentes de norma convencional (vide, Süssekind, Arnaldo, LTr 60-03/333 e Martins, Nei Frederico Cano, “Estabilidade provisória no emprego”, São Paulo, LTr, 1995, pp. 29/35).

De qualquer modo, na visão desses autores, a reintegração não seria remédio jurídico para os casos da dispensa arbitrária, a que se refere a Convenção 158, da OIT.

Todavia, “data venia”, analisando-se o inciso I, do artigo 7o, da CF/88, não é bem isso o que se verifica. Com efeito, dispõe essa regra constitucional uma proteção da relação de emprego, em face de dispensa arbitrária, estabelecendo o pagamento de indenização, “dentre outros direitos”.

Na verdade, na dispensa arbitrária, adotando-se como parâmetro legal a regra do artigo 496, da CLT, por aplicação analógica, o juiz do trabalho poderá, considerando desaconselhável a reintegração, “dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio”, optar pela condenação do empregador ao pagamento de uma indenização.

Os artigos 495 e 496 da CLT são normas processuais que refletem a tradição jurídica brasileira quando se trata de dar efetividade às regras de estabilidade no emprego. Tais regras foram, sem a menor dúvida, recepcionadas pela nova ordem constitucional, até porque têm sido hodiernamente aplicadas nos casos de estabilidade provisória.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Desde que se esteja diante de uma regra jurídica de estabilidade no emprego, a reintegração aparecerá, inevitavelmente, como solução possível e até preferencial para o conflito em que se discuta a aplicação dessa norma.

Tanto isso é verdade que a própria Lei n. 9.029/95, que instituiu a proibição de dispensa por ato discriminatório, previu a “readmissão” – leia-se, reintegração – como hipótese possível para o deslinde do conflito.

Além disso, constitui-se preceito da teoria geral do direito que a declaração da nulidade do ato deve reconstruir as coisas ao estado em que se encontravam antes da realização do ato anulado. Ora, se a dispensa do empregado estava proibida, a declaração de sua nulidade motiva, conseqüentemente, a determinação da reintegração, como forma de se retomar o “status quo”.

A indenização, como meio de compensação do prejuízo causado pelo ato nulo, aparece apenas alternativamente, na impossibilidade de concretização da reversão dos fatos.

Assim, a determinação de reintegração do empregado, arbitrariamente dispensado, é plenamente cabível, até porque se não fosse considerada juridicamente possível restaria aos juízes apenas a hipótese de indenização, o que nem sempre se faria em favor da ordem social e econômica, já que uma reintegração, muitas vezes, pode ser menos traumática para as próprias empresas do que o pagamento de uma indenização.

Quanto à indenização, argumentava-se que a Convenção 158, da OIT, não apresenta o seu valor e, por isso, de duas uma: ou seria necessária uma lei que a estabelecesse, para que tal dispositivo tivesse eficácia, ou, aplicando-se a lei trabalhista vigente, essa indenização seria a de 40% sobre os depósitos efetuados na conta-vinculada do FGTS do empregado, o que significaria dizer que nada teria mudado.

Ocorre aqui, no entanto, o desconhecimento de que na nova realidade jurídica passamos a ter, como demonstrado, quatro tipos de dispensa. Cada uma com definições próprias e, evidentemente, com efeitos distintos. A indenização de 40% sobre o FGTS continua válida, mas apenas para os casos em que haja dispensa motivada (sem justa causa), porque do contrário a dispensa arbitrária a esta última se equivaleria – o que não parece razoável.

Assim, uma indenização específica é devida para os casos de dispensa considerada arbitrária, quando a reintegração for considerada desaconselhável. Mas, qual indenização é esta?

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Para responder a essa indagação é necessário recordar que nenhuma regra legal precisa existir para queos juízes do trabalho, julgando os conflitos com poder de discernimento, estabeleçam o valor daindenização devida em cada caso concreto, como se faz há muito, aliás, na Justiça comum no julgamentodas causas que têm por fundamento o artigo 186 do Código Civil (antigo art. 159) – dispositivo queprevê a obrigação de indenizar daquele que causa dano a outrem e que é base jurídica, diga-se depassagem, para as ações de indenização por acidente do trabalho.

Tal dispositivo não estabelece o valor da indenização e ninguém nunca negou a sua eficácia porque um Decreto Executivo não o tivesse regulamentado. A fixação do valor é feita por arbitramento, segundo critérios de verificação do dano sofrido, da necessidade de quem pede a reparação e da possibilidade econômica do condenado.

Além do mais, sendo a Justiça do Trabalho integrante do Poder Judiciário seus juízes possuem os mesmos poderes que os juízes do cível, até com maior amplitude devido ao poder normativo dessa Justiça especializada (art. 114, da CF e artigo 766, da CLT). E nem se diga que o artigo 186 do Código Civil não pode ser invocado neste tema porque se trata de um preceito não inserido na ordem legislativa trabalhista, e que a Justiça do Trabalho não teria competência para aplicá-lo.

Ora, o preceito mencionado está posto no Código Civil porque é neste Diploma que se encontram as regras de teoria geral do direito, que se inserem, sem sombra de dúvida, em todos os ramos do direito não-penal, como é o caso do direito do trabalho.

Esta indenização, ademais, pode levar em conta os aspectos dos danos pessoais (moral e material) sofridos por aquele que perde seu emprego sem qualquer justificativa, apesar de ter se dedicado intensamente ao trabalho, procurando manter o emprego do qual dependia para prover sua sobrevivência e a de sua família.

Cabe lembrar que não é raro o processo de integração das normas jurídicas feito pela jurisprudência, com apoio na doutrina. Vide, como exemplo, o prazo de 30 (trinta) dias para se caracterizar o abandono de emprego, que não tem previsão legal.

Assim, mesmo que os preceitos da Convenção 158 precisassem de regulamentação – que não se acredita seja o caso – já se encontrariam na legislação nacional os parâmetros dessa “regulamentação”.

A Convenção 158, da OIT, portanto, não traz às relações de trabalho uma armadura para retirar do empregador o controle de sua atividade empresarial, apenas vem, de forma plenamente compatível com nosso ordenamento jurídico, impedir aquilo que a moral – que nem sempre coincide com o direito, lembre-se de Karl Larenz ao cuidar da invalidade do ato jurídico pela noção de imoralidade – já reclamava: impedir que um empregador dispense seu empregado por represálias ou simplesmente para contratar outro com salário menor. No caso de real necessidade, a dispensa está assegurada.

Por todos estes motivos, não se pode negar sejam plenamente eficazes, no Brasil, os preceitos contidos na Convenção 158 da OIT.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Não se desconhece o fato de que o Executivo, mediante o Decreto n. 2.100, de 20 de dezembro de 1996, acatando a interpretação que se tornou dominante no sentido da inaplicabilidade da Convenção no ordenamento nacional, denunciou a Convenção, com a intenção de que ela deixasse de ter vigência em nosso ordenamento, a partir de 20 de novembro de 1997.

No entanto, conforme ensina Cássio de Mesquita Barros Jr., a Convenção só poderia ter sido denunciada até 22 de novembro de 1996, não se o tendo feito até tal data, somente após dez anos se poderia fazê-lo (2). E, segundo, Márcio Túlio Viana, a denúncia somente poderia ocorrer após 10 anos de vigência da Convenção no ordenamento nacional, considerando, seguindo as lições de Arnaldo Süssekind, que o prazo de validade de cada ratificação é de dez anos, e discutindo, ainda, a competência do Presidente para efetuar a denúncia, argumentando que se é o Congresso quem aprova os tratados internacionais, "como pode o Presidente, por ato isolado, denunciá-los" (3).

A denúncia, assim, fora ato inconstitucional que, portanto, não pode surtir o efeito de extrair do ordenamento jurídico a Convenção em exame.

Mas, mesmo que não se queira reconhecer isto – pois só mesmo uma questão de vontade pode justificar o pensamento em sentido contrário – o fato é que as dispensas arbitrárias (individuais e sobretudo coletivas) não possuem amparo no ordenamento jurídico também por outros motivos, talvez ainda mais relevantes.

Importante mencionar que o próprio Novo Código Civil estabeleceu uma nítida mitigação do princípio do *pacta sunt servanda* , dando maior relevo à função social dos contratos que à liberdade de contratar (art. 421). E, o artigo 422, do mesmo Diploma, reafirmou, desta feita, expressamente, que a boa-fé deve estar à base do contrato na sua formação, na sua execução e na sua extinção, sendo que quanto a este último aspecto a normatização foi trazida no art. 472.

A noção de que os contratos devem ser baseados em clima de boa-fé atinge, igualmente, a esfera do direito do trabalho. A constante ameaça do desemprego, sem um contraponto efeito do direito, representa a possibilidade concreta de considerar possível agredir a ordem jurídica e à própria nação brasileira, impunemente.

Mas, esta situação tende a ser alterada. A respeito, vide a recente declaração do Ministro Francisco Fausto, contrapondo-se à ameaça do Presidente da Volkswagen de dispensar os trabalhadores que fizessem greve: "Greve é um direito constitucional. Esse tipo de ameaça é um desvio de poder, pois a empresa estaria exercendo o direito de dispensa de maneira inadequada", afirmando que: "O mais provável é que a categoria leve o assunto ao tribunal em dissídio coletivo. Nesse caso, o tribunal poderá conceder estabilidade provisória para esses funcionários usando como fundamento legítimo as próprias declarações do presidente da empresa" (Folha de São Paulo, ed. de 24 de setembro de 2003, p. B-2).

A possibilidade de dispensa imotivada de trabalhadores, em um mundo marcado por altas taxas de desemprego, que favorece, portanto, o império da "lei da oferta e da procura", o que impõe, certamente,

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

a aceitação dos trabalhadores a condições de trabalho subumanas, agride a consciência ética que se deve ter para com a dignidade do trabalhador e, por isso, deve ser, eficazmente, inibida pelo ordenamento jurídico.

Não é possível acomodar-se com uma situação reconhecidamente injusta, argumentando que "infelizmente" o direito não a reprime. Ora, uma sociedade somente pode se constituir com base em uma normatividade jurídica se esta fornecer instrumentos eficazes para que as injustiças não se legitimem. Do contrário, não haveria do que se orgulhar ao dizer que vivemos em um "Estado democrático de direito".

Em suma, o que se verifica, modernamente, é uma autêntica mitigação do direito potestativo de resilição contratual, em homenagem ao princípio da função social do contrato e à própria moralização das relações jurídicas no Estado Democrático de direito, que privilegia a dignidade do ser humano.

No presente caso, o reclamante trabalhou para o reclamado 27 anos e após dedicar praticamente toda a sua vida ao reclamado, obtendo promoções (a demonstrar a presteza de seu trabalho) simplesmente de um dia para o outro deixou de ser interessante para o reclamado, que, então, por motivos não revelados, resolveu utilizar o seu direito potestativo de resilição contratual, transformando o homem em uma equação matemática.

Por todos estes argumentos, reforma-se a sentença de origem para o fim de determinar a reintegração do reclamante aos quadros do reclamado, com pagamento de salários e demais consectários desde a indevida dispensa até a efetiva reintegração, compensando-se do valor devido aos reclamantes os valores que lhe foram pagos a título de verbas rescisórias no ato da rescisão contratual, declarada nula neste ato.

Nestes termos é que se insere a análise do requerimento do reclamado quanto aos descontos referentes ao Cassi e ao Previ.

Pretende o reclamado efetuar os descontos das contribuições para Cassi/Previ sobre o valor a que for condenado a pagar ao reclamante. Normalmente, diria que sua pretensão não tem como ser acolhida.

Primeiro, porque indevidamente requerida como compensação, na medida em que só se compensam dívidas de igual natureza. Segundo, porque mesmo que suplantado este defeito formal não caberia o desconto porque o desconto no momento oportuno não foi efetuado em decorrência de ter o próprio reclamado descumprido sua obrigação de pagar devidamente os direitos do reclamante.

O reclamante só foi potencialmente beneficiado do sistema previdenciário complementar, durante o tempo em que durou seu contrato de trabalho, nos limites das contribuições efetuadas. O reclamante, tendo sido dispensado, não está mais vinculado às instituições de previdência complementar e delas, portanto, não auferirá, nem potencialmente, qualquer benefício, sendo, portanto, completamente despropositado o desconto pretendido pelo reclamado.

No entanto, no caso específico dos presentes autos, como fora determinada a reintegração do reclamante aos quadros do reclamado, autorizam-se os descontos em questão, no percentual contratualmente

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

previsto.

Com relação às horas extras do período entre 03.11.1994 e a data da rescisão contratual, assiste razão ao reclamante.

A prova produzida nos autos demonstra ter o reclamante exercido o cargo de gerente geral da agência do reclamado em Lorena (cf. fls. 354/371). O reclamado, por sua vez, aduz em defesa que o reclamante estava enquadrado na exceção prevista no parágrafo 2º do artigo 224, da CLT, bem como no inciso II do artigo 62, da CLT, eis que ocupante de cargo de gerência.

Os altos empregados, conforme ensina Cláudio Armando Couce de Menezes, “são aqueles situados em patamares superiores da escala hierárquica patronal, independentemente da natureza do trabalho ou função”. Segundo adverte Couce de Menezes, “os altos empregados ocupantes de atribuições técnicas não representam, necessariamente, sinônimo de cargo de confiança” (4)

Esse tipo de empregado tem sido vítima, pelo mundo afora, de jornadas de trabalho excessivas. Eles estão, freqüentemente, conectados ao trabalho 24 horas por dia, 07 dias na semana, mediante a utilização dos meios modernos de comunicação: celular; pager; notebook; fax etc…

Os altos empregados estão sujeitos a jornadas de trabalho extremamente elevadas, interferindo, negativamente em sua vida privada. Além disso, em função da constante ameaça do desemprego, são forçados a lutar contra a “desprofissionalização”, o que lhes exige constante preparação e qualificação, pois que o desemprego desses trabalhadores representa muito mais que uma desocupação temporária, representa interrupção de uma trajetória de carreira, vista como um plano de vida, implicando crise de identidade, humilhação, sentimento de culpa e deslocamento social.

Em suma, a sua subordinação ao processo produtivo é intensa, corroendo sua saúde e desagregando sua família. Veja-se, por exemplo, que muitos sequer têm tido tempo para tirar férias, pois que, diante do quase inesgotável acesso a fontes de informações e por conta das constantes mutações das complexidades empresariais, ficar muitos dias desligado do trabalho representa, até mesmo, um risco para a manutenção do próprio emprego.

Como destaca Márcia Novaes Guedes, em sua recente obra, Terror Psicológico, “A ‘cultura gerencial’, agregada à qualidade total, exige também entrega total; a regra é romper os diques entre trabalho e vida privada, entre intimidade e empresa. Aos poucos, o trabalho vai ocupando e minando todas as reservas pessoais e tornando-se sub-repticiamente por meio da mídia, mas sobretudo pela avalanche de livros que inundam o mercado editorial sob o inocente título de literatura de auto-ajuda.” (5)

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Parece-me que um primeiro e importante passo a ser dado na direção da humanização das relações de trabalho dos altos empregados é reconhecer que, mesmo tendo alto padrão de conhecimento técnico e sendo portadores de uma cultura mais elevada que o padrão médio dos demais empregados, não deixam de depender economicamente do emprego (aliás, há uma dependência até moral ao emprego, dada a necessidade natural de manutenção do seu status social) e que, por conta disso, submetem-se às regrasdo jogo capitalista para não perderem sua inserção no mercado. Sua sujeição às condições de trabalhoque lhe são impostas pela lógica da produção é inevitável.

O direito do trabalho, sendo um centro de positivação da garantia dos direitos humanos, evidentemente, não deve encarar este fato como normal e estar alheio a ele, ou, pior, fixar normas que o legitime, pois o resultado é que uma geração inteira de pessoas qualificadas e que muito bem poderiam servir à sociedade de outro modo, está sendo consumida no incessante ritmo alucinado do trabalho direcionado pelos comandos da produção moderna.

Juridicamente falando, a forma essencial de se reverter este quadro é integrar estes trabalhadores à proteção do limite da jornada de trabalho, consagrada, vale lembrar, desde o Tratado de Versalhes, 1919, com reforço que lhe fora dado pela Declaração dos Direitos do Homem, em 1948.

Mas, se dirá, e o empecilho do artigo 62, II, da CLT? Ele de fato não existe. O art. 62, II, da CLT, é inconstitucional, na medida em que o inciso XIII, do artigo 7o., conferiu a todos os trabalhadores, indistintamente, o direito à limitação da jornada de trabalho.

O artigo em questão, portanto, é inconstitucional, ainda mais quando iguala aos gerentes os “chefes de departamento ou filial”.

O empregador quando contrata um alto empregado, diretor ou exercente de cargo de confiança e, principalmente, chefes de departamento ou filial, não pode utilizar as forças deste trabalhador perante 24 horas por dia, e os avanços tecnológicos têm permitido que isto ocorra.

Ainda que se diga que há certas atividades em que o empregador não controla, concretamente, o trabalho executado, pois é o próprio empregado que exerce a função que seria, tipicamente, a função do empregador, cabe ao empregador impedir que esta circunstância implique na utilização indiscriminada do trabalho do empregado, tendo este pressuposto repercussão em eventual discussão processual acerca do volume de horas de trabalho realizado.

Pode-se pensar que o pagamento de um salário diferenciado, maior que o dos demais trabalhadores, já embutiria a quitação das horas a mais. No entanto, a limitação de jornada é uma questão de saúde da sociedade e não um problema meramente econômico e que diga respeito apenas à pessoa do trabalhador.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

O que se almeja com o direito do trabalho, intervindo nesta questão, não é que o empregado fique mais rico em função das longas jornadas de trabalho por ele laboradas, mas que essas jornadas, efetivamente, não existam.

Claro que, sendo impossível a fiscalização concreta de todas as situações, o efeito real acaba sendo a penalização econômica do empregador em favor do empregado, mas como caráter pedagógico para que os empregadores, em geral, não se vejam incentivados a agir da mesma forma.

Merece destaque, a este respeito, a recente experiência francesa sobre a regulação da jornada de trabalho. A lei Arby II, que reduziu a jornada para 35 horas, não incluiu os “cadres” (altos empregados) nesta limitação, deixando para a negociação coletiva a definição de quais os trabalhadores, em cada empresa, deveriam ser considerados como tais.

Mas, em concreto, percebeu-se que mesmo a regulação pelos próprios “parceiros sociais” não resolveu satisfatoriamente a questão. Por isto, tem se notado uma tendência de se acatar um controle judicial sobre as definições estabelecidas nas normas coletivas a respeito dos trabalhos inseridos no conceito de “cadres”.

Além disso, a lei Arby, II, dividiu os “cadres” em dois tipos: aqueles que são integrados à unidade produtiva, aos quais se deve aplicar o regime próprio da equipe à qual eles se integram; e os que possuem grande dose de autonomia e não exercem integralmente seu trabalho sob os olhos do empregador, denominados por isto de “autônomos”, para os quais a jornada de trabalho não pode ser pré-determinada, em razão da natureza de suas funções, das responsabilidades que exercem, e do grau de autonomia de que se beneficiam na organização de seu emprego e de seu tempo.

No entanto, mesmo para estes “autônomos”, o Tribunal de Grande Instância de Paris, em 19 de dezembro de 2000, examinando o acordo coletivo realizado entre CFDT e a Diac-Renault, fixou os princípios de que:

a) não basta proclamar que o trabalhador possui autonomia na organização de seu trabalho, ativando-se em horário variável, para excluí-lo da limitação de jornada;

b) é preciso que se fixem, de todo modo: o cômputo da jornada por ele trabalhada, integral ou parcial, os dias de repouso, as condições de aplicação do “fortait” (o valor pago como uma espécie de pacote pelas horas à disposição), a carga de trabalho que resulta etc.

E, sob o prisma da prova da jornada trabalhada, tem-se entendido que a carga da prova das horas trabalhadas não é do empregado, podendo-se valer o juiz de todo o meio de prova necessário para esclarecer a questão, levando em consideração, especialmente, a obrigação do empregador de apresentar em juízo a norma coletiva de fixação da jornada de trabalho e o contrato individual do trabalho com fixação da carga de trabalho (art. L 620-2 Code du Travail), aplicando-se, na ausência, a regra do art. L. 212-2-1 do Code du Travail, que atribui ao empregador o ônus de provar o horário efetivamente cumprido pelo empregado.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Em suma, atendendo aos pressupostos do direito ao não-trabalho, para preservação da intimidade da vida privada e da saúde social, há de se considerar que os altos empregados – exercentes de cargos de confiança – estão inseridos no direito à limitação da sua jornada de trabalho, em conformidade com o tipo de trabalho executado: para os que trabalham, a maior parte do tempo, no estabelecimento do empregador, inserindo-se no contexto da unidade produtiva, sua jornada normal deve ser a mesma de seus subordinados; para os que executam seus serviços, com grande autonomia no que se refere ao contexto produtivo, o limite de sua jornada deve ser, obrigatoriamente, fixado em contrato individual, de forma a respeitar os períodos legais de descanso (RSR, férias, feriados…) e a vida privada do empregado, com previsão da carga de trabalho a ser exigida, sob pena de recair sobre o empregador o ônus da prova das horas trabalhadas.

Avaliando-se a casuística dos presentes autos, constata-se que, em consonância com a prova oral coligida em audiência de instrução (fls. 476/478 e 554/555), o reclamante cumpria jornada superior a oito horas diárias, como se denota do teor dos depoimentos colhidos das testemunhas do reclamante e da 1ª testemunha do reclamado, o que foi inclusive verificado pelo juízo a quo ao fixar a jornada de trabalho do reclamante em sentença (fls. 744).

Logo, com base em tais fundamentos, reformo a sentença de origem para condenar o reclamado a pagar ao reclamante, horas extras, com base na jornada fixada na sentença de origem, excedentes da 8ª diária e da 44ª semanal, acrescidas do adicional legal, além de seus reflexos nos demais consectários legais, em face da habitualidade de sua prestação.

No tocante aos honorários advocatícios, *data vênia* , merece reparo o julgado de origem.

A manutenção do *jus postulandi* das partes, isto é, a possibilidade da parte postular sem advogado, conforme previsto no artigo 791, da CLT, tem sido o fundamento para não se concederem honorários advocatícios no processo do trabalho, ainda mais quando considerado que a Lei n. 5.584/70 tratou do pagamento de honorários apenas na hipótese de estar a parte assistida por sindicato (art. 16) e ser beneficiária da assistência judiciária gratuita por recebe até 02 (dois) salários mínimos, ou por declarar, na forma da lei, não poder arcar com os custos do processo sem prejuízo para sua sobrevivência e de sua família (art. 14), sendo que do cotejo de tais institutos legais surgiram os entendimentos consubstanciados nos Enunciados n. 219 e 329, do C. TST.

Parecem-me, no entanto, *data vênia* , equivocados estes entendimentos, por diversas razões.

Em primeiro lugar, existe o princípio da sucumbência no processo do trabalho, tanto que a improcedência total dos pedidos sujeita o reclamante ao pagamento das custas processuais e a improcedência de pedido, cuja instrução requereu prova técnica, sujeita a parte sucumbente ao pagamento dos honorários periciais.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Assim, não procede o argumento de que o princípio da sucumbência não se aplica no processotrabalhista.

Em segundo lugar, há de se lembrar que o fundamento básico da prestação jurisdicional justa consiste em que a parte que tem razão não seja penalizada com qualquer custo processual, revertendo-se estes para a parte perdedora.

Em terceiro lugar, sob a perspectiva do conceito de processo efetivo, ou seja, aquele que é eficiente para dar a cada um o que é seu por direito e nada além disso, a presença do advogado é fator decisivo para que a consecução deste ideal.

Com efeito, nos processos trabalhistas, não raramente, discutem-se temas como: interrupção da prescrição; ilegitimidade de parte, em decorrência de subempreitada, sucessão, terceirização, grupo de empresas; litispendência; personalidade jurídica; desconsideração da personalidade jurídica; tutela antecipada; ação monitória; contagem de prazos; nulidades processuais; ônus da prova etc…

Mesmo a avaliação dos efeitos dos fatos ocorridos na relação jurídica sob a ótica do direito material nem sempre é muito fácil. Vide, por exemplo, as controvérsias que pendem sobre temas como: aviso prévio cumprido em casa; subordinação jurídica; política salarial; direito adquirido; horas in itinere; salário in natura; integrações de verbas de natureza salarial; contratos a prazo; estabilidades provisórias etc…, ou seja, saber sobre direitos trabalhistas, efetivamente, não é tarefa para leigos. Juízes e advogados organizam e participam de congressos, para tentar entender um pouco mais a respeito desses temas e muitas vezes acabam saindo com mais dúvidas. Imaginem, então, o trabalhador…

Em quarto lugar, mesmo sob o prisma da interpretação literal não se justifica o entendimento dos Enunciados 219 e 329, do TST. Os textos legais (arts. 14 e 16, da Lei n. 5.584/70 e art. 791, da CLT) não desautorizam, expressamente, a condenação em honorários quando o reclamante for assistido por advogado particular. A ilação neste sentido é plenamente injustificável sob o prisma interpretativo, pois que confere uma ampliação ao texto legal sem o menor fundamento.

Em quinto lugar, mesmo vigente o artigo 791, não se pode deixar de reconhecer que sua aplicabilidade, na realidade das Varas do Trabalho demonstra-se, nitidamente, excepcional, e sendo assim não pode constituir o fundamento para se criar uma regra, qual seja a de negar a condenação em honorários advocatícios no processo do trabalho. As exceções, por óbvio, não podem ser fundamento para a formulação das normas gerais.

Em sexto lugar, destaque-se, com especial relevo, que a Lei n. 10.288/01, derrogou os dispositivos da Lei n. 5.584/70, referente à assistência judiciária gratuita, nos quais se incluem os artigos 14 e 16, por ser posterior e ter regulado de forma distinta a mesma matéria. Com efeito, a Lei n. 10.288/01, acrescentou ao artigo 789, da CLT, o parágrafo 10, com o seguinte teor: “O sindicato da categoria profissional prestará assistência judiciária gratuita ao trabalhador desempregado ou que perceber salário inferior a 5(cinco) salários mínimos ou que declare, sob responsabilidade, não possuir, em razão dos encargos próprios e familiares, condições econômicas de prover a demanda.”

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Mais tarde, a Lei n. 10.537, de 27 de agosto de 2002, trouxe novo regramento para o artigo 789, da CLT, e simplesmente não repetiu a regra contida no parágrafo 10 mencionado.

Com isto, a matéria pertinente à assistência judiciária ficou sem regulamento específico na Justiça do Trabalho, pois não existe em nosso ordenamento jurídico o fenômeno da repristinação, conforme previsão expressa da LICC, fazendo com que para tal matéria se recorra, necessariamente, à Lei n. 1.060/50, que nenhuma ligação faz, por óbvio, à assistência sindical, perdendo, por completo, o sentido de se vincular o pagamento de honorários advocatícios no processo do trabalho somente em tal hipótese.

Ademais, o parágrafo 3o, do artigo 790, cuja redação também foi dada pela Lei 10.537/02, confere ao juiz a possibilidade de conferir a todos, partes ou não (visto fixar emolumentos), os benefícios da assistência judiciária gratuita, sem qualquer vinculação à assistência sindical.

E, por fim, impõe-se lembrar a nova roupagem dada pelo atual Código Civil, em vigor de janeiro de 2003, ao instituto do inadimplemento das obrigações.

O novo Código não se limita a fixar que descumprimento da obrigação sujeita o inadimplente ao pagamento de perdas e danos, que eram, na sistemática do antigo Código, nas obrigações de pagamento em dinheiro, limitados aos juros de mora e custas (arts. 1.056 e 1.061, do antigo Código).

O novo Código é bem mais severo com o devedor inadimplente e nos termos do artigo 389, o devedor que não cumpre a obrigação de pagar, no prazo devido, responde por perdas e danos, mais juros, atualização monetária e honorários advocatícios.

Este dispositivo enfraquece ainda mais o entendimento que não considerava devidos os honorários advocatícios no processo do trabalho. Ora, como se vê do novo texto legal, os honorários não decorrem simplesmente da sucumbência no processo, mas do próprio inadimplemento da obrigação (art. 389, do novo Código Civil).

Reforce-se este argumento com a observação de que as perdas e danos, nos termos do artigo 404, em casos de obrigações de pagar em dinheiro (caso mais comum na realidade trabalhista) abrangem atualização monetária, juros, custas e honorários, sem prejuízo de pena convencional que se não houver e não sendo os juros suficientes para suprir o prejuízo dão margem ao juiz para conceder indenização suplementar.

O entendimento de que no processo do trabalho não há condenação em honorários advocatícios, trata-se, portanto, de posicionamento que fere preceitos constitucionais e não se sustenta diante dos preceitos jurídicos que lhe dizem respeito, ainda mais diante das alterações legislativas impostas pelas leis 10.288/01, 10.537/02 e pelo novo Código Civil, além de corroborar os mais rudimentares princípios da lógica e os ideais do movimento de acesso à justiça.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Assim, reformo a sentença de origem para condenar o reclamado ao pagamento de honorários advocatícios de 20% sobre o valor da condenação.

Pelo exposto, conheço do recurso interposto e, no mérito, nego provimento ao recurso do reclamado e dou provimento ao recurso do reclamante para, reformando a sentença de origem, determinar a reintegração do reclamante aos quadros do reclamado, com pagamento de salários e demais consectários desde a indevida dispensa até a efetiva reintegração, compensando-se do valor devido aos reclamantes os valores que lhe foram pagos a título de verbas rescisórias no ato da rescisão contratual, declarada nula neste ato, autorizando-se os descontos contratuais a título de Cassi/Previ; e para condenar o reclamado a pagar ao reclamante, horas extras, com base na jornada fixada na sentença de origem, excedentes da 8ª diária e da 44ª semanal, acrescidas do adicional legal, e reflexos, referentes ao período de novembro/94 à data da dispensa; e honorários advocatícios, no importe de 20% do valor da condenação; mantendo, no mais, a sentença de primeiro grau.

Rearbitro o valor da condenação, para fins recursais, em R$ 200.000,00. Custas, pelo reclamado, no importe de R$ 4.000,00.

JORGE LUIZ SOUTO MAIOR

Juiz Relator

Notas de rodapé

(1). Para maiores esclarecimentos a respeito, vide Flávia Piovesan, “Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, in Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: legislação e jurisprudência. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2001, pp. 70-104.

(2) “A convenção n. 158 – proteção contra a despedida injustificada”, Trabalho & Doutrina, dezembro de 1996, p. 12.

(3) O que há de novo em direito do trabalho, São Paulo, LTr, 1997, pp. 128-9.

(4) “Altos empregados – cargos e funções de confiança”, Revista LTr, 59-02/175.

(5). Terror Psicológico, São Paulo, LTr, 2003, p. 80.

Date Created
12/07/2004

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.