PROCESSO: 0165300-39.2009.5.01.0036 – RTOrd – RO

Acórdão

1a Turma

RECURSO ORDINÁRIO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA DE REPRESENTANTE SINDICAL PREVISTA EM NORMA COLETIVA. A recepção do art. 522 da CLT pela Constituição Federal, e a consequente limitação do direito ao número de 7 (sete) representantes sindicais, não é óbice ao reconhecimento de estabilidade provisória prevista em norma coletiva, quando esta, em expressa referência ao texto constitucional, materializa a obrigação assumida pela primeira Ré quanto à manutenção do emprego ao "representante sindical eleito", sem qualquer tipo de restrição de caráter quantitativo. O direito à estabilidade provisória emerge de fonte normativa autônoma, que prevê condição mais benéfica para o trabalhador eleito representante sindical, se confrontada com o conteúdo do art. 522 da CLT. Incidência do art. 7º, inciso XXVI, da CRFB/88.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário, em que são partes **ADRIANA LOPES DA CUNHA**, como Recorrente, e **EMPREZA TRABALHO TEMPORÁRIO LTDA. e VIVO S.A.**, como Recorridos.

I – RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário interposto pela Autora, às fls. 151/176, em face da sentença da MM. 36ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, de lavra do Juiz **JOSÉ MONTEIRO LOPES**, que julgou improcedente o pedido (fl. 151/153-v).

O recorrente argui nulidade da sentença por negativa de prestação jurisdicional, argumentando que o Juízo "não ponderou integralmente os fatos", inclusive pelo indeferimento da prova testemunhal, o que teria, também, importado em cerceamento à ampla defesa. No mérito, pugna pela reforma do julgado, com o reconhecimento da nulidade da dispensa, em razão de direito à estabilidade provisória de representante sindical. Invoca o disposto nos artigos 543, caput, e §3º da CLT, e o art. 8º, VIII, da CRFB/88, além do ACT 2008/2009. Assevera, em síntese, que a hipótese não é de dirigente sindical, mas de representante sindical suplente, aduzindo que "a limitação do número de dirigentes sindicais que compõem a chamada Diretoria-Executiva não diz respeito à garantia de emprego, e sim, à administração do sindicato" (fl. 170).

Contrarrazões da segunda Ré, VIVO S.A., às fls. 177/179.

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho por não configurada hipótese de sua intervenção.

É o relatório.

VOTO

II – CONHECIMENTO

Conheço do recurso por preenchidos os pressupostos

legais de admissibilidade.

DA PRELIMINAR DE NULIDADE

A recorrente pretende a anulação da sentença, alegando que o julgador não teria ponderado integralmente os fatos.

A preliminar, contudo, não logra acolhimento, sobretudo porque as razões que a fundamentam caracterizariam – se acolhidas – o erro de julgamento, o que pode ensejar a eventual reforma do julgado; não a sua anulação.

A alegação de que o Juízo *a quo* extraiu suas conclusões "exclusivamente" das "informações e fundamentações cedidas pelas reclamadas" é, no mínimo, atécnica. Isto porque o raciocínio jurídico que resulta na conclusão consubstanciada na sentença não se faz senão pelo sopesamento do conjunto probatório dos autos. Daí que a atribuição de menor peso a determinada prova não importa, diversamente do que sustenta a Recorrente, que o julgador tenha ignorado a prova; muito pelo contrário, pois somente é passível de valoração negativa aquilo que é efetivamente submetido à racionalidade jurídica.

Quanto ao indeferimento da prova testemunhal, melhor sorte não tem a Recorrente. Questão até assente na jurisprudência, o mero indeferimento da produção de prova oral não configura, por si só, cerceamento à defesa, se os fatos controvertidos já foram suficientemente elucidados pelas provas já produzidas nos autos. Isto vale ainda que o julgamento seja desfavorável à parte que alega o cerceio – como é a hipótese –, até porque o *error in procedendo*, que se configura no indeferimento da prova necessária ao deslinde

da controvérsia, e alegado pela Recorrente, não se confunde com o *error in judicando*, em que o julgamento é proferido em desalinho com a prova produzida.

Ressalte-se que o indeferimento da prova está compreendido na liberdade conferida ao juiz na condução da instrução processual, à luz do que preceituam os artigos 765 da CLT e 130, do CPC.

Na hipótese, a Autora pretendida produzir a prova testemunhal para "corroborar o que consta dos documentos colacionados e do depoimento do preposto" (fl. 125). Ora, tratava-se, sem sombra de dúvida, de prova inútil e desnecessária, uma vez que os fatos a ela relacionados já se mostravam, naquele momento da instrução, devidamente esclarecidos, em que pese o Juízo ter proferido sentença desfavorável à Autora.

Isto posto, **rejeito a preliminar.**

III – FUNDAMENTAÇÃO – MÉRITO

DA ESTABILIDADE PREVISTA EM NORMA COLETIVA

A Autora ajuizou a presente demanda vindicando sua reintegração ao emprego, por alegado direito à estabilidade provisória decorrente de eleição para cargo de representação sindical, na condição de suplente. Relatou na peça de impulso que, tendo participado de processo eleitoral em 18/08/2009, fora dispensada em 18/09/2009, a despeito de previsão, no ACT da categoria relativo ao período 2008/2009 (Cláusula 44ª), do direito à estabilidade provisória.

A primeira Ré, em contestação oral reduzida a termo às fls. 58, limitou-se a afirmar que "não houve eleição alguma, mas apenas a candidatura da funcionária".

A segunda Ré, por sua vez, sustentou que, estando o direito limitado ao número de 07 (sete) dirigentes, à luz do art. 522 da CLT, a Autora, se não integrante da "diretoria executiva do sindicato", não faria jus à estabilidade provisória (fl. 76).

O Juízo converteu o feito em diligência, determinando que a Autora exibisse "o Estatuto Social de seu sindicato, a fim de aferir" a eventual contrariedade entre este e o art. 522 da CLT, que trataria do "limite legal" ao "número de dirigentes e representantes sindicais com direito à estabilidade no emprego" (fls. 136-v/137). Cumprida a diligência, o Juízo, na síntese da demanda, julgou improcedente o pedido, arrazoando que "a disposição genérica encontrada na cláusula 44 do acordo coletivo da categoria (fls. 51/52) não afasta a obediência aos limites estabelecidos pelo art. 522 da CLT, reconhecidos pela súmula 369, II, do TST" (fl. 152-v). E prosseguiu o julgador: "Ora, é cediço que o art. 522 da CLT, combinado com § 3º do artigo 543 da mesma Consolidação, determina o número de dirigentes sindicais e respectivos suplentes que têm direito a estabilidade" (fl. 153-v). Nessa senda, concluiu o julgador que, "em virtude de a diretoria efetiva do sindicato ser composta por quatorze membros, […] os demais membros do sindicato não possuem a garantia da estabilidade provisória" (fls. 152-v/153).

Merece reparo a sentença.

Inicialmente, verifico não haver controvérsia quanto à

realização da eleição, apesar da negativa feita pela primeira Ré em sua defesa oral. Com efeito, em depoimento, a primeira Ré confessou a realização da eleição, assim como a candidatura da Autora (fl. 124). E a própria sentença recorrida reconhece efetivamente que a Autora foi eleita como suplente.

A controvérsia, à primeira vista, limitar-se-ia à aplicação, ao caso dos autos, do disposto nos artigos 522 c/c art. 543, §3º, da CLT, assim como do entendimento consubstanciado no item II da Súmula nº 369, do C. TST, que transcrevo:

> SUM-369 DIRIGENTE SINDICAL. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item I alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012 – DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012
>
> *omissis*
>
> *II - O art. 522 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.* ***Fica limitada, assim, a estabilidade a que alude o art. 543, § 3.º, da CLT a sete dirigentes sindicais e igual número de suplentes****.*
>
> omissis
>
> *omissis*
>
> *omissis." [destaquei]*

Ocorre que, diversamente do que entendeu o julgador de primeiro grau, a recepção do art. 522 da CLT por nossa Constituição não representa óbice algum ao direito perseguido. E a razão para isso é bem simples, e encontra-se, ali mesmo, em nossa Lei Maior, no art. 7º, inciso XXVI, que prevê o "reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho".

E o que diz a Cláusula 44 do ACT 2008/2009? Que a "EMPREZA [1ª Ré] […] garantirá ao Representante Sindical [corrigi] eleito a estabilidade provisória prevista no inciso VIII, do art. 8º, da Constituição Federal Brasileira/88." (fl. 52). A norma coletiva, portanto, em expressa referência ao texto constitucional, materializa a obrigação assumida pela primeira Ré quanto à manutenção do emprego ao "representante sindical eleito", sem qualquer tipo de restrição de caráter quantitativo. O único requisito para a aquisição da estabilidade provisória imposto pela cláusula normativa é ter sido o empregado "eleito". Nada além disso.

A previsão normativa, adjetivada pelo Juízo *a quo* de "genérica", nada tem de genérico, uma vez que adota como lastro dispositivo constitucional específico, em evidente criação de condição mais benéfica para os trabalhadores, eleitos representantes sindicais, se confrontada com o conteúdo do art. 522 da CLT.

Ressalto, por outro lado, que nem mesmo se poderia dizer de uma "generalidade" da norma em apreço quanto aos seus destinatários, porque estes estão ali claramente definidos, ou seja, apenas os representantes sindicais "eleitos", independente de

exercerem cargo de diretoria, serem titulares ou suplentes.

Conclusão inevitável, **o fundamento da estabilidade provisória emerge de fonte normativa autônoma**, que prevê condição mais benéfica para o trabalhador eleito representante sindical. Nesse contexto normativo, a incidência é do art. 7º, inciso XXVI, da CRFB/88, sendo perfeitamente admissível, em nosso ordenamento jurídico, que as normas coletivas estabeleçam, sem agressão à lei, condições mais favoráveis que aquelas previstas no Texto Consolidado.

Não cabe, portanto, ao julgador imprimir interpretação à norma coletiva que resulte na negação do próprio direito ali estabelecido, ignorando o seu conteúdo e, por via transversa, ferindo de morte a garantia constitucional do "reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho" (art. 7º, inciso XXVI, CRFB/88).

No caso, as eleições foram realizadas em 18 de agosto de 2009, conforme documento de fl. 21. **Apenas dois dias depois, em 20 de agosto de 2009, a Autora foi pré-avisada da dispensa, com resilição do contrato em 18/09/2009** (fl. 19). Seria uma infeliz coincidência? Evidente que não. Na verdade, se de estabilidade provisória não se tratasse, o caso seria de induvidosa dispensa abusiva. Mas esse é um aspecto que dispensa maiores considerações, dado o fundamento normativo do direito.

Logo, a Autora, eleita como representante sindical suplente, não poderia ter sido dispensada em agosto de 2009, porque se encontrava em gozo de estabilidade provisória. A

dispensa é nula.

Isto posto, **dou provimento ao recurso**, para, declarando a nulidade da dispensa, determinar a reintegração da Autora, bem como condenar a Ré ao pagamento dos salários, férias acrescidas do terço constitucional, gratificações natalinas, além dos depósitos relativos ao FGTS, desde a data da dispensa, em 18/09/2009, até o momento da efetiva reintegração.

'Não obstante, dado que a sentença recorrida, por razões de lógica jurídica, não adentrou no pedido de antecipação de tutela, impõe-se, à luz do , §3º, do CPC, que este Relator se pronuncie a respeito.

Ante a relevância do direito constitucionalmente assegurado, consoante as razões já expendidas, deve-se dar ao caso dos autos o tratamento adequado, pela concessão da tutela específica, como autoriza o art. 273 do Digesto Processual. Com efeito, a relevância do papel desempenhado pelo representante sindical transcende a esfera individual da acionante, visto que a sua permanência no quadro de empregados da primeira Ré prende-se à defesa dos interesses de toda uma categoria.

Isto posto, **defiro antecipadamente os efeitos da tutela e determino a expedição do competente mandado de reintegração, sujeitando-se a primeira Ré, em caso de descumprimento, ao pagamento de multa diária de R$ 1.000,00, limitada ao total da condenação.**

DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA SEGUNDA RÉ

A segunda Ré resistiu à pretensão, alegando, em resumo, que a Autora não lhe prestava serviços de forma exclusiva (fl. 67).

A alegação, contudo, não encontra eco nos autos.

Em primeiro lugar, ao reconhecer a prestação do serviço – como efetivamente faz na contestação –, a segunda Ré atraiu para si o ônus da prova da ausência de exclusividade, do qual não se desvencilhou.

Bem ao contrário, o documento de fl. 19 atesta que a Autora prestava serviços à VIVO. Não fosse isso suficiente, a primeira Ré, em depoimento, admitiu "que a reclamante trabalhava no setor de auditoria nas dependências da Vivo" (fl. 124). Isto é o que basta para fazer cair por terra o argumento central da contestação.

Dessa forma, a condenação subsidiária da segunda Ré é plenamente admissível, pois aquele que se beneficia da mão de obra alheia, por interposta pessoa, deve cuidar para que os trabalhadores que despendem a força do trabalho em seu favor tenham os direitos respeitados pela empregadora formal.

À segunda reclamada, como tomadora e real beneficiária da força de trabalho da obreira, cabia exigir, acompanhar e fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada. Entretanto, assim não procedeu, configurando o seu comportamento omisso.

Nesse contexto, situa-se a Súmula 331 do TST, que

atribui a responsabilidade pelos direitos decorrentes do contrato de trabalho tanto às empresas prestadoras, como às tomadoras de serviços, que, igualmente, se beneficiaram da disponibilização da mão de obra do trabalhador, conferindo a este também a possibilidade de executar o tomador do serviço.

A terceirização é evento extraordinário na dinâmica trabalhista, onde a regra geral é a contratação direta de empregados pela empresa que pretende obter energia de trabalho. Tal instituto deve ser usado em limites estritos, a fim de se preservar a sistemática protetiva que agasalha o empregado.

Logo, ocorrendo lesão ao trabalhador, há a caracterização do abuso do direito e a caracterização tanto da culpa *in eligendo*, como daquela *in viligando* do tomador, agente mediato do dano causado ao hipossuficiente, por ter escolhido ou fiscalizado mal o terceirizado, este, sim, agente imediato do prejuízo do empregado. A ausência de provas substanciais quanto à efetiva fiscalização por parte da contratante, elevou os fatos alegados pela Autora à condição de verdade real, impondo-lhe a responsabilidade subsidiária, na modalidade de culpa *in eligendo* e *in vigilando*.

Dessa forma, deve o tomador dos serviços responder, sempre que a empresa de terceirização não arcar com suas obrigações, sendo chamado após esgotada a possibilidade de se cobrar a dívida diretamente do devedor principal, surgindo, via de consequência, a responsabilidade subsidiária do tomador quanto aos débitos trabalhistas.

Ademais, a função social do contrato, prevista no artigo 421 do Código Civil consagra a responsabilidade do tomador pelos

encargos trabalhistas decorrentes da contratação de empresas prestadoras de serviço, ratificada pela mais renomada jurisprudência do TST. Vejamos:

> "Diante do contexto fático acima delineado, observa-se que o Regional dirimiu a controvérsia em harmonia com a Súmula 331, IV, do TST, que consigna a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto ao inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, desde que tenham participado da relação processual e constem também do título executivo judicial. Saliente-se que **não modifica a decisão o fato de a terceirização realizada pela Agravante ter ocorrido licitamente, visto que a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços é corolário das terceirizações lícitas**. [...] Estando a decisão regional em harmonia com a Súmula 331, IV, do TST, não se pode falar em violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal, bem como em divergência jurisprudencial válida, nos

> termos do art. 896, § 4º, da CLT e da Súmula 333 do TST. Processo: RR – 177940-03.2004.5.21.0001; Data de Julgamento: 12/05/2010, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/05/2010."

Por último, mas não menos importante, a Súmula nº 331 do TST, apoiada por uma visão sistêmica do ordenamento jurídico - ao orientar que o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, não exclui dessa responsabilidade nenhuma verba. verbete em tela considera a responsabilidade do tomador do serviço em termos abrangentes, sem limitação de nenhuma natureza, pelo que deve o responsável subsidiário arcar, na ausência do devedor principal, **com todos os títulos deferidos**.

Em suma, a segunda Ré é responsável subsidiária por todos os créditos devidos à Autora, decorrentes na condenação.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E FISCAIS

Para os efeitos do § 3º do art. 832 da CLT, com a redação dada pela Lei nº 10.035/2000, declaro que todos os títulos possuem natureza salarial, à exceção das parcelas excepcionadas no art. 28, § 9º, da Lei 8212/91.

Cotas previdenciárias e imposto de renda, onde

cabíveis, deverão ser apresentados atualizados e separadamente, na forma da lei. Os recolhimentos previdenciários deverão observar os ditames da Súmula 368, III, do C. TST, tendo o empregador assegurado o direito de descontar a cota-parte de responsabilidade do empregado. Por ocasião da disponibilidade do crédito devido à parte autora, deverá a ré apresentar o cálculo da dedução do Imposto de Renda sobre as parcelas tributáveis, apresentando a planilha de cálculo com base no disposto no § 9º, do art.12-A, da Lei 7713 de 22 de dezembro de 1988, regulamentado pela Instrução Normativa RFB nº 1127, de 07 de fevereiro de 2011, observando-se, outrossim, quanto aos juros de mora, a previsão da Orientação Jurisprudencial nº 400, da SDI-I, do C. TST, tudo de acordo com a aplicação das deduções/isenções pertinentes e a faixa de incidência estipulada pela Receita Federal.

JUROS DE MORA

Os critérios para cálculo de juros e correção monetária são os adotados por este Egrégio Tribunal, juros simples de 1% ao mês, nos termos da Lei 8.177/91.

CORREÇÃO MONETÁRIA

A correção monetária de parcela salarial inicia-se a partir do momento em que a obrigação vencida e não cumprida tornou-se exigível. Logo, o índice a ser aplicado não é o mês de competência a que se refere à obrigação, mas sim o primeiro dia do mês em que venceu a obrigação e caracterizou-se o inadimplemento, sendo irrelevante para o cômputo mensal o

primeiro ou quinto dia.

Neste sentido é a Súmula 381 do C. TST:

> **CORREÇÃO MONETÁRIA. SALÁRIO. ART. 459 DA CLT.** (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 124 da SDI-1) - Res. 129/2005 - DJ 20.04.2005. O pagamento dos salários até o 5º dia útil do mês subsequente ao vencido não está sujeito à correção monetária. Se essa data limite for ultrapassada, incidirá o índice da correção monetária do mês subsequente ao da prestação dos serviços, a partir do dia 1º."

IV – DISPOSITIVO

A C O R D A M os DESEMBARGADORES DA 1ª TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO por unanimidade, conhecer do recurso e rejeitar a preliminar de nulidade; no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO, para, declarando a nulidade da dispensa, determinar a reintegração da Autora, bem como para condenar as Rés, a segunda subsidiariamente, ao pagamento dos salários, férias acrescidas do terço constitucional, gratificações natalinas, além dos depósitos relativos ao FGTS, desde a data da dispensa, em 18/09/2009, até o momento da efetiva reintegração, deferindo, ainda, antecipadamente os efeitos da tutela, porque preenchidos os requisitos do art. 273 do CPC, com a

expedição do competente mandado de reintegração, sujeitando-se a primeira Ré, em caso de descumprimento, ao pagamento de multa diária de R$ 1.000,00, limitada ao total da condenação. Custas de R$ 500,00, pelas reclamadas, sobre o valor ora arbitrado para a condenação, de R$ 25.000,00, invertendo-se o ônus da sucumbência.

Rio de Janeiro, 24 de Setembro de 2013.

Desembargador do Trabalho Mário Sérgio M. Pinheiro
Relator