

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO
Processo/Ano: 679/2009

TERMO DE AUDIÊNCIA
Autos do processo 679/2009

Em 09/10/2009, às 16h01, na Sala de Audiência da 88a Vara Trabalhista de São Paulo, foram, pela ordem do Juiz do Trabalho, Dr. Homero Batista Mateus da Silva, apregoados os seguintes litigantes: SINTHORESP - Sindicato dos Trabalhadores em Hotéis, Restaurantes e Silimares de São Paulo, autor, e Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda, réu. Partes ausentes. Proposta final de conciliação prejudicada.

I. Relatório.

SINTHORESP - Sindicato dos Trabalhadores em Hotéis, Restaurantes e Silimares de São Paulo ajuizou ação trabalhista em face de Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda, em que postula diferenças salariais em prol dos trabalhadores substituídos, a partir do reconhecimento do sindicato autor como efetivo representante da categoria dos empregados que laboram para a reclamada.

Aditamento à fl. 87.

A reclamada apresenta defesa sustentando em preliminar ilegitimidade de parte e prescrição. No mérito, nega a representatividade da autora aos empregados da ré, destaca inexistência de fraude ou simulação. Com as cautelas de praxe, aguarda a improcedência das pretensões.

Por despacho de fl. 157, a oposição apresentada pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Empresas de Refeições Rápidas da Cidade de São Paulo teve seu prosseguimento afastado.

O autor apresentou réplica.

O Ministério Público do Trabalho apresentou manifestação.

Frustradas as tentativas de conciliação, foi encerrada a instrução processual (fl. 194).

II. Fundamentação.

1. O valor da causa foi ajustado convenientemente em audiência.

2. Cumulação de pedidos é direito que assiste ao demandante, tanto sob a forma sucessiva quanto sob a modalidade alternativa, passando ao largo do conceito de inépcia. Para que houvesse indeferimento da petição inicial, a legislação exige que os pedidos sejam absolutamente discrepantes ou contraditórios entre si, situação estranha ao caso.

3. Apresentação da lista de trabalhadores substituídos, que outrora compôs uma das exigências contidas na Súmula 310 do TST, hoje cancelada, mostra-se em desarmonia com a pureza da substituição processual, que preconiza efetivamente o ajuizamento da ação em nome próprio a veicular direito alheio. Quanto maior for o grau de

burocratização do procedimento, tanto mais se afasta da essência da substituição, como alavanca das mais eficazes para a agilização processual, para a coletivização do processo e para a prolação de decisões uniformes para todos os envolvidos na mesma situação.

3.1. Por outro lado, a substituição processual ampla que se confere à entidade sindical não decorre, no presente caso, de nenhuma lei ordinária ou de norma específica para a postulação de itens segmentados como o adicional de insalubridade ou o fundo de garantia. O fundamento da substituição processual está no artigo 8º, III, da Constituição Federal de 1988. Muito embora não tenha sido essa a primeira leitura da jurisprudência trabalhista, foi a interpretação consagrada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em debate já superado.

3.2. Dessa premissa se extraem duas conseqüências lógicas: de um lado, este julgado afetará todos os integrantes da categoria, empregados ou ex-empregados da reclamada, e não apenas os associados ou filiados; de outro lado, é óbvio que o sindicato é parte legítima também quando postula a ineficácia de norma coletiva alheia, isto é, a substituição processual abarca tanto os pedidos formulados com base na norma coletiva subscrita pela entidade sindical, quanto pedidos de natureza declaratória fundado em outras normas.

3.3. Rejeitam-se, por conseguinte, todas as preliminares.

4. No mérito, razão assiste ao sindicato.

4.1. O sistema sindical brasileiro, ao adotar a unicidade sindical, não permite que o empregador escolha a entidade sindical para a qual pretenda destinar as contribuições compulsórias e tampouco a entidade com a qual pretenda celebrar os convênios sindicais autorizados. Essa escolha, considerada virtuosa na maioria dos países e preconizada veementemente pela Organização Internacional do Trabalho, pertence a um quadro de pluralidade sindical, que, no ordenamento brasileiro, é inconstitucional.

4.2. Note-se o esforço do legislador para, por exemplo, legalizar as Centrais Sindicais, que habitualmente praticam a pluralidade na cúpula, mas que, se fossem inseridas formalmente no sistema sindical brasileiro, desafiariam a unicidade imposta pelo artigo 8º, II, da Constituição Federal de 1988. Daí o jogo de palavras encontrado na Lei 11.648/2008, que reconhece as centrais, mas as coloca à margem do sistema sindical, atribuindo-lhes apenas um papel de concertação social e consultoria. O custeio das Centrais Sindicais ficou a cargo de metade da verba anteriormente destinada aos cofres públicos, a denominada Conta Salário e Emprego, para que também não houvesse dúvida acerca da arrecadação de tributos por parte de entidade sindical plural. Ainda assim, pende Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (4.067, de 9 de maio de 2008), cuja votação, ora suspensa, encontra-se desfavorável à lei e favorável ao respeito amplo da unicidade sindical.

4.3. De outro lado, em conhecido voto proferido em Mandado de

Injunção, o Ministro Sepúlveda Pertence asseverou que, “no tema de que cuidamos, muitos se têm deixado seduzir a emprestar o seu próprio conceito ideal de liberdade sindical à investigação objetiva do que efetivamente tenha sido acolhido pela Constituição”. E, prosseguindo, conclui: “Nela, uma vez desmistificada, o que, na verdade, se pôs foi um sistema de liberdade sindical mais que relativo, onde o caminho da aproximação aos parâmetros internacionais da Convenção 87, da OIT, se viu significativamente obstruído pela força cinquentenária da resistência do modelo corporativo do Estado” (itens 22 e 23 do voto vencedor do Mandado de Injunção 144, de 03 de agosto de 1992, publicado em 28 de maio de 1993).

4.4. A ementa desse Mandado de Injunção assevera: “A diferença entre o novo sistema, de simples registro, em relação ao antigo, de outorga discricionária do reconhecimento sindical, não resulta de caber o registro dos sindicatos ao Ministério do Trabalho ou a outro ofício de registro público. Ao registro das entidades sindicais inere a função de garantia da imposição de unicidade – esta, sim, a mais importante das limitações constitucionais ao princípio da liberdade sindical’.

4.5. O julgado mencionado é de 1992, mas ainda em 2009 a orientação do Supremo Tribunal Federal segue intacta, no sentido de separar a concepção ideal do sindicalismo de sua concepção constitucional. “O princípio da unicidade sindical, previsto no art. 8º, II, da Constituição Federal, é a mais importante das limitações constitucionais à liberdade sindical”, sintetizou a Ministra Ellen Gracie em julgamento de 12 de maio de 2009, publicado em 5 de junho de 2009, alusivo ao Recurso Extraordinário 310.811.

4.6. Uma vez assentada a premissa da unicidade sindical, convém lembrar que ela não vale apenas para a chapa derrotada nas últimas eleições, para os descontentes com a administração sindical e para os amotinados em geral, que conspiram a favor de um fracionamento da entidade em pequenas ilhas. A unicidade, como um comando da Constituição Federal, vale também para a fiscalização trabalhista, para a magistratura e, ainda, para o outro pólo da relação de trabalho – no caso, para o empregador.

4.7. Aceitar negociar diretamente com entidade sindical inviável, volúvel ou precária é o mesmo que anuir com a pluralidade sindical, sob o singelo argumento de que a entidade depositou os estatutos em cartório de registro de títulos e documentos, com cópia para o órgão apropriado do Ministério do Trabalho e Emprego.

4.8. Esse julgado, portanto, assenta-se na premissa de que, se a Constituição Federal de 1988 tem de ser respeitada inclusive naquilo com o que não concordamos ideologicamente, essa incumbência recai sobre todos, inclusive o empregador. A unicidade sindical é apenas mais um dos incômodos constitucionais, mas não pode ficar ao sabor dos interesses paroquiais.

5. Passa-se, então, a refletir sobre a plausibilidade da tese da defesa,

no sentido de que deixou de negociar com a entidade representativa dos empregados em restaurantes e passou a negociar licitamente, e de boa-fé, com a nova entidade, representativa dos empregados em restaurantes de refeições rápidas.

5.1. Não há viabilidade jurídica nem fática nessa premissa.

5.2. O fascinante mundo da culinária conhece diversas escolas e estilos. Sabe distinguir a alta gastronomia da culinária familiar, a cozinha experimental da cozinha de vanguarda e assim por diante, mas nada disso se confunde com o conceito de enquadramento sindical. É absolutamente inviável que cada escola culinária desenvolva sua própria entidade, muito menos num ambiente de unicidade sindical. Se já seria temerário admitir sindicatos específicos por ramo culinário, dentro de um ordenamento que praticasse a pluralidade sindical, tanto pior se isso ocorre sob a égide do artigo 8º, II, da Constituição Federal de 1988.

5.3. Recuperando-se o comando do artigo 511, § 2º, da CLT, que muitos se esquecem de ler, “a similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional”.

5.4. Em outras palavras, a categoria profissional se perfaz (repita-se: enquanto sobreviver o modelo da unicidade brasileiro) pela similitude de condições de vida da profissão ou do trabalho, podendo a atividade do empregador ser idêntica (culinária francesa com culinária francesa) ou meramente similar (restaurante estrelado com restaurante de auto-atendimento).

5.5. Isso vale também para as entidades sindicais patronais, aduzase. No Recurso Extraordinário 310.811, acima mencionado, o Supremo Tribunal Federal manteve acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que não aceitou os argumentos de um certo sindicato da indústria de frigorificação, que pretendia minar a autoridade do sindicato mais antigo, amálgama de categorias conexas sob a denominação de sindicato da indústria de congelados, supercongelados, sorvetes e liofilizados.

5.6. Naqueles autos, o acórdão paulista, transcrito quase na totalidade dentro do voto da Ministra Relatora, publicado em 5 de junho de 2009, lembra que o desmembramento sindical se tornou uma disputa de língua portuguesa, perdendo-se a pureza do movimento sindical. Ganha quem encontrar as palavras mais criativas para o fracionamento sindical. Mas, dentro da racionalidade e da boa-fé objetiva, dispensa qualquer comentário o fato de que uma entidade destinada à frigorificação estaria, sim, a afrontar a entidade já sedimentada em torno dos congelados. Pode-se discutir o mérito dessa escolha, mas, se já funciona uma entidade destinada a proteger os interesses dos empresários do ramo dos congelados, não faz sentido que surja outra focada na “frigorificação”, apoiando-se num conceito elástico de unicidade sindical por nicho. Mal

comparando, é como se houvésemos criado, ingenuamente, categorias e sub-categorias, conceito explosivo dentro de um contexto de unicidade sindical.

5.6. É exatamente isso o que ocorre quando uma entidade proclama sua independência sob a bandeira da comida rápida, esquecendo-se de que não basta ter encontrado um emblema criativo. Falta-lhe a essência.

5.7. Via de conseqüência, quando o empregador recebe comunicação de nova entidade sindical, recém formada, dizendo que doravante representa uma nesga da profissão até então agrupada em associação maior, deve ter a cautela de observar, preliminarmente, se ela é viável. Não será suficiente que a nova entidade apresente seus estatutos e emita seus boletos bancários, pois todos os atos, normas e leis orbitam abaixo do plano constitucional.

5.8. Aceitar que o empregador "escolha" a entidade com a qual queira negociar significaria implantar a pluralidade sindical de imediato no Brasil, sem necessidade de Emenda Constitucional.

5.9. Por todo o exposto, agiu de forma temerária o empregador ao aceitar negociar com entidade inviável, cuja concepção original é insustentável: representar trabalhadores afetos às refeições rápidas, dentro de um critério amplamente subjetivo, incompatível com o caráter objetivo do artigo 511 da Consolidação das Leis do Trabalho e do artigo 8º da Constituição Federal de 1988.

5.10. Não se trata de ação de nulidade de estatutos nem de desmembramento sindical, o que justifica a desnecessidade da presença nos autos dos representantes da entidade das refeições rápidas. Cuida-se apenas de exigir que o empregador pague o piso salarial da entidade representativa da categoria profissional dos hotéis, bares e restaurantes, abstendo-se de desviar o enquadramento dos contratos de trabalho de seus empregados para normas negociadas com entidades inviáveis juridicamente. Do ponto de vista jurídico, portanto, a norma coletiva firmada entre a reclamada e a entidade sindical incipiente se encontra no plano da ineficácia.

6. Além da necessidade de se respeitar a unicidade sindical, vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal se pauta pelo princípio da anterioridade, para as hipóteses de dúvida razoável acerca do monopólio sindical. Neste caso, o sindicato dos hotéis, bares e restaurantes é simultaneamente o maior, o mais abrangente e o mais coeso com o modelo da unicidade, mas ainda assim vale o esforço de lembrar que ele é também mais antigo.

6.1. 'Havendo identidade entre categoria de trabalhadores representados pelo autor e pelo réu e sendo idênticas também as bases territoriais de atuação de um e de outro sindicato, deve prevalecer o primeiro deles, dada a sua constituição anterior', declarou o Ministro Nelson Jobim no Recurso Extraordinário 99.142, em julgamento de 3 de outubro de 2000, com publicação em 14 de dezembro de 2001. Conferir, também, o Recurso Extraordinário

209.993, de 15 de junho de 1999.

7. Assentadas todas essas premissas, passo a julgar os pedidos formulados pela petição inicial à fl. 66.

7.1. Os pedidos A e B são indeferidos, porque até mesmo se mostram impertinentes ao mérito da demanda. Inverter ou não inverter ônus da prova é matéria processual e procedimental, que se resolve de acordo com a posição momentaneamente assumida pelas partes ao longo da demanda. Claro que o empregador tem maior aptidão para algumas provas documentais, que estão a seu fácil alcance, mas nada houve que atravancasse o bom andamento deste processo.

Anular todos os contratos feitos entre a empresa e o sindicato das refeições rápidas é igualmente inviável, até porque o julgado adotou a premissa de sua ineficácia para os fins dos contratos de trabalho dos empregados da reclamada e, também, para os fins da aplicação da norma coletiva do sindicato autor.

7.2. Advirto desde logo as partes que o Poder Judiciário não é órgão de consultoria, sendo irrelevante saber o destino a ser tomado pela entidade sindical inviável e pelos convênios que ela tem assinado.

7.3. São procedentes, porém, os pedidos C e D, em sua totalidade.

7.4. O empregador deve responder pelo piso salarial presente nas Convenções Coletivas do autor, arcando com as diferenças salariais, haja vista que o piso praticado, sob a inspiração do sindicato das refeições rápidas, sempre foi inferior. O fato de haver horistas e mensalistas é assunto secundário, que se resolve tranquilamente nos cálculos de liquidação, usando-se do bom senso e da proporcionalidade do pagamento. São devidos os reflexos postulados, como consequência lógica da majoração salarial a que todos os empregados estarão sujeitos. Dadas as peculiaridades da substituição processual, a forma mais eficiente do cálculo de liquidação será, sim, mediante exibição das listagens de guarda obrigatória pelo empregador, especialmente CAGED e RAIS, mas essa exibição será solicitada no momento oportuno, na fase apropriada, deixando-se para a ocasião a fixação ou não de astreinte ou a adoção de arbitramento em caso de recalcitrância do devedor.

8. A respeito da prescrição invocada pela defesa, passo a fazer duas observações.

8.1. A prescrição quinquenal é pronunciada, declarando-se inexigíveis todas as pretensões anteriores a 02/04/2004. Considerando-se que este julgado deferiu apenas diferenças salariais, o vencimento da obrigação é o quinto dia útil do mês seguinte (artigo 459 da CLT). Logo, ficou a salvo da prescrição o mês de março de 2004 (porque o salário daquele mês ainda não estava vencido em 02/04/2004), assim como o mês de abril de 2004, por inteiro e não apenas proporcionalmente.

8.2. Com relação à prescrição bienal, a defesa está correta quando lembra que o contrato de trabalho extinto mais do que dois anos antes do ajuizamento da ação tem todas as pretensões encobertas em sua eficácia. Em outras palavras, ainda que a substituição

processual tenha a vantagem de prescindir da presença individual de cada empregado substituído e ainda que o julgado seja proferido sem a lista dos trabalhadores, o fato é que a prescrição de dois anos, tal como prevista pelo artigo 7º, XXIX, da Constituição Federal de 1988, afeta todas as relações de emprego. Não houve causa suspensiva ou interruptiva capaz de aliviar essa pressão. Logo, declaro que não são exigíveis as diferenças salariais concernentes a contratos de trabalho expirados até 01/04/2007.

III. Conclusão.

Do exposto, a 88ª Vara Trabalhista de São Paulo julga PARCIALMENTE PROCEDENTES as pretensões de SINTHORESP - Sindicato dos Trabalhadores em Hotéis, Restaurantes e Silimares de São Paulo em face de Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda, para o fim de condenar o réu a pagar aos seus empregados diferenças salariais e reflexos, tudo a ser calculado em liquidação de sentença, observados os parâmetros da fundamentação, inclusive prescrição.

Na forma da lei, os juros de mora, desde a distribuição do feito, e a correção monetária, tomada por época própria o mês da prestação dos serviços. Recolhimentos previdenciários e fiscais, no que couber, a cargo do empregador, vedados descontos do crédito do autor, porque direitos reconhecidos judicialmente não podem ser tributados às expensas da parte lesada.

Custas pela reclamada, calculadas sobre o valor ora arbitrado de R\$ 100.000,00, no importe de R\$ 2.000,00.

Intimem-se as partes.

HOMERO BATISTA MATEUS DA SILVA
Juiz do Trabalho