

Decisão Completa do Desembargador em 09-02-2011

RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS - Desembargador Relator

4ª. TURMA PROCESSO TRT/SP Nº: 02312200807602001
RECURSO : ORDINÁRIO
RECORRENTE: sindicato dos trabalhadores em empresas de refeições rápidas (fast food) da cidade de São Paulo
RECORRIDO: doce aroma café Ltda. me
ORIGEM: 76ª Vara do Trabalho DE São Paulo

EMENTA: SINDIFAST. CONTRIBUIÇÕES. DÚVIDA RAZOÁVEL ACERCA DA REPRESENTAÇÃO. PREVALÊNCIA DO SINDICATO MAIS ANTIGO NO SETOR. Há indícios já detetados por esta Justiça, de que a constituição do SINDIFAST se deu com o objetivo de subtrair empresas do setor à atuação do SINTHORESP que detém o *munus* representativo histórico da categoria, o que não se pode admitir. Ainda que a moderna tendência seja a de prestigiar a chamada autonomia privada coletiva, a atuação dos sindicatos deve se dar em consonância com os fins a que se destinam essas entidades e sob a égide das normas constitucionais as quais não podem tangenciar ou afrontar. A teor do disposto no art. 513 alínea a, da CLT e inciso III do artigo 8º da Constituição Federal, aos sindicatos incumbe a defesa dos direitos interesses individuais e coletivos das respectivas categorias, e não a destruição do patrimônio jurídico dos representados. E nesse sentido, a atuação do sindicato recém-criado não se amolda àquilo que se espera de uma entidade que supostamente veio à luz para melhor representar uma categoria mais específica. Isto porque as convenções e acordos coletivos com ela firmados apresentam gritante redução da condição social dos trabalhadores, notadamente com rebaixamento do piso salarial em confronto com aquele mantido pelo sindicato tradicional. Ademais, a realidade informa que não existe diferenciação apta a promover tal cisão de base, quando se trata da profissão dos empregados em restaurantes, bares,

lanchonetes, *fast food*, cafés ou assemelhados: eles se constituem em cozinheiros, chapeiros, *maitres*, garçons etc, qualquer seja o modo de preparação do alimento, ou a forma de servi-lo. Tanto assim é, que sequer se cogita da cisão do sindicato patronal, para abranger apenas as empresas fornecedoras de refeições rápidas, o que faz evanescer o indispensável contraponto representativo entre entidade profissional x entidade econômica. Considerando a existência de dúvida razoável acerca da legitimidade de representação do novo sindicato, privilegia-se a anterioridade da representação pela entidade de classe mais antiga no setor. Por tais razões revejo posição anterior para declarar indevidas as contribuições pretendidas ao sindicato-recorrente. Sentença mantida.

RITO SUMARÍSSIMO

Dispensado o relatório, por força do disposto no artigo 852, inciso I, da CLT, com redação dada pela Lei nº 9.957/2000.

V O T O

Conheço porque preenchidos os requisitos de admissibilidade.

CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS E ASSISTENCIAIS – REPRESENTATIVIDADE DO SINDICATO-AUTOR

Sob o fundamento de que detém a representatividade dos empregados da ré, postulou o sindicato-autor contribuições sindicais e assistenciais.

Defendeu-se a ré alegando que seus empregados sempre foram jungidos ao Sinthoresp – Sindicato dos Empregados em Hotéis, Apart-Hotéis, Motéis, Restaurantes, Bares, Lanchonetes e Similares de São Paulo e Região, para quem fez os recolhimentos ora vindicados. Acrescenta que o conflito de representatividade entre o sindicato-autor e o Sinthoresp ainda não tem decisão judicial definitiva, mas que

"até o momento os empregados da reclamada só se beneficiaram perante o Sinthoresp, somente tiveram alguma assistência deste sindicato, e agora vem o sindicato reclamante que nada fez para os

empregados cobrar assistencial sem nada fazer, sem nada beneficiar, sindicato inclusive desconhecido pelos trabalhadores da reclamada.

Ainda para corroborar com a tese já exposta, anexo encontram-se a convenção coletiva da autora e a convenção coletiva do Sinthoresp, as condições mais vantajosas são a do sindicato que atualmente já representa os empregados da reclamada.

A reclamada não se sente segura para substituir a representatividade, uma vez que tem conhecimento que poderá responder futuramente a diferenças salariais e demais benefícios." (fls. 41/42)

A r. sentença combatida julgou improcedentes os pedidos, o de contribuição assistencial porque não provada a autorização dos empregados da ré, e o de contribuição sindical porque não juntada a RAIS ou a certidão de dívida ativa, na forma do artigo 606 da CLT. Reforçou a improcedência, pela prova de que os recolhimentos foram efetuados a sindicato diverso.

Insurge-se a ré, brandindo de plano a sua representatividade.

Sem razão.

A representatividade dos sindicatos em tela quanto aos empregados em empresas de refeições rápidas é objeto de diversas ações em trâmite, dentre elas uma Ação Ordinária cujo cerne é justamente tal representação, e um Mandado de Segurança, que pretende a declaração dessa representatividade enquanto não há trânsito em julgado da Ação Ordinária. Em nenhuma delas há trânsito em julgado, ou medida liminar em vigor.

Neste contexto, já decidi este relator, em outros processos, no sentido de prevalecer o ato administrativo do registro sindical, que é mantido tanto por uma quanto pela outra entidade, e que indica que o Sindifast se constitui em desmembramento do Sinthoresp, pelo que, até que exista decisão judicial com trânsito em julgado em sentido contrário, o Sindifast deteria legitimidade para representar os empregados em *fast-food* na base territorial de São Paulo.

Todavia, ante os termos da defesa, e reflexões advindas de outros processos, revi tal posição, para me inclinar pela representatividade do Sinthoresp. Vejamos:

Como regra, o enquadramento sindical do empregado é feito em razão da atividade preponderante da empresa (CLT, art. 570) e o sindicato representativo da categoria profissional do empregado é aquele que se contrapõe ao sindicato representante da atividade econômica do empregador. Com efeito, a inserção dos trabalhadores na chamada base profissional e sindical se faz levando em conta a similitude de vida oriunda do trabalho em comum, em situação de emprego em determinada atividade econômica, sendo

este o conceito jurídico-sociológico de categoria profissional que se extrai do art. 511, § 2º, da CLT.

Todavia, não se pode olvidar que o Direito Coletivo Brasileiro dispõe que a organização dos trabalhadores e a respectiva representação sindical são feitas de forma objetiva, por categorias.

Neste sentido, verifico que em São Paulo as respectivas categorias econômicas e profissionais do seguimento de hospedagem e alimentação desde tempos imemoriais foram legitimamente representadas pelo Sindicato dos Hotéis, Restaurantes, Bares, e Similares de São Paulo, e pelo Sinthoresp – Sindicato dos Empregados em Hotéis, Apart-Hotéis, Motéis, Restaurantes, Bares, Lanchonetes e Similares de São Paulo e Região, em perfeita contraposição de categoria econômica e profissional.

Todavia, no ano de 2000 surgiu o sindicato-autor, pretendendo cindir a representação da categoria profissional em questão, sob o fundamento de pretensa similitude do trabalho dos empregados em *fast food*, a diferenciá-los dos demais empregados a ponto de exigir representação sindical mais específica.

A respeito da criação dos entes sindicais de base, preleciona Amauri Mascaro Nascimento que "São, em tese, cinco as hipóteses de fundação de sindicato em nosso ordenamento jurídico de acordo com as situações que podem ocorrer: a) *fundação originária*, quando não existe sindicato na categoria e o pretendente é o primeiro que nela vai ser criado; b) *fundação por transformação de associação em sindicato* quando uma associação não sindical pretende transformar-se em sindicato para adquirir as prerrogativas deste; **c) *fundação por desmembramento de categoria, uma espécie de cisão, quando existe um sindicato preexistente que representa mais de uma atividade ou profissão, dele se destacando uma delas com o propósito de constituir um sindicato específico para aquela atividade ou profissão***; d) *fundação por divisão de base territorial* quando na categoria existe um sindicato amplo, nacional, estadual ou intermunicipal e o novo sindicato pretende situar-se com exclusividade em uma esfera geográfica de atuação menos ampla, destacando-se da base maior, caso em que representará a mesma categoria, mas na base territorial menor, sem prejuízo da continuidade da representação do sindicato preexistente nas demais bases; e) *fundação por fusão de sindicatos*, não vedada pela lei, caso em que um novo sindicato surgirá no lugar dos dois ou mais antes existentes com ampliação da sua base territorial e da sua categoria, portanto o inverso do desmembramento." (Nascimento, Amauri Mascaro. "Compêndio de Direito Sindical". São Paulo: LTr, 2008, p. 287-grifo meu).

Vê-se, pois, que a fundação originária de um sindicato representativo da categoria profissional em uma base territorial é, por si, impediante da criação de outra entidade na mesma base territorial, pelo princípio da unicidade sindical, exceto nas hipóteses supra mencionadas. Dentre elas, destaquei a "c", porque se constituiria, em tese, na hipótese em questão: o "*desmembramento de categoria, (...), quando existe um sindicato preexistente que representa mais de uma atividade ou profissão, dele se destacando uma delas com o propósito de constituir um sindicato específico para aquela atividade ou profissão*".

Todavia, a realidade informa que não existe diferenciação apta a promover tal cisão, quando se trata da profissão dos empregados em restaurantes, bares, lanchonetes, *fast food*, cafés ou assemelhados: eles se constituem em cozinheiros, chapeiros, *maitres*, garçons etc, qualquer seja o modo de preparação do alimento, ou a forma de servi-lo. Tanto assim é, que sequer se cogita da cisão do sindicato patronal, para abranger apenas as empresas fornecedoras de refeições rápidas.

Ademais, a atuação do sindicato recém-criado não se amolda àquilo que se espera de uma entidade supostamente criada para melhor representar uma categoria mais específica. Isto porque as convenções e acordos coletivos com ela firmados **apresentam gritante redução da condição social dos trabalhadores, notadamente com redução do piso salarial** em confronto com aquele mantido pelo sindicato tradicional. A circunstância fere a lógica e o bom-senso, além de clara afronta ao inciso III do artigo 8º da Constituição Federal: "*III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas*"

Há indícios já detetados por esta Justiça, de que a constituição do novel sindicato se deu com o objetivo de subtrair empresas do setor à atuação do SINTHORESP, entidade que detém o *munus* representativo histórico da categoria, o que não se pode admitir. Ainda que a moderna tendência seja a de prestigiar a chamada autonomia privada coletiva, a atuação dos sindicatos deve se dar em consonância com os fins a que se destinam essas entidades e sob a égide das normas constitucionais as quais não podem tangenciar ou afrontar. A teor do disposto no artigo 513 alínea a, da CLT e inciso III do artigo 8º da Constituição Federal, aos sindicatos incumbe a defesa dos direitos e interesses individuais e coletivos das respectivas categorias, e não a destruição do patrimônio jurídico dos representados.

Tal realidade vem sendo percebida pelos D. Juízes e Desembargadores deste Regional, destacando-se a posição do Exmo. Juiz Homero Batista Mateus da Silva, abaixo transcrita ante a profundidade da pesquisa e excelência dos fundamentos:

"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, aduza-se. 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 houvessemos 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."

Exsurge, pois, razoável dúvida acerca da legitimidade do sindicato-autor, quanto à representação sindical dos trabalhadores e, como bem salientado na magnífica sentença supra, o Supremo Tribunal Federal erigiu a anterioridade como critério válido em situações de disputa quanto ao monopólio sindical. E o Sinthoresp é tradicionalmente o sindicato representativo da categoria profissional.

Aliás, este Regional, por sua 12ª Turma, já se pronunciou não no sentido da dúvida, mas sim da certeza de que "O Sindfast, por seu turno, é um sindicato artificial, criado apenas com o objetivo de recolher contribuições, taxas e impostos. Não possui legitimidade alguma (vide fls. 174 e 175, inclusive vv.)." e de que "Por outro lado, não é pelo fato do restaurante que serve fast food ter algumas características particulares que a representação sindical, seja de patrões, seja de trabalhadores, vai mudar pela mera iniciativa cartorial de um grupo não necessariamente legítimo. Irrelevante, tampouco, que o novel sindicato tenha firmado norma coletiva com o sindicato patronal de hotéis, bares e restaurantes; nesse ponto, ambos exorbitaram dos limites legais, devendo tal norma coletiva ser considerada nula de pleno direito. A propósito, é sintomático que o sindicato patronal permaneça uno, congregando tanto os estabelecimentos que servem a la carte como os fast food, que, mecanizados que sejam, modernos e o que se queira inventar, continuam tranquilos sob a representação da mesma entidade de categoria econômica." (excertos do voto-condutor do Acórdão nº 0080928794, 12ª Turma; Recurso Ordinário em Rito Sumaríssimo; Processo nº: 01979-2007-075-02-00-0; Julgamento: 16/10/2008; Relator: Davi Furtado Meirelles-grifado no original).

Por todo o exposto, revejo o posicionamento anterior e afasto a legitimidade do sindicato-autor quanto à representatividade dos empregados da ré, sendo assim efetivamente improcedentes os pedidos de contribuições sindicais e assistenciais.

Mantenho.

Do exposto, conheço do recurso ordinário interposto e, no mérito, **NEGO PROVIMENTO** ao apelo na forma da fundamentação que integra e complementa este dispositivo.

RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS

Desembargador Relator