

JURISPRUDÊNCIA DO TRABALHO

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

ANO DE SERVIÇO EFETIVO - INTELIGÊNCIA DESSA EXPRESSÃO - FALTAS NÃO JUSTIFICADAS

- As faltas não justificadas ao serviço não são computadas para efeito de diminuição do tempo de serviço do empregado. O art. 478 da Consolidação não pode ter outro sentido senão o de ressalvar as suspensões e interrupções do contrato de trabalho, previstas no capítulo IV, do Título IV, do mesmo diploma legal.

Parciana Correia *versus* Fábrica Ipu

Proc. nº 2.169-50 – Relator: MINISTRO GODÓI ILHA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos em que são partes, como recorrentes, Parciana Correia e Fábrica Ipu - Artefatos de Tecidos Couro e Metal Sociedade Anônima e, como recorridos, os mesmos:

Por ter sido despedida imotivadamente, reclamou a empregada as respectivas indenizações, em base de 9 anos de serviço, 2 períodos de férias e aviso prévio.

Contestando, disse a emprêsa que o tempo de serviço efetivo, embora somando 71 dias em que estêve em gôzo de auxílio-maternidade, não ultrapassa de 8 anos 3 meses e 145 dias por isso que não se pode integrar naquele tempo os dias em que faltara ao serviço sem causa justificada e aquêles em que estêve em gôzo de auxílio-maternidade pondo à disposição da empregada a soma de Cr\$ 6.357,00, correspondente aos 8 anos de serviço e a um mês de aviso prévio. A empregada pretende haver o total de Cr\$ 9.299,60.

Não se conciliando as partes, o juiz prolatou a seguinte decisão de fls. 18 a 18 v.:

Vistos e examinados êstes autos de reclamação trabalhista, em que é reclamante Parciana Correia, brasileira casada, operária, residente no morro do Nicote n° 20, casa II, nesta Cidade, e reclamada a Fábrica Ipu, Sociedade Anônima, estabelecida à rua Coronel Smith, 380, etc.. e considerando que no cálculo da indenização deve ser computada a importância de repouso semanal remunerado na forma estabelecida pelo regulamento baixado pelo dec. n° 27.048, de 12 de agosto de 1949; considerando que assim deve ser, porque o referido regulamento não revogou a lei n° 605, de janeiro de 1949, senão que completou o sentido de suas normas, aditando um critério aritmético de aplicação delas; considerando que êste Juízo assim tem entendido e suas decisões, nesta parte, vêm merecendo apoio da Superior Instância; considerando que até o egrégio Tribunal Superior do Trabalho assim também tem entendido; considerando, quanto às férias, que procede o argumento da reclamada de que a reclamante no período de 1948 a 1949 e no de 1949 a 1950 estêve em gôzo de auxílio maternidade pelo tempo de setenta e um dias, percebendo então, a importância de Cr\$ 1.971,00; considerando que as férias são concedidas depois de um período de efetivo serviço: considerando que não pode, com justiça, a reclamante perceber, no mesmo período, além do auxílio-maternidade, a importância referente às férias, porque nesta hipótese ocorreria verdadeiro *bis in idem*; considerando que o aviso prévio, segundo dispõe a Consolidação das Leis do Trabalho, deve ser pago na base de 30 dias; considerando que, feito o cálculo do salário da reclamante, merece ela receber o aviso prévio de Cr\$ 832,30: considerando tudo mais, inclusive que o tempo de serviço da reclamante para efeito de calcular-se a indenização deve ser aquêle que decorre da operação que excluir o tempo em que estêve afastada para gozar do auxílio-maternidade; considerando, assim, que o tempo de serviço da reclamante perfaz o total de oito anos, três meses e vinte e cinco dias; considerando que, ainda que se computasse o período de auxílio-maternidade a reclamante não faria jus a nove períodos de indenização; considerando tudo mais, julgo procedente a reclamação de fls. 2, para o efeito de condenar a reclamada, Fábrica Ipu, a pagar à reclamante o seguinte: seis mil seiscentos e sessenta e dois cruzeiros e quarenta centavos de indenização; oitocentos e trinta e dois cruzeiros e oitenta centavos, de aviso prévio; mais as custas do processo".

A emprêsa não se ateu ao decidido pelo Dr. juiz, e recorreu da parte em que mandou integrar na indenização o valor do repouso remunerado. A empregada

também, não concordando com a decisão, recorreu para pleitear mais um ano de indenização e as férias compensadas com os dias de auxílio maternidade.

O Tribunal Regional proferiu a seguinte decisão de fls. 47:

"O apêlo da empresa não merece provimento, já que a inclusão do repouso no cálculo da indenização por dispensa injusta constitui jurisprudência pacífica deste Tribunal. Quanto ao recurso da empregada, não é justo que para o cômputo do seu tempo de serviço se excluam os dias em que deixou de trabalhar, porque a tanto não estava obrigada, como nos domingos e feriados. Não havendo, aí, falta, não há como fazer o desconto. Por tais fundamentos:

"Acordam os juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso da empresa e, pelo voto de desempate, dar provimento, em parte, ao da reclamante, para que em execução se verifique o seu tempo de serviço, excluindo do cômputo apenas os dias de faltas não justificadas".

Inconformados, ambos os litigantes recorrem de revista para este egrégio Tribunal.

A Procuradoria Geral da Justiça do Trabalho, a fls. 64-66, opina pelo provimento do recurso da empregada, a fim de ser mandada pagar a indenização pedida, e negando provimento ao recurso da empregadora.

É o relatório.

VOTO: Quanto ao recurso da empresa, a Procuradoria Regional apreciou devidamente a matéria.

Não conheço dêsse recurso.

Conheço do recurso da empregada e dou-lhe provimento. Realmente, descontando as faltas dia a dia, sem haver alteração no contrato é modalidade *sui generis* para os empregadores fazerem o cálculo das indenizações. Por exemplo, um empregado pode trabalhar para uma empresa 20 anos, faltando

900 dias e, em 7.000 dias, a sua indenização será de 18 anos o que não se justifica.

Aliás, o procurador J. ANTERO DE CARVALHO, em recente livro que intitulou "Direito do Trabalho Interpretado", feriu o assunto e, por coincidência, baseado na decisão do Tribunal Regional proferida neste processo.

Sob o título de "Ano de serviço e faltas não justificadas", êsse ilustre membro do Ministério Público tachou de absurdo o critério proclamado na decisão recorrida, porque êle se prende à interpretação literal, sem atentar para o seu efeito. E assim prossegue em sua argumentação: De fato, diz o art. 478 da Consolidação das Leis do Trabalho que a indenização devida pela rescisão do contrato por prazo indeterminado será de um mês de remuneração *por ano de serviço efetivo* ou por ano ou fração igual ou superior a seis meses.

Impressionou a exigência do *serviço efetivo*, que, de acôrdo com o art. 4º da prefalada Consolidação, é o tempo em que o empregado estiver à disposição do empregador, *aguardando ou executando ordens*. O raciocínio, portanto, deve ter sido assim concebido, se exige o art 478 seja efetivo o serviço e o art. 4º por seu turno, declara que sòmente estando à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, se caracteriza o mesmo serviço efetivo conclui-se, necessàriamente, que nos dias de não comparecimento ao trabalho fica o empregado fora do alcance do empregador e, assim não pode estar à sua disposição: donde não fazer jus ao cômputo dêsses dias para o efeito do cálculo da indenização, ressalvadas as faltas justificadas.

Data venia, não me parece lógica a conclusão nem o raciocínio, pois, sem ir longe, encontra-se logo no § 1º do citado art. 478 a impraticabilidade de tal interpretação.

Com efeito, determina êsse dispositivo que o primeiro ano de *duração do contrato* por prazo indeterminado é considerado como período de experiência e *antes* que se complete, nenhuma indenização será devida.

Ora bem. Formulemos a seguinte hipótese: um empregado é admitido em 1º de janeiro e despedido a 5 de fevereiro do ano seguinte. Durante o período do seu contrato teve, por exemplo, sessenta faltas não justificadas.

Apliquemos, para ver o resultado, a interpretação do Regional (não falo na decisão de 1ª instância, porque aquela, embora mais branda, me permite, igualmente, demonstrar o desacêrto), apliquemo-la e daí resultará o seguinte: com o decurso do primeiro ano de duração do contrato esgota-se o período de experiência, depois do qual tem o empregado direito à indenização, não justificando o empregador a despedida; todavia, as faltas não justificadas, em número de sessenta descontadas do tempo de serviço do empregado, não lhe proporcionariam o ressarcimento pela ruptura de seu contrato, uma vez que, segundo o entendimento do aresto em foco, não teria o trabalhador completado um ano de serviço efetivo. Conclusão: daria a lei num artigo para em outro, que se lhe contraporiam, retirar. Haveria, assim, um choque injustificável.

Depois de emitir considerações outras, o procurador J. ANTERO DE CARVALHO termina a sua crítica nestes têrmos: Mas, como é curial, a expressão *ano de serviço efetivo* há de ter uma interpretação, visto que não seria admissível a sua inutilidade. Para mim, conclui êsse membro do Ministério Público do Trabalho, a sua inteligência, no aspecto particular do artigo 478, é de que o legislador quis ressaltar as suspensões e as interrupções do contrato, previstas no capítulo IV, título IV da Consolidação (*in* "Direito do Trabalho Interpretado", págs. 87 e segs.).

Isto pôsto:

Acordam os juízes do Tribunal Superior do Trabalho, contra o voto do Sr. ministro RÔMULO CARDIM, em não tomar conhecimento do recurso da segunda recorrente e, pelo voto de desempate, em conhecer o da primeira recorrente, para lhe dar provimento na forma do pedido, apurado em execução.

Tribunal Superior do Trabalho, 11 de setembro de 1951. - *Delfim Moreira Júnior*, vice presidente no exercício da presidência: *Percival Godói Ilha*, relator.

Mário Bolivar Peixoto de Sá Freire, procurador.

COMANDANTE DE NAVIO - ESTABILIDADE

- Com a auto-limitação de seus poderes, em face da evolução dos tempos e do direito, o capitão de navio deixou de ser o magister navis da era romana para ser o empregado. O cargo de comandante de navio tornou-se assim um cargo técnico, gerando estabilidade.

Carlos Juvêncio de Oliveira e outro *versus* Correia Ribeiro & Cia. Ltda.

Proc. nº 3.320-49 - Relator: MINISTRO ASTOLFO SERRA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos, em que são partes, como recorrentes, Carlos Juvêncio de Oliveira e Correia Ribeiro & Companhia Limitada e, como recorridos, os mesmos:

Carlos Juvêncio de Oliveira e Gregório Rui Fernandes reclamaram perante a 1ª Junta de Conciliação e Julgamento de Salvador, Bahia, contra a empresa Correia Ribeiro & Companhia Limitada, para obter desta reintegração, "com pagamento de todos os vencimentos, a partir de 20 de fevereiro até a data em que se entendido, afinal, que a venda do navio importa a rescisão do contrato de marítimo estável, lhes forem efetivamente pagas as indenizações em dôbro, calculadas sôbre os elementos aqui argüidos (na reclamação), a diferença de salário pretendida pelo primeiro reclamante além das custas na forma da lei" (fls. 4). Reclamaram, ainda, em aditamento à inicial o primeiro, o pagamento de três períodos de férias, sendo dois em dôbro, e segundo, diferença de salários.

Em sua defesa, contestou a reclamada, preliminarmente, que as pretensões dos reclamantes não podiam ser pleiteadas em uma única reclamação, pôsto não haver identidade de matéria, conforme impõe o art. 842 da Consolidação das Leis de Trabalho. No mérito, sustentou, em relação a Carlos Juvêncio de Oliveira, comandante do iate "Itabuna", que, ocupando um cargo de confiança, ainda mesmo que tivesse 10 anos de serviço, poderia ser despedido e indenizado na forma do § 2º do art. 499 da Consolidação. Contestou, em relação a ambos os reclamantes, o tempo de serviço normal, o tempo de serviço

de guerra, a estabilidade e diferença de salários, que reconheceu ser de apenas Cr\$ 61,00 mensais para Gregório Rui Fernandes. Quanto às férias pleiteadas pelo primeiro reclamante, atribui-lhe apenas direito a dois períodos, por estarem os demais prescritos.

Também levantou a empresa reclamada a preliminar de que o pedido feito na reclamação fôra alternativo e assim não poderia ser conhecido.

Feita a necessária instrução processual com documentos, perícia, etc., a MM. Junta, depois de rejeitadas as proposta de conciliação, prolatou a decisão de fôlhas 62 *usque* 70, concluindo por julgar (sic) "procedente, em parte, a reclamação, para efeito de condenar a firma Correia Ribeiro & Companhia Limitada a pagar ao reclamante Carlos Juvêncio de Oliveira a indenização de antiguidade computada em dôbro, férias de dois períodos em dôbro (art. 143 da Consolidação das Leis do Trabalho) e salário a partir de 20 de fevereiro até a presente data. A Gregório Rui Fernandes a indenização de antiguidade em dôbro, as diferenças de salário a partir de 29 de janeiro de 1946 e os salários integrais até a presente data".

A sentença é longa e bem fundamentada, evidenciando não só a cultura do seu prolator como também o seu meticoloso cuidado no apreciar a matéria dos autos.

Há, com efeito, no decisório de primeira instância, abundância de citações e um perfeito estudo da tese dos autos, em que se examina a evolução por que passou o cargo de comandante de navio, que de *magister navis* das eras romanas passou, a pouco e pouco, à medida que a ciência e os tempos nos aparelharam com radiocomunicações os navios, para ser uma espécie de "diretor técnico de navio e o gerente do estabelecimento comercial que neste se contém", como assinala VALDEMAR FERREIRA. E conclui pela estabilidade, negando ao caso as características do cargo de confiança, opinando pela função técnica, passando o capitão de mandatário e preposto a ser considerado simples administrador. Que as qualidades, pois, de diretor técnico são mais preponderantes do que as outras que, ainda, porventura, se apresentem nas funções de comandante de navio. E conclui, nesse particular:

"Posta, assim, em relêvo a função eminentemente técnica do capitão de navio, e ressaltada a predominância de aspecto empregatício sobre a relação de mandato, torna-se evidente que, em face do cargo de capitão de navio, não se está em frente de uma função de confiança" (fls. 67).

Essa é a conclusão da MM. Junta com relação à tese; nos demais pontos apreciou o tempo de serviço, a parte de salários retidos, a causa de desembarque e as indenizações.

Inconformados, ambos os litigantes recorreram ordinariamente para o Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, que pelo acórdão de fls. 147 *usque* 155, após longa apreciação da matéria em todos os seus aspectos, assim concluiu (fls. 165 *in fine*):

Acorda o Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, por unanimidade: *a*) homologar a desistência da reclamação por parte de Gregório Rui Fernandes; *b*) rejeitar as preliminares suscitadas; *c*) dar provimento, em parte, ao recurso da empresa para excluir da condenação a parcela referente à diferença de salários a ser paga a Carlos Juvêncio de Oliveira, de 20 de fevereiro a 26 de julho de 1948; *d*) dar provimento, em parte, ao recurso de Carlos Juvêncio de Oliveira para acrescentar à condenação de férias um período simples e para fixar em 346 dias e 4 horas o seu tempo de serviço de guerra a ser contado em dôbro. E, por maioria de votos, manter a decisão recorrida na parte em que mandou indenizar o reclamante em dôbro por não considerá-lo um titular de cargo de confiança.

"Custas de lei".

É dêsse decisório que ambas as partes recorrem para esta Superior Instância, tendo a douta Procuradoria Geral, no seu parecer de fls. 38, opinado pelo não conhecimento de ambos os recursos, levando ainda em consideração o fato de haver um dos reclamantes desistido do apêlo.

É o relatório.

VOTO: *Preliminar de conhecimento*: O Tribunal conhece de ambos os recursos. Estão devidamente fundamentados; entrosando-se, ainda, nos mesmos, matéria de largos aspectos jurídicos.

Mérito: Tõda a controvérsia dos autos se orienta no sentido de se indagar:

1º) Se o comandante de navio é ou não cargo de confiança, para que se conclua:

2º) Se existe ou não, na espécie, um empregado estábilário.

O ponto nuclear, porém, da questão, não é, a meu ver, a mera discussão do que seja "cargo de confiança" e "cargo técnico", matéria já bastante debatida nos pretórios trabalhistas; mas, o exame da situação exato ou, melhor, da "posição empregatícia" de um comandante de navio "em face do fenômeno histórico da autolimitação dos poderes tradicionais do *magister navis*, nos tempos atuais", para se poder, finalmente, apreciar a situação jurídica de seu contrato de trabalho, pura e simplesmente perante as leis trabalhistas, fora, pois, do ciclo de interferência do Direito Comercial e do Direito Marítimo que dão ao comandante de navio atribuições especialíssimas, requisitos de profissionalidade, que procedem de leis específicas e não da convenção de *engajamento, que é ato privado e entre sujeitos de direito privado se celebram* (GIORGIO DE SEMO, "Trattato di diritto dell lavoro", PERGOLESSI e BORSI, vol. II, 445, *apud* CARMINO LONGO).

Êsse, a meu ver, o aspecto novo da questão, por isso que a tese fundamental é, realmente, saber se o comandante de navio, com a soma de poderes peculiares de seu cargo e encargos, - agente de autoridade pública e pessoa de direito privado; mandatário do armador; tabelião, quando reconhece firmas e aprova testamentos *in xtremis* (art. 1.656 do Cód. Civil); oficial de registro civil, lavrando, em viagem têrmos de nascimentos e de óbitos ocorridos a bordo (art. 78 do dec. nº 5.318, de 29 de fevereiro de 1940); juiz de casamento (arts. 198 e segs. do Cód. Civil); autoridade judiciária quando arrecada e inventaria bens de falecidos a bordo; autoridade policial, averiguando crimes, prendendo criminosos e procedendo a inquéritos a bordo; - se com todo êsse "conteúdo complexo" de atribuições poderá ser, também, um empregado, na conceituação trabalhista, titular de um contrato de trabalho com tôdas as características legais de "dependência e subordinação hierárquica", que lhe assegure, finalmente, um direito à estabilidade prevista na Consolidação das Leis do Trabalho (art. 492).

Com efeito, a situação peculiar do capitão de navio, com as suas funções públicas outorgadas por lei, não desfigura de seu contrato de engajamento, que é tipicamente privado, o seu caráter de contrato de trabalho. Antes o fortalece. De fato, a lei estabelece (art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho) que, para ser empregado, basta alguém prestar serviço de "natureza não eventual - a empregador sob a dependência dêste e mediante salário". Vai mais longe a lei: não estabelece "distinções relativas à espécie de emprêgo e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual" (parág. único do mesmo art. 3º). Logo, tanto poderá ser "empregado", na conceituação consolidada e até constitucional (art. 157, XVII. parág. único), o trabalhador braçal (manual) como o intelectual; não havendo nem devendo haver "distinções" entre as condições de trabalho, pelo que a relação de emprêgo independe do *status* social ou sociológico do trabalhador, mas apenas e unicamente da prestação de um serviço não eventual. caracterizando-se entre o dador de serviço e o prestador uma dependência eminentemente jurídica (subordinação hierárquica), e que o trabalho seja remunerado, carisma necessário para distinguir o trabalho livre do trabalho escravo.

Nessa conceituação se enquadra, perfeitamente, o contrato típico do capitão de navio, autêntico trabalhador intelectual, que reúne as peculiaridades de sua função eminentemente técnica, - diplomas, habilitação de capitão de largo curso, se dirige navegação em alto mar; ou de cabotagem, se a navegação e de tonelagem menor - a outras definidas no Direito Comercial e Marítimo, - diretor técnico de navio e gerente do estabelecimento comercial, que neste se contém - sem que desapareçam, com essas peculiaridades, os característicos jurídico do contrato de trabalho, na sua mais lidima expressão.

Estou com UKMAR, que proclama o feitio especial do contrato de trabalho do engajamento do capitão de navio vinculando-o a uma relação subordinada, "reunindo todos os requisitos essenciais que determinam a existência do contrato de emprêgo privado: a submissão voluntária da atividade profissional de parte do prestador de trabalho, a colaboração com funções diretivas e a subordinação".

Essa fisionomia do contrato de engajamento do capitão de navio é de uma relevância para o desate da questão.

BARASSI dá-lhe a conceituação de verdadeiro contrato de trabalho, afirmando "que êle, sem dúvida alguma, se disciplina no contrato do trabalho, porque nêle, com maior razão, o requisito de subordinação se manifesta mais vigoroso na relação" ("Il diritto del lavoro", Milão, 1935, vol. I, pág. 33).

Êsse característico de subordinação é também salientado, entre nós, por VALDEMAR FERREIRA, que classifica o comandante de navio "como um mandatário-empregado": ATÍLIO VIVAQUA sustenta, por sua vez, que o capitão de navio "é empregado e reúne, entretanto, à qualidade de prestador de serviços e de mandatário e a de depositário de efeitos recebidos a bordo" ("Ergon", III, pág. 30).

É certo que alguns tratadistas estrangeiros negam ao capitão de navio as qualidades de efetivação. RIVAROLA admite a sua dispensa sem motivo: "*el cargo de confianza que el capitan desempeña dan fundamento a la ley para con ou sin expresión de causa el armador queda despedir el capitan*" ("Tratado Dir. Com.", vol. VI, pág. 170), BOISTEL vai nos mesmos rumos: "*la mission du capitain... est essentiellement une mission de confiance*" ("Droit Com", pág. 916).

A. SCIALOJA sustenta o caráter *sui generis* do contrato de capitão de navio, assegura que o mesmo, "com suas características próprias, foge ao regime da legislação de proteção ao trabalho, observando "*sull'elemento del mandato si fonda la rapresentanza del capitano cosi come è regolato dalla legge*".

O Cód. Comercial italiano - art. 494 - "*consente il congedo del capitano senza preavviso e senza indenità...*". Perante o Cód. Comercial Brasileiro, o capitão é o comandante da embarcação (art. 497). Não lhe define, porém, as suas características de relação de emprêgo; mas traça-lhe, no entanto, um expressivo gráfico de responsabilidade em vários de seus artigos notadamente nos 498, 499 e 519. As funções de capitão são o resultado do mandato que exerce; na sua execução, portanto, lhe são inteiramente aplicáveis os princípios reguladores dêsse contrato. Como mandatário não lhe é permitido renunciar o seu mandato, sob pena de indenizar os mandantes dos prejuízos que uma tal renúncia lhes possa causar (art. 532 *apud* CALDEIRA NETO).

A situação, portanto, do comandante de navio, em face do comércio de navegação, é realmente peculiar, porém, a sua condição de trabalho ressalta; sem dúvida alguma, ao meu espírito, como a de um empregado na mais pura conceituação do Direito Trabalhista.

É justamente perante êsse direito novo, que dá ordenamento jurídico a situações novas e que a lei não previu, que se poderá estudar o contrato de trabalho do comandante de navio. Não será olhando o capitão de navio do ângulo meramente tradicional do Direito Marítimo, ou do Direito Comercial, que se lhe posa solucionar os conflitos oriundos do seu contrato de engajamento. "As transformações operárias em todos os tempos de atividade humana, particularmente as transformações sociais e políticas"... (FRANCISCO CAMPOS), criaram um sentido diferente na aferição das relações de trabalho. Alargou-se o campo de incidência do Direito do Trabalho; e as atividades humanas, como elementos ponderáveis de civilização e trabalho, constituem sem dúvida o objeto de sua sistemática. Onde houver trabalho subordinado a determinada vontade de uma pessoa, que o explora mediante pagamento, haverá aí uma relação de emprêgo; e, em consequência, um vínculo contratual. A relação, pois, de emprêgo no conceito trabalhista, existe, sem dúvida, no contrato de engajamento de capitão de navio. Nem foi aliás, objeto de dúvida, no caso em lide. A controvérsia se orientou, como já assinalei, apenas com relação aos seus efeitos para o direito à estabilidade, negada que fôra pela empresa, que considerava as funções do comandante como "a de um cargo de confiança", contra a sustentação do reclamante que assegurava exercer um cargo evidentemente técnico, portanto gerador de estabilidade.

Afirmar e torno a afirmar que as funções de comandante de navio não são as de cargos de confiança; mas que, sendo eminentemente técnicas, não lhe asseguram, também, por "serem técnicas", a estabilidade, que, no entanto, é manifesta, juridicamente comprovada pelas características de um contrato de trabalho sujeito à mais evidente das subordinações e dependências ao empregador.

Em tese, todo cargo é de confiança; porque não se poderá excluir da pactuação de um contrato de trabalho o elemento fiduciário, que mantém o equilíbrio em tôda e qualquer relação empregatícia. Não é êsse, porém, o conceito de confiança dos chamados cargos de confiança. A lei trabalhista estabelece um

critério jurídico para definir os cargos de confiança e que sejam da confiança *imediata* do empregador (art. 499). Êsse "imediato" traduz bem a intenção do legislador consolidador de dar à espécie um conceito de confiança *no tempo*, e não à *origem* da investidura na função (PONTES DE MIRANDA, *apud* J. ANTERO DE CARVALHO, pág. 10).

Ora, na aferição jurídica dessa confiança têm entendido a doutrina e a jurisprudência, que ela se manifesta, soberanamente, em todo ato do empregado que obrigue a empresa, podendo afetar-lhe substancialmente o destino dos negócios (DORVAL LACERDA). Nestes casos a confiança é objetiva, é daquelas que BARTOLOTTO denominou de *capo reparto*. Mas, no contrato do capitão de navio essa confiança é superada pela subordinação subsequente de seus encargos ao empregador. É o comandante de navio um daqueles altos empregados (DORVAL LACERDA), e que compõem o estado-maior da empresa (Côrte mexicana), de quem recebe mais do que um mandato ação deliberativa, mas, ainda, uma obrigação executiva digamos assim, que é peculiar das locações de serviço ou do contrato de trabalho. DEVEALI salienta bem essa distinção ("Derecho del Trabajo", pág. 263). Portanto, o contrato de capitão de navio não revela um cargo de confiança. O cargo de capitão é, porém, um cargo eminentemente técnico - contratado em razão de habilitação oficial, mediante carta expedida por estabelecimento naval. Mas já sustentei (acórdão no processo n° 4.334-48, "Diário da Justiça" de 5-8-49) que não basta ser um técnico para ser titular de estabilidade. "A tecnicidade das funções e de cargos não basta para fazer o empregado efetivo" (PONTES DE MIRANDA, prefácio do livro de J. ANTERO DE CARVALHO, "Cargos de Direção no Direito do Trabalho", pág. 16). A efetividade não procede necessariamente da técnica, mas de normas gerais e particulares que criam uma temporalidade ou permanência de efetivo. É certo que a técnica é um elemento de valorização do trabalho. Sendo uma especialização, o seu conceito sociológico é o de capacidade, que o homem adquira para produzir conscientemente uma tarefa. Essa noção de técnica, perante o Direito Trabalhista dá ao profissional uma posição mais definida; por isso que, se, genêricamente, todo trabalhador em relação à sua atividade ou ofício deve ser um "especializado", porque um marceneiro é e deve ser marceneiro, tènicamente não é nem pode ser o mesmo que pedreiro, todavia, quando se diz que êste ou aquêle profissional é um técnico, atribui-se-lhe uma "capacidade" no seu ofício foi a do comum um conhecimento obtido através de estudos e de prática. cientificamente

orientados, pelo que será capaz de atuar diferentemente do normal dos trabalhadores. Nem há dúvidas sobre isso, quando a própria Consolidação, para os efeitos de equiparação salarial (art. 461), exige muito mais do que o "trabalho igual", muito mais do que "a identidade de função" e "igual produtividade"; impõe, sim, como condição *sine qua non*: a de que o trabalho seja realizado "com a mesma perfeição técnica, pelo que se conclui: que um empregado que tenha a mesma função, a mesma produção, não tendo a mesma técnica, não poderá ser equiparado salarialmente".

Ora, se a simples perfeição técnica de uma produção tem garantias tão evidentes na lei trabalhista, a "função técnica" ou o cargo puramente técnico não poderia ter tratamento desigual perante essa mesma lei. Há de haver pois, certa garantia para esses cargos ou encargos, quando alguns funcionários os exercitam nas empresas, não simplesmente em caráter de mandatários da sociedade, cujos atos podem obrigar a empresa, mas em razão de sua competência, de sua capacidade de "especializado" neste ou naquele setor de trabalho. É claro que, em tais circunstâncias o técnico não poderá ter apenas a estabilidade econômica que a lei dá aos cargos de confiança; a estabilidade funcional lhe será conferida, máxime quando a função técnica suportar os ônus de uma subordinação jurídica, nos termos do art. 3º da Consolidação.

É essa, perfeitamente, a situação das funções técnicas do capitão de navio em face dos tempos modernos.

O capitão de navio já não é mais o *magister navis* da era romana; o dono do navio, *cui totius navis cura mandato est*, da definição de ULPIANO; nem o *senhor de barão e cutelo*, dominando os mares e as tempestades nos séculos das aventuras marítimas. Aquêles marujo semibárbaro, meio homem e meio lobo do mar, foi a pouco e pouco perdendo o seu autoritarismo medievo; as suas maneiras selvagens; os seus impulsos e arremessos de brutalidade tornaram-se comedidos; modificaram-se os tempos. Um comportamento exemplar de homem civilizado, de verdadeiro "gentleman", traçou-lhe a conduta em razão mesmo de seu próprio ofício, e, assim, aconteceu com a pessoa do capitão, saindo do homem-velho um tipo novo, o mesmo se deu com a "função" e o "exercício" dela, que se modificaram substancialmente. Deixou de ser a navegação uma aventura náutica para se transmudar num roteiro, seguramente orientado, não mais pela certeza de cálculos matemáticos. Por seu

turno, a função do comandante passou a ser disciplinada por códigos e regulamentos, por normas mais imperativas, que estabeleceram obrigações de ordem pública e particular, não oferecendo mais o ofício de capitão de navio aquela atuação desbragada de senhor feudal dos mares, sem leis e sem preconceitos, em pleno absolutismo, dentro de seu navio onde não temia nem Deus nem tempestade. Êsse tipo de dono de navio desapareceu, por completo, com o decorrer dos tempos. A civilização domesticou o velho lobo do mar; a ciência, reduzindo-lhe a distância entre sua ponte de comando e o seu armador, reduziu-lhe o fastígio de liberdade, subjugou-o a uma obediência absoluta - às ordens de seu empregador. Aquêles que era então livre de agir, disciplinadamente obedece ordens, e, hoje, entrega-se a uma conduta de verdadeira subordinação jurídica.

São êsses aspectos novos, engendrados pelas injunções dos tempos novos, que o Direito do Trabalho terá de examinar para dar soluções. São situações novas que fogem ao campo de aplicação dos velhos Cód. Comercial e Marítimo; e a sua "fôrça expansiva de ordenamento jurídico" (SANSEVERINO), que envolve e dilui fronteiras de sistemas caducos para estabelecer relações de direito entre o prestador e o dador de trabalho, é que terá normas para aplicar. Apreciar, hoje, a função de capitão de navio como se vivêssemos há cinco séculos, julgar a sua atuação por métodos de apreciação jurídica das eras das Ordenações seria fugir à realidade dos nossos dias. Cabe ao Direito do Trabalho essa tarefa delicada de fixar os aspectos e os efeitos jurídicos e econômicos da relação empregatícia do comandante de navio. Essa relação jurídica já ficou, a meu ver, bem definida, neste voto, em face da norma consolidada. Não é a de um cargo de confiança; nem tampouco de um cargo puro e simplesmente técnico, mas a de uma função eminentemente técnica e também eminentemente subordinada às ordens do empregador. ATÍLIO AMISTANI, examinando as limitações históricas por que passou o capitão de navio, assim escreve: "As grandes e novas invenções, a aplicação do vapor e do telégrafo revolucionaram o comércio e a indústria náuticas. O capitão, embora distante, presume-se em contínua comunicação com o armador; nos portos de escala encontrará um agente especial (recomandatário) com um consignatário com representação temporária... Essa inovação com que se limita a autoridade do capitão à sua função técnica é o que se observa na maioria das companhias (emprêsas de navegação). Assim, o capitão, de mandatário e preposto, começa a ser

considerado simples administrador" ("Direito Comercial Marítimo", J. FIGUEIRA DE ALMEIDA).

BONNECASE, de sua vez, sustenta: "dados os progressos realizados na ciência em relação com a navegação marítima, o número de atos jurídicos suscetíveis praticamente de serem realizados pelo capitão têm diminuído de maneira extremamente sensível de tal modo que é difícil a um capitão se comunicar com os seus agentes terrestres" ("Précis Elémentaires de Droit Maritime").

Em conclusão: As condições modernas do contrato de engajamento do capitão de navio em face dos meios de telecomunicação de que dispõe o armador para dar ordens ao comandante, torna a êste um autêntico empregado nos termos do art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Isto pôsto, deve ser mantido o acórdão recorrido, negando-se provimento a ambos os recursos.

Por êsses fundamentos:

Acordam os juízes do Tribunal Superior do Trabalho em conhecer de ambos os recursos e negar-lhes provimento, unânimemente.

Tribunal Superior do Trabalho, 17 de abril de 1951. - *Geraldo Montedônio Bezerra de Meneses*, presidente; *Astolfo Serra*, relator.

Otávio de Aragão Bulcão, procurador.

*

REPOUSO SEMANAL REMUNERADO - COBRANÇA - FALTAS AO SERVIÇO

- A necessidade de comparecer em juízo, como reclamante, justifica a falta ao serviço, para efeito de percepção do repouso semanal remunerado. A enumeração constante do § 1º do art. 6º da lei nº 605 é demonstrativa e não taxativa.

Indústria Pastro Ltda. *versus* Leopoldo Zimmermann

Proc. n° 1.235-50 - Relator: MINISTRO CARVALHO JÚNIOR

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de revista n° 1.235-50 da 4ª Região, em que é recorrente Indústria Pastro Limitada, sendo recorrido Leopoldo Zimmermann:

O recorrido intentou reclamação contra o recorrente, para ser pago da importância de Cr\$ 127,76, correspondente à remuneração do domingo de 13 e do feriado de 15 de novembro de 1949 e ao acréscimo de 20% estabelecido em julgamento de dissídio coletivo. A recorrente confessou não ter pago a importância reclamada, alegando que o recorrido faltou uma vez ao serviço, "em virtude de ter comparecido à Justiça do Trabalho". A 1ª Junta de Conciliação e Julgamento de Pôrto Alegre, considerando que "não cabe ao empregador descontar o salário do empregado por êste comparecer à Justiça do Trabalho, quer como reclamante, quer para servir de testemunha em qualquer processo", julgou procedente a reclamação. Opostos embargos, foram rejeitados. Seguiu-se recurso de revista, interposto pela reclamada que argüiu violação do disposto no art. 6º da lei n° 605, de 5 de janeiro de 1949, argumentando que "é certo que o reclamante não atendeu ao seu horário de trabalho, porque foi a Justiça do Trabalho apresentar sua reclamação", e que "tal circunstância, como foi dito alhures, não constitui motivo justificado ainda mais quando se considera que o reclamante lá foi sem pedir licença, sem dar qualquer satisfação à reclamada, ausentando-se por tempo exageradíssimo para um mister tão singelo". A recorrente, pois confessou que a falta do recorrido ao serviço foi motivada pelo seu comparecimento à Justiça do Trabalho na qualidade de reclamante. Se, nos termos do art. 822 da Consolidação das Leis do Trabalho, "as testemunhas não poderão sofrer qualquer desconto pelas faltas ao serviço ocasionadas pelo seu comparecimento para depor, quando devidamente arroladas ou convocadas", *a fortiori* tal desconto não poderá ser feito no caso de se tratar de comparecimento indispensável à própria defesa de direito do empregado. Demais a enumeração do § 1º do art. 6º da mencionada lei n° 605 não é taxativa, mas demonstrativa, tanto que a respectiva alínea "a"

se refere a faltas não previstas nas demais alíneas e que o próprio empregador pede ter como justificadas.

Em face do exposto e pelas considerações expendidas:

Acordam os juízes do Tribunal Superior do Trabalho por maioria de votos, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Tribunal Superior do Trabalho, 26 de julho de 1951. - *Delfim Moreira Júnior*, vice-presidente no exercício da presidência; Joaquim Máximo de Carvalho Júnior, juiz designado para redigir o acórdão.

Mário Bolivar de Sá Freire, procurador.

*

REPOUSO SEMANAL REMUNERADO - ALTAS AO SERVIÇO - PROVA

- O comparecimento ao serviço, com o cumprimento integral do horário, é o fato constitutivo do direito ao repouso remunerado. Contestada a existência desse fato, o reclamado poderá manter-se inativo, cabendo ao reclamante prová-lo.

Mário Moreira Pinto *versus* Manuel Gonçalves Fernandes

Proc. n° 4.013 51 - Relator: MINISTRO OLIVEIRA LIMA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos, em que são partes, como agravante Mário Moreira Pinto, e como agravado Manuel Gonçalves Fernandes:

A sentença da Junta incluiu na condenação o pagamento das férias e do repouso remunerado. Recorreu ordinariamente o empregador, sustentando que o empregado não fêz jus ao repouso, porque não provou assiduidade integral, e das férias deveriam ser deduzidos os dois últimos períodos.

O Tribunal Regional decidiu:

Quanto ao repouso, iniciou o reclamado a sua defesa por sustentar que o empregado já o recebia, visto se encontrar incluído no aumento concedido em julho último. Sendo a lei nº 605 de 5 de janeiro de 1949, evidente é o direito do reclamante a partir dessa data. Quanto à falta de assiduidade ao serviço, competia ao empregador fazer a prova neste sentido, o que não logrou produzir. Também não tendo prova de que o reclamante já gozara o período de férias reclamado, impõe-se a confirmação da sentença que a condenara na forma do pedido. Por êstes fundamentos e considerando o mais que dos autos consta:

Acordam os juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso".

Manifestada a revista, foi denegada pelo seguinte despacho:

"Como se vê do venerando acórdão recorrido, deixou o recorrente de fazer prova quanto à alegada falta de assiduidade do empregado e quanto ao pagamento de férias. Trata-se, portanto, de questão puramente de fato, que não enseja o apêlo interposto. Denego a revista".

A Procuradoria Geral opina:

Deve ser mantido o despacho agravado.

Com efeito, o recurso de revista cujo seguimento foi denegado não atende aos imperativos legais.

"Versa exclusivamente matéria de fato, como se depreende da leitura do traslado de fls. 9".

É o relatório.

VOTO: O acórdão recorrido decidiu, quanto à falta de assiduidade, que o ônus da prova dessa falta compete ao empregador. Ora, o comparecimento ao serviço com o cumprimento integral do horário de serviço é o fato constitutivo

do direito ao repouso remunerado. O Cód. de Processo Civil dispõe no art. 209, § 1º, que:

"Se o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a êste incumbirá o ônus da prova".

Em matéria de repouso remunerado, o fato constitutivo do direito ao mesmo é o comparecimento ao serviço e o cumprimento do horário de trabalho.

Contestada a existência do fato constitutivo, o réu poderá manter-se inativo. É o que observa PEDRO BATISTA MARTINS.

Trata-se de uma questão de direito, a dirimir. A matéria enseja o apêlo indeferido.

Dou provimento ao agravo.

Isto pôsto:

Acordam os juízes do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade de votos em dar provimento ao agravo, a fim de determinar a subida do recurso, observadas as formalidades legais.

Custas *ex lege*.

Tribunal Superior do Trabalho, 20 de setembro de 1951. - *Manuel Caldeira Neto*, presidente; *Edgar de Oliveira Lima*, relator.

João Antero de Carvalho, procurador.

*

REPOUSO SEMANAL REMUNERADO - COBRADOR COM ORDENADO FIXO E COMISSÕES - DESCONTO DAS FALTAS

- A jurisprudência do Superior Tribunal do Trabalho é no sentido de que o mensalista, ou o quinzenalista, não tem direito ao repouso remunerado

quando não tiver sido descontado em caso de faltas ao serviço, ou quando não prove que o respectivo salário era pago na base de 1/25. O ônus dessa prova negativa cabe ao empregado. Em se tratando de empregado comissionista, a jurisprudência é pela exclusão dos favores da lei n° 605.

Importadora Americana S. A. *versus* Henrique Finkel

Proc. n° 3.059-50 - Relator: MINISTRO OLIVEIRA LIMA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos, em que são partes, como recorrente Importadora Americana Sociedade Anônima - Comercial e Técnica (sucessora de José Axebrud & Irmãos), e como recorrido Henrique Finkel:

O empregado pediu pagamento do repouso remunerado. A Junta de Conciliação e Julgamento não deu pela procedência, fundou-se em que, segundo seu próprio depoimento, o reclamante é quinzenalista e jamais foi descontado pelas faltas ao serviço. Quanto ao argumento do reclamante, de que quando não efetuava cobranças não recebia a respectiva comissão, a sentença o repeliu, considerando que tal remuneração é aleatória, eis que está condicionada a que o comprador pague o débito.

O Tribunal Regional da 4ª Região reformou aquela sentença, para condenar a empresa a pagar ao reclamante o repouso semanal a ser apurado em liquidação.

Baseou se o acórdão, em resumo, em que o reclamante era quinzenalista percebendo uma parte fixa de salário e outra variável, pelas cobranças efetuadas. A circunstância de receber parte do salário em caráter de comissão não o exclui do benefício eis que houve apenas omissão para remuneração dos trabalhadores a comissão. Mas, tal cálculo terá de ser feito, por analogia, segundo o critério adotado para os trabalhadores por tarefa ou peça.

Quanto à parte fixa do salário do empregado, como quinzenalista, considerou o acórdão que ao empregador cumpria provar que o cálculo do salário era feito na base de 1/15 e que os descontos eram realizados na base de 1/15 (fls. 48). A ementa do acórdão exprime, nitidamente, a tese estabelecida (fls. 48).

O juiz vencido, justificando o voto a fls. 52-53, ponderou:

O recurso da empresa, baseado na alínea *b* do permissivo legal, alega, em substância: que o reclamante é cobrador, percebendo, mensalmente, Cr\$ 580,00 e mais uma parte variável, ou seja, uma comissão de 5% sobre o valor da cobrança que fizer mensalmente. O pagamento dos salários é feito quinzenalmente e do modo seguinte: na primeira quinzena recebe a parte fixa e na segunda, as comissões a que fêz jus durante o mês. Seja, por isso, mensalista ou quinzenalista, certo é que jamais foi descontado por faltas e, perante a lei, não tem direito ao recebimento do repouso semanal; como quinzenalista ou mensalista já é pago dos dias corridos, integralmente; quanto à comissão, o dia de repouso não afeta, por isso que o que não pode cobrar em um dia, cobrará no dia seguinte ou no decurso de todo mês, sem que daí lhe advenha qualquer prejuízo. Demais disso, se a comissão é paga sobre o total da cobrança efetuada no decorrer do mês, é êsse o resultado a considerar, eis que o cobrador pode produzir em um dia tanto ou mais do que em uma semana ou mesmo em uma quinzena; pode passar dias sem nada produzir, ao contrário do tarefeiro, que, no seu horário de trabalho, necessariamente ganhará muito ou pouco, que seja. De feito que o dia de repouso obrigatório lhe prejudique o ganho, sem compensação pela produção nos dias de trabalho.

Para o empregado a comissão, como para o mensalista ou o quinzenalista, em nada influi, quanto ao salário, o número de domingos e feriados. Descansam sem diminuição do salário, sendo que o trabalhador a comissão tem a faculdade de passar dias sem produzir e compensar a falta de ganho com maior produção nos dias subseqüentes, dentro do mês.

Conclui observando que não existe a menor analogia entre a situação do tarefeiro ou peceiro e o cobrador ou trabalhador a comissão. Se de invocar fôsse a analogia, fixado deveria ser o disposto no art. 2º, parte final, da lei nº 605, que expressamente exclui os trabalhadores "que operam em qualquer regime de parceria, meação, ou forma semelhante de participação na produção. Ora, o empregado que percebe percentagem sobre a cobrança efetuada no decurso do mês, participa da produção da empresa, diretamente.

O recorrido, em suas contra-razões, sustenta e reforça os fundamentos do acórdão recorrido. A Procuradoria Geral opina pelo não conhecimento do apêlo.

Voto: Preliminar de conhecimento.

A jurisprudência dêste Tribunal Superior é no sentido de que o mensalista ou o quinzenalista não têm direito ao repouso remunerado quando jamais foram descontados, em caso de falta, ou não provem que seus salários eram pagos à razão de 1/25, não cabendo ao empregador o ônus da prova negativa.

Na espécie, o reclamante recebe a parte fixa de seu salário como quinzenalista e jamais foi descontado. O acórdão recorrido, mandando pagar o repouso no que tange ao salário fixo, atrita-se com a jurisprudência.

Quanto ao comissionista, a jurisprudência dêste Tribunal Superior é em sentido contrário ao decidido pelo acórdão regional.

Conheço.

No mérito. Dou provimento ao recurso para restabelecer a sentença da Junta.

Isto pôsto:

Acordam os juízes do Tribunal Superior do Trabalho em conhecer do recurso, por unanimidade, para, *de meritis*, dar-lhe provimento, a fim de estabelecer a sentença da Junta de Conciliação e Julgamento, vencidos os Srs. ministros GODÓI ILHA, relator, e ANTÔNIO CARVALHO JÚNIOR, que mantinham a decisão recorrida.

Custas ex lege.

Tribunal Superior do Trabalho. 12 de julho de 1951. - *Delfim Moreira Júnior*, vice-presidente no exercício da presidência; *Oliveira Lima*, relator *ad hoc*.

Humberto Grande, procurador.

*

REPOUSO SEMANAL REMUNERADO - MENSALISTAS

- Na hipótese dos empregados mensalistas admitidos posteriormente à emissão da lei n° 605 há uma presunção *juris tantum*, até prova em contrário, de que o pagamento dos respectivos salários é efetuado na base do mês de 30 dias.

Edifício "Henrique da Cunha Bueno" *versus* Paulo Pisa de Sousa

Proc. n° 3.291-50 - Relator: MINISTRO DELFIM MOREIRA JÚNIOR

ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos, em que são partes, como recorrente Edifício "Henrique da Cunha Bueno", e como recorrido Paulo Pisa de Sousa:

Contratado com Cr\$ 800,00 em 28 de outubro de 1949, solicitou o empregado demissão da firma reclamada em 21 de janeiro de 1950, quando já percebia Cr\$ 1.200,00 mensais. Pleiteou o pagamento do repouso semanal remunerado.

Contestou a reclamada, afirmando que o reclamante foi contratado quando já em pleno vigor a lei n° 605, de janeiro de 1949, e no seu ordenado mensal já estava incluído o repouso semanal.

A 3ª Junta de Conciliação e Julgamento de São Paulo, considerando que na carteira profissional do reclamante não consta que a remuneração de Cr\$ 800,00 mensais compreenda também o pagamento do repouso remunerado e, assim, se há de entender que significa apenas o pagamento da contraprestação, ou seja salário *pròpriamente* dito; considerando que não existe nos autos qualquer elemento probatório que possa invalidar essa interpretação, contra o voto do vogal dos empregadores, julgou procedente a reclamação, para ser apurada em execução.

Êsse pronunciamento foi confirmado em grau de embargos.

Daí a presente revista, apoiada na alínea *b* do permissivo legal. Acentua o recorrente que houve violação do art. 7º, § 2º, da lei nº 605, que considera já remunerados os mensalistas cujo cálculo de salário seja feito na base de 1/30. Acentua que o reclamante foi admitido depois da vigência da lei referida, não prevalecendo a presunção *juris tantum* de que os salários mensais eram pagos na base de 25 dias, sendo forçoso admitir que o empregador cumpria a lei, em falta de qualquer prova em contrário. Salieta que não estava o empregador obrigado a anotar na carteira profissional que o descanso semanal estava compreendido no salário mensal estipulado, como entendeu a decisão recorrida, eis que o pagamento do repouso é obrigação instituída em lei e não depende de declaração expressa, havendo, assim, violação do art. 129 do Cód. de Proc. Civil.

A Procuradoria Geral opinou pela confirmação do julgado.

É o relatório.

VOTO: O contrato de trabalho, firmado em 28 de outubro de 1949, estabelecia uma remuneração mensal fixa de Cr\$ 800,00; que, ao tempo de sua rescisão, era de Cr\$ 1.200,00. Nos autos não existe elemento algum pelo qual se comprove o critério adotado para o cálculo do salário mensal fixado. A Junta julgou procedente a reclamação, sob o fundamento de que a empresa não comprovou ser o salário do empregado pago na base de 30 dias, nem procedeu na carteira profissional a qualquer anotação sobre a inclusão do repouso na remuneração.

Alguns tribunais trabalhistas têm decidido que compete ao empregador a prova de que o salário era pago na base de 1/30. Mas, isso nos dissídios trabalhistas de mensalistas admitidos antes do advento da lei nº 605, de janeiro de 1949. Esse critério não pode prevalecer para os admitidos posteriormente à vigência desse diploma legal, eis que há, conforme bem assinalou o recorrente, uma presunção *juris tantum* de que, em tais casos, o pagamento se faz na base de 30 dias. Essa presunção se me afigura perfeitamente legítima, pois, não havendo prova em contrário, forçoso é admitir que as partes, ao firmarem o contrato de trabalho após o advento da lei nº 605, já a consideravam e a cumpriam.

E essa interpretação cresce de significação diante dos conhecidos princípios de direito de que ninguém pode alegar a ignorância da lei e de que seu cumprimento se presume até prova em contrário.

Ainda improcede o fundamento da sentença de que estava o recorrente obrigado a anotar na carteira profissional que o descanso estava compreendido no salário mensal que se convencionou. Não existe mandamento legal nesse sentido. Ao contrário a lei considera já remunerados os dias de repouso semanal do mensalista cujo cálculo de salário seja feito na base de 30 dias.

Pelos motivos expostos, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para julgar improcedente a reclamação.

Isto pôsto:

Acordam os juízes do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria de votos, em conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para julgar improcedente a reclamação.

Tribunal Superior do Trabalho 15 de marco de 1951. - *Geraldo Montedônio Bezerra de Meneses*, presidente; *Delfim Moreira Júnior*, relator.

Dorval Lacerda, procurador.

Tribunais Regionais do Trabalho

AEROVIÁRIO - COMANDANTE DE AERONAVE - DIREITOS E OBRIGAÇÕES

- Não constitui ato de indisciplina o fato do comandante de aeronave procurar saber, antes do embarque, se a tripulação sob o seu comando está segurada, bem como não incorre em falta aquêle que, falando a verdade, revela que a emprêsa mantinha sem vôo aviões cujo tempo de serviço já se havia esgotado.

Geraldo José Marinho Palhares *versus* Central Aérea Ltda.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso ordinário: Geraldo José Marinho Palhares reclamou para haver da Central Aérea Limitada o pagamento de indenização e aviso prévio, férias de 30 dias e salários. Êstes foram pagos em audiência. Contestando, a emprêsa negou que o reclamante pudesse ter as férias de 30 dias, já que não era êsse o período legal. Dispensara-o por haver agido indisciplinadamente e feito referências que desabonavam a emprêsa. Decidiu a MM. 5ª Junta de Conciliação e Julgamento do Distrito Federal ponderando que tanto a reclamada como as demais companhias de aviação davam aos seus empregados 30 dias de férias e não o mínimo de 20, que seriam os garantidos por lei, passando, pois, a constituírem os 30 dias um direito para o reclamante. Nenhuma falta êle praticara, quer ao recusar partir com o avião, de que era o comandante, sem estar certo de que a tripulação se achava segurada, quer ao revelar que a emprêsa mantinha em vôo aviões cuja cota de horas já se havia esgotado, afirmação verdadeira confirmada pelo então presidente da companhia. Aliás, não fôra êle dispensado por êsse presidente, a quem procurara para saber da situação da tripulação, antes de se decidir a partir para viagem de três dias, não sendo justo nem legal que o obrigassem a isso quando havia motivos para pensar que não se encontrava a tripulação segurada; fôra o pelos novos proprietários compradores da emprêsa. Da sentença reconhecendo procedente a ação, recorreu a reclamada para fazer ressaltar haver o recorrido agido de modo a infringir a disciplina, pois, no momento do embarque e no dia em que era vendida a emprêsa, resolvera interpelar, no aeroporto, o seu colega comandante Almir, condicionando o embarque à exibição da apólice de seguro. Como êsse comandante não possuísse elementos para informá-lo, eis que detinha cargo equivalente ao do recorrido, e não dispunha por isso de elementos informativos, a recorrente se vira na contingência de não ter outra alternativa senão a da sua substituição. O recorrido dispusera de tempo preliminar para a indagação e dêle se havia valido indo à emprêsa seguradora, onde recebera a garantia que tanto desejava. Ainda de notar que a recusa não se fundara no fato dos aviões haverem excedido as horas de vôo, mas, simplesmente, na inexistência ou perda do seguro. Que não se deslocasse, portanto, a questão de seus termos exatos. Contra-arrazoando, o recorrido acoimou de falsas as bases do recurso e invocou, como de valor

decisivo, o depoimento do comandante Almir, que, segundo se via pelo documento a fls. 20, era o diretor geral da empresa. A douta Procuradoria opinou pela confirmação do decisório, por lhe parecer natural que o recorrido mostrasse empenho no se acautelar e aos demais tripulantes contra os riscos de um vôo sem cobertura de seguro.

VOTO: Confirmamos a sentença. Por tudo que se lê nos autos, a conclusão que se impõe é que o recorrido, comandante da aeronave e responsável pela sua tripulação, estava no seu direito, ainda no relativo aos próprios interesses legítimos, de procurar averiguar, antes de partir, se a companhia, que se encontrava em condições financeiras precárias, havia providenciado sobre o seguro da aeronave. Para esse fim, dirigiu-se ao comandante-presidente da empresa, do qual apenas esperava uma palavra afirmativa e nela confiaria para partir em viagem que duraria por três dias, prazo em que, não renovada a apólice de seguro, se acharia a tripulação sem esse amparo assegurado por lei. Depois de fazer que o recorrido aguardasse por duas horas, o comandante-presidente da companhia, em lugar de lhe dar o esclarecimento atenciosamente pedido, fê-lo substituir, bem como a toda a tripulação, por outros que não exigiam a certeza de se acharem segurados contra os riscos do vôo. A demora da partida não ocorrera, portanto, por culpa do recorrido e nem este se insubordinara; pensamos até que, dadas as circunstâncias, cumpriu um dever. Nem o comandante-presidente o despediu. A dispensa só seria comunicada pelos novos proprietários da empresa, logo vendida, notando-se que outros empregados também foram despedidos. Não ficou provado que o recorrido houvesse enunciado conceitos desabonadores da empresa, pois, se fizera referência ao fato da companhia manter em serviços aeronaves com o seu tempo de vôo esgotado, dissera uma verdade e esta deveria ser levada ao conhecimento das autoridades fiscalizadoras. Com excelente currículo funcional e tendo demonstrado espírito de cooperação na empresa, conforme nos certificamos compulsando os autos, e consideradas as suas responsabilidades, o recorrido não merecia a dispensa como ato justo da empregadora. A sentença serena e judiciosamente apreciou a causa dirimindo o dissídio, permanecendo invulnerada a sua fundamentação, não abalada pelas razões aduzidas com o recurso.

Acordam os juizes do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, unânimemente, negar provimento ao recurso.

Rio de Janeiro 11 de abril de 1951. - *Délio Barreto de Albuquerque Maranhão*, vice-presidente no exercício da presidência; *Oscar Fontenelle*, relator.

Jorge do Rêgo Monteiro Faveret, procurador adjunto.

*

EDIFÍCIO DE APARTAMENTOS RESIDENCIAIS - EMPREGADOS - CONDIÇÃO DE DOMÉSTICOS

- Os empregados de edifício residencial em condomínio são considerados domésticos, pouco importando que no prédio haja um ou mais apartamentos alugados. Tais trabalhadores só serão favorecidos pela legislação especial e tutelar do trabalho quando forem contratados nos termos dessa legislação por empresa administradora de imóveis ou por empresa individual ou coletiva, constituída para explorar a renda de bens imóveis.

Manuel Pimenta *versus* Condomínio do Edifício Elfa

Proc. n° 1.114-51 - Relator: JUIZ FERREIRA DA COSTA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso ordinário, de n° 1.114-51, sendo recorrente Manuel Pimenta e recorrido Condomínio do Edifício Elfa: Perante a MM. 2ª Junta de Conciliação e Julgamento desta Capital, reclamou Manuel Pimenta pleiteando o pagamento das quantias correspondentes a aviso prévio, indenização, horas extraordinárias, repouso remunerado e anotação na carteira profissional alegando haver sido dispensado injustamente. Defendeu-se o reclamado, representado pelo administrador Sr. Antero Fonseca e o síndico Rosalvo Félix Brim de Araújo, argüindo a exceção de incompetência da Justiça do Trabalho, *ratione materiae*, sob a alegação de ser o condomínio reclamado de caráter residencial, sem fins econômicos, devendo ser o reclamante considerado doméstico, desabrigado portanto, da proteção das leis trabalhistas. A MM. Junta acolheu a exceção de incompetência *ratione materiae* argüida.

Recorrendo, salienta o reclamante tratar-se na hipótese de um edifício de apartamentos, dos quais uma grande parte é alugada a terceiros pelos respectivos condôminos, circunstância essa não contestada, o que vem provar a existência da exploração econômica dos apartamentos, destinados que são para renda. Invocando julgados dêste egrégio Tribunal sustenta que o fato de vários condôminos de um edifício de apartamentos os alugarem a terceiros constitui um objetivo comercial, de renda, o que os torna responsáveis pela indenização ao zelador que lhes prestou serviços. Nessas condições, estava certo não poder ser considerado como empregado doméstico, já que prestava serviços a pessoas que assumem os riscos de atividade econômica. Que o Tribunal desse provimento ao recurso para o efeito de determinar que o Tribunal *a quo* julgue o mérito da reclamação. Contra-arrazoando a espécie, o recorrido reafirma a condição de doméstico do recorrente, repisando os argumentos da sentença para concluir pela sua confirmação. Emitindo parecer, acha o Dr. procurador, que oficiou na espécie, que não se trata propriamente de exceção de incompetência *ratione materiae* e sim de exceção de ilegitimidade de parte. É que na hipótese, há dois grupos de proprietários: um, de proprietários que moram no edifício e outro que, não residindo no mesmo, faz da respectiva propriedade fonte de renda, explorando o comércio de aluguéis. Êste segundo Bruno é que deve ser considerado o empregador para todos os efeitos legais. É o relatório.

Voto: Discute-se se os empregados em edifício de apartamentos estão ou não sob a proteção da legislação do trabalho. Por várias vezes, os tribunais especializados da Justiça do Trabalho têm enfrentado a questão, mas, *data venia*, de maneira insatisfatória. O que se tem decidido é que, quando o edifício é ocupado pelos proprietários dos vários apartamentos, tais empregados equipararam se aos domésticos. Quando os vários apartamentos que constituem o edifício são alugados, tais empregados têm a proteção das leis tutelares do trabalho. De vez em quando, porém, surge uma terceira hipótese: os apartamentos do edifício são em parte ocupados pelos seus proprietários e em parte alugados a terceiros. Qual é a situação dos empregados? É a pergunta que se faz e que precisa ser respondida. Não se pode compreender que a situação jurídica do empregado fique à mercê de oportunidades até porque pode ocorrer que, determinando-se a relação de emprêgo em razão da locação de certos apartamentos, o empregado seja ora doméstico ora não. A definição de empregado doméstico na Consolidação das Leis do Trabalho deixa em dúvida o

juiz: "...assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não econômica à família no âmbito residencial destas". Sendo as atividades do empregado limitadas portas a fora dos apartamentos, poder-se-á considerar que são exercitadas no âmbito residencial? Por outro lado, a locação de apartamentos feita pelos proprietários ou co-proprietários do edifício será de natureza econômica? Quanto à primeira dúvida, parece desaparecer se buscarmos a definição legal primitiva, do doméstico: "são considerados empregados domésticos todos aqueles que de qualquer profissão ou mister, mediante remuneração, prestam serviços em residências particulares *ou a benefício destas*" - art. 1º do dec.-lei nº 3.078, de 27 de fevereiro de 1941, publicado no "Diário Oficial" de 1º de março de 1941. Evidente que o porteiro, zelador ou faxineiro de edifício de apartamentos, embora seja discutível se presta serviços "no âmbito residencial", o faz "em benefício de residências particulares". Pouco importa que o apartamento, ou melhor a residência, seja alugada ou própria. Ela é particular. Com relação ao "empregador", definido no art. 2º da precitada Consolidação, *verbis*: "Considera-se empregador, a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços", não se pode, parece claro, entender como tal o co-proprietário de um edifício. Será forçar demasiado o conceito de empresa, levando-o até o proprietário de um apartamento. Não há por outro lado, na locação discutida, nenhuma atividade econômica. É verdade que a lei consolidada manda equiparar ao empregador os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitem trabalhadores como empregados (§ 1º do art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho), mas é muito claro que qualquer das instituições equiparadas visam a um empreendimento, podendo ser consideradas, excepcionalmente, como *empresas*. E só restritivamente se podem compreender as exceções. Assim considerando, chego à conclusão que só está amparado pela legislação trabalhista aquele empregado de edifício de apartamentos residenciais que presta serviços a empresa administradora - atividade econômica definida - ou a proprietário ou conjunto deles que exploram a locação, - organizados em sociedade, - visando a um fim comercial ou de renda. Nesse passo estou de pleno acordo com o que já se tem decidido aqui: "Toda vez que os empregados são admitidos pelos que se encarregam da administração de prédios, mediante uma remuneração estipulada, não se vinculam aos proprietários destes, mas aos procuradores, que fazem da exploração de tais mandantes um negócio" (CRT.

1.377-42, in "Diário "Oficial" de 31-7-1942). "Não é de ser considerado como doméstico o empregado em edifícios de apartamentos desde que haja a exploração dos mesmos para aluguel a diversos, sòmente lhe podendo ser atribuída tal situação na hipótese de condomínio" (CRT 210-43). "O encarregado de um edifício de apartamentos com cunho comercial, de renda, é empregado para todos os efeitos legais" (TRT 1.448-50). Mais: "Ao proprietário do imóvel que o explore com objetivo comercial, cabe o ônus de indenizar o zelador que lhe prestou serviços sob dependência de forma salarial identificada na relação de emprêgo, disciplinada pela legislação trabalhista" (Acórdão n° 785-50). Na hipótese dos autos, o que se verifica é que a condição é mista, i. é, alguns apartamentos são ocupados pelos proprietários e outros por inquilinos, mas inquilinos, cada um dêles, de co-proprietários diversos que não fazem da locação um negócio, como é óbvio. A prevalecer a tese que o recorrente sustenta com tanto brilhantismo, aliás, bastaria que, num edifício de apartamentos ocupado integralmente pelos co-proprietários, um dêles resolvesse sublocá-lo (alugar alguns cômodos) para que os empregados domésticos passassem a ser amparados nela legislação especial e tutelar do trabalho. Por êsses fundamentos - excludentes dos que sustentam a respeitável decisão recorrida, com os quais só em parte concordo - nego provimento ao recurso, mas para julgar improcedente a reclamação. Valho-me da lição de TOSTES MALTA: "A primeira vista poderia parecer que houve um êrro de técnica na conclusão da sentença, julgando improcedente a reclamação, não reconhecendo a relação de emprêgo. Na verdade, porém, o pedido é fundado nessa relação e, assim, a conclusão adotada está certa. "Não se conhece da reclamação quando o pedido pode fundar-se, também, em outra relação a ser apreciada pela Justiça comum. É o caso que freqüentemente ocorre, de reclamação formulada por trabalhador autônomo para haver pagamento de comissões. Se o juízo se considerasse incompetente, estaria proclamando a competência de outro e, no caso dos autos, tal não ocorre. Não se trata, também, de carência de ação, pois que esta não exclui a relação de emprêgo: ou a legislação trabalhista não alcançou, ainda, determinados grupos de empregados, como os domésticos, ou não tornou exigíveis aos empregadores certas obrigações, como as decorrentes da participação nos lucros".

Ex positis:

Acordam os juizes do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 7 de novembro de 1951. - *Délio Barreto de Albuquerque Maranhão*, presidente; *Álvaro Ferreira da Costa*, relator designado.

Jorge do Rego Monteiro Faveret, procurador adjunto.

*

VENDEDOR - DESCONTO NOS PREÇOS, POR INICIATIVA PRÓPRIA - RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

- Não pode o empregado-vendedor decidir sobre descontos nos preços, agindo por iniciativa própria.

Antônio Bichara *versus* Casas Gebara de Sêdas S. A.

Proc. nº 325-51 - Relator: JUIZ OSCAR FONTENELLE

ACÓRDÃO

Vistos e relatados êstes autos de recurso ordinário: Antônio Bichara reclamou por despedida injusta, havendo a Casas Gebara de Sêdas S. A. rebatido, dizendo que êle vendia mercadoria por preços inferiores ao tabelado e, quando observado, respondia que era êle quem fixava o preço. A MM. Junta de Conciliação e Julgamento do Distrito Federal achou procedente a ação, porque só esporadicamente é que o reclamante tal fizera. E antes de fixar o preço, no caso em tela, solicitara autorização ao chefe, que a dera. Indo, depois, a outro chefe, para que pusesse o visto, êste se recusara a isso. Recorreu a empresa objetando ter ficado provado que o recorrido era pessoa de opinião e de agir como entendesse; que, além dos prejuízos, que assim causava, perturbava a disciplina, agindo por conta própria e criando aborrecimento com a freguesia, se a empresa não concordava com os descontos por êle feitos. Inexato que houvesse obtido a autorização mencionada, sendo a sua testemunha mesma a esclarecer: "que na venda impugnada pelo reclamado o depoente concordou com um dos artigos e não concordou com o outro, isto é, com a diferença feita

pelo reclamante". A aceitar o critério seguido pela sentença, instaurar-se-ia a inversão da ordem no estabelecimento, já que seria o empregado que resolveria sobre os negócios. Contra-arrazoou o recorrido, acentuando que a necessidade do visto prévio do conferente mostrava ser impossível que êle vendesse a mercadoria pelo preço que entendesse. Interessava era saber se houvera autorização para o desconto e essa houvera, assim desaparecendo a justa causa alegada para a dispensa.

A douta Procuradoria opinou pela reforma da sentença, fundando-se no fato das testemunhas arroladas pela recorrente terem afirmado categòricamente ser vedado aos empregados fazer diferença nos preços:

VOTO: Ficou bem estabelecido pela prova testemunhal que o recorrido era useiro no fazer descontos nos preços das mercadorias, quando isso era proibido. Se é verdade que a efetivação dos descontos dependia do "visto" do conferente, não menos que, procedendo da maneira incriminada, o recorrido criava situações constrangedoras para a casa, que teria de desgostar o freguês não concordando com o abatimento de preço feito pelo empregado. O que ficou provado, nos autos, no caso diretamente ligado à sua dispensa, é que o recorrido só tivera autorização para o desconto em parte da mercadoria. Ainda mais: não ficando satisfeito, reagira desrespeitosamente contra um dos gerentes da loja. Parece-nos a sentença inteiramente divorciada da prova, tendo ela mesma reconhecido, no entanto, que o recorrido, embora só esporàdicamente, vendia pelos preços que fixava. É de se dar provimento ao recurso.

Acordam os juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, por unanimidade, dar provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 16 de abril de 1951. - *Délio Barreto de Albuquerque Maranhão*, vice-presidente no exercício da presidência; *Oscar Fontenelle*, relator.

Carlos Mendes Pimentel, procurador adjunto.

*

**GRATIFICAÇÕES DE NATAL - COBRANÇA - AUSÊNCIA DE
AJUSTE E VARIABILIDADE**

- As gratificações só integram o salário quando tenham sido ajustadas, nos termos do § 2º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho, ou quando concedidas em caráter permanente e em quantias certas, no entendimento da jurisprudência dos tribunais do trabalho. As gratificações que dependem da liberalidade e do arbítrio do empregador, não obedecendo a uma sistemática continuidade, não são exigíveis.

Cia. Lidgerwood Industrial *versus* Francesco Ferraiolli

Proc. nº 1.390-51 - Relator: JUIZ TOLEDO LEITE

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso ordinário, entre partes, como recorrente a Cia. Lidgerwood Industrial e como recorrido Francesco Ferraiolli:

Acordam os juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, por maioria, em dar provimento ao recurso, para julgar improcedente a reclamação. Vencido o Sr. juiz Dr. ÁLVARO GONÇALVES CAÇADOR, que mantinha a sentença, negando provimento ao recurso. Custas pelo recorrido.

Alega o reclamante, ora recorrido, que trabalha para a reclamada e recorrente desde 7 de setembro de 1916, exercendo a função de correntista, com salário de Cr\$ 3.200,00 mensais; que todo ano, no dia 24 de dezembro, o reclamante recebe uma gratificação, tendo, em 1949, recebido Cr\$ 5.700,00; que, em 1950, todos os empregados receberam suas gratificações costumeiras, com exclusão do reclamante. Pede a condenação da reclamada nessa gratificação, na importância a ser apurada, visto variar a mesma de ano para ano, sempre com acréscimo.

Na audiência de fls. 5, defendeu-se a empregadora, afirmando que, no fim de cada ano, concedia a título de liberalidade, tendo em vista a eficiência do reclamante e os resultados da produção na parte em que era encarregado, uma gratificação variável. É por êsse motivo e a caráter de liberalidade que tal gratificação não consta da carteira profissional do reclamante, nem em conta

especial, mas sim registrada em conta-corrente; que tal gratificação oscila para mais ou para menos de ano para ano; que essa gratificação não pode, portanto, ser exigível, por não ser objeto de contrato de trabalho, estando ao arbítrio do empregador, como prêmio à assiduidade e eficiência do empregado; que o reclamante em 1950 não mereceu tal prêmio, que é concedido de acordo com os lucros da empresa; que em 1950 nenhum lucro teve a reclamada. Pede a improcedência do pedido.

Na instrução, foram ouvidas as partes. O reclamante confessa que não tem qualquer contrato escrito com a empresa, para exigir a gratificação (fls. 10); que essa gratificação variava sempre em sentido progressivo; que todos os empregados receberam gratificação, menos o reclamante. A reclamada explica que o critério da gratificação (fls. 11) é o seguinte: lucro de empresa, produtividade do empregado e valor do salário do empregado. Foi procedida pericia nos livros da empresa, juntando o reclamante o documento de fls. 12. As partes apresentam quesitos. A reclamada ouviu testemunhas a fls. 25. O laudo se mostra a fls. 28 e 31. Pela sentença de fls. 39, a MM. Junta julgou procedente o pedido. Inconformada, recorre a empregadora, deixando de contra-arrazoar o reclamante. A douta Procuradoria Regional opina pela manutenção do julgado.

É o relatório.

Determina o § 2º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho que as gratificações só se integram nos salários quando tenham sido ajustadas. A jurisprudência é mais benevolente, determinando a integração nos salários quando pagas em quantias certas e dadas em caráter permanente. Na espécie, o próprio reclamante afirma o contrário. Em sua inicial, diz que, desde 7 de setembro de 1916, feriado nacional, trabalha para a reclamada. Sua carteira afirma que foi em 7 de julho de 1916 o início do trabalho. Portanto, há trinta e cinco anos presta serviços à reclamada e somente em 1948 e 1949 recebeu gratificações variáveis de Cr\$ 5.500,00 e Cr\$ 5.700,00, portanto há dois anos.

O laudo de fls. 32 informa que tais gratificações são dadas a número reduzido de empregados, não obedecendo a uma sistemática continuidade quanto aos seus beneficiários. Não consta também do contrato de trabalho do reclamante. A reclamada teve, em 1950, um lucro de Cr\$ 56.588,20, que é irrisório para os

tempos de hoje. Sendo, portanto, tal gratificação mera liberalidade da empresa, para premiar os seus empregados eficientes e produtivos, carece o reclamante de qualquer direito ao que pleiteia.

Nessas condições, dá-se provimento ao recurso, para ser julgada improcedente a reclamação.

São Paulo, 12 de novembro de 1951. - *Nobrídio Negreiros*, presidente substituto; *Décio de Toledo Leite*, relator.

Reginaldo Allen, procurador.

*

**IMPERÍCIA FUNCIONAL - REBAIXAMENTO DE CATEGORIA –
LIMITES DO PODER DIRETIVO DA EMPRESA - REPOUSO
REMUNERADO**

- Em face do regime da Consolidação, que não inclui a imperícia do empregado entre as causas de rescisão do contrato de trabalho, não é admissível o rebaixamento de categoria ou o retrocesso, por incompetência funcional, ultrapassado o período de experiência. O empregado admitido na vigência da lei nº 605, com o ordenado mensal estipulado em determinada base, não tem direito ao acréscimo do repouso semanal.

Aurenito Alves de Santana *versus* Alfaiataria Chile

Proc. nº 155-51 - Relator: JUIZ ÉLSON GOTTSCHALK

ACÓRDÃO

Vistos, etc.:

Aurenito Alves de Santana pleiteia haver da Alfaiataria Chile, de propriedade de Antônio Venâncio Silva, o aviso prévio, indenização e repouso semanal, dizendo-se despedido indiretamente por motivo de rebaixamento de funções, a partir do dia 27-6-51.

Em aditamento, pediu a diferença de cinco dias de férias.

Contestou a reclamada, dizendo que o reclamante trabalhou até o dia 30 de junho de 1951, e que não houve rebaixamento, de vez que foram mantidos os seus vencimentos, sem qualquer alteração; que não há diferenças de férias e que o reclamante deveria ter pago o aviso prévio nos termos do parág. único do art. 487 (fôlhas 4).

Malograda a 1ª proposta de conciliação, argüiu o advogado do reclamante uma nulidade *ad processum*, por haver o recorrente reclamado perante o Ministério do Trabalho sôbre anotação de carteira profissional. A MM. Junta indeferiu o requerimento. Foram juntados os documentos de fls. 6 e 12; interrogadas as partes, ouvidas as testemunhas, e após o debate oral, tentou-se inùtilmente o acôrdo, proferindo a MM. Junta, afinal, a decisão de fls. 24-25, concluindo pela procedência parcial do pedido, condenada a reclamada no pagamento de Cr\$ 1.633,00, relativo à indenização e 5 dias de férias, além das custas de Cr\$ 125,50, absolvendo a reclamada na parte referente ao repouso remunerado, condenando o reclamante nas custas de Cr\$ 328,90.

Inconformados, recorreram ambas as partes no prazo e em forma legal, o empregado pretendendo a reforma do decisório na parte referente ao repouso e ao aviso prévio, e a empregadora na parte referente à indenização e a cinco dias de férias em que fôra condenada.

Escusaram-se as partes de falarem como recorridos.

É o relatório.

Consta da carteira profissional, do livro de registro de empregados e do depoimento de três testemunhas que o reclamante fôra admitido como mestre-alfaiate, ou como contramestre, ou ainda como chefe de oficinas, como encarregado de cortar a fazenda, fazer provas e distribuir o serviço. Contra tais provas nada se alegou. Um ano após a prestação dêsses serviços entrou o empresado de férias e quando regressou lhe foi atribuída a função subalterna desempenhada anteriormente pelo seu ajudante, passando êste ao lugar do reclamante, como cortador e provador, e o reclamante para o lugar daquele,

como pregador de mangas, fazendo consertos, numa palavra, como *oficial buteiro*, segundo a j3ria da profiss3o.

Estudando os limites do *jus variandi*, escreve VASCO DE ANDRADE sue, "de fato a presta3o consensual da f3rça de trabalho inclui apenas a execu3o de um certo g4nero de atividade, e n3o de outros, a varia3o posterior importa uma inova3o contratual, ou seja um novo ap4elo ao consenso" ("Atos Unilaterais" p3g. 125).

No caso, n3o foi obtido o consentimento do empregado para a nova3o da qualifica3o profissional, e, longe disso, esta altera3o recebeu d4ele viva repulsa, at4 porque ela decidiu na alta censura do rebaixamento de categoria, visto como se deu uma altera3o no "plano vertical" a qual, segundo o mesmo autor acima citado, "4 proibida por lei e vedada pelo contrato" (ob. cit., p3g. 126).

Do mesmo modo que VASCO DE ANDRADE, o not3vel jurista baiano ORLANDO GOMES, tratando dos limites do poder hier3rquico, escreveu que "as ordens emanadas da dire3o da empr4esa em rela3o a determinado empregado devem estar condicionadas 3 natureza do servi3o contratado e 3 posi3o hier3rquica do trabalhador. Assim 4 que o empregador n3o pode exigir de um empregado de categoria que realize tarefa subalterna" ("Introdu3o ao Direito do Trabalho", p3g. 133).

Esta doutrina dos autores patricios 4 inspirada nas melhores fontes estrangeiras como se pode ver em BARASSI e em SANTORO PASSARELLI, dentre outros. Quanto ao 4ltimo autor citado, pode-se ler no seu excelente livro estas palavras apropriadas ao caso: "Cada mudan3a de atribui3es que importa uma mudan3a de qualifica3o e cada mudan3a de qualifica3o um retrocesso e tamb4m uma promo3o, requerem sempre a ades3o, expl4cita ou impl4cita, do trabalhador" ("Nozioni di Diritto del Lavoro", 4ª ed., N3poles, 1948, p3g. 43).

Alega, por4m, a empregadora que substituiu o empregado em face de sua incompet4ncia profissional, de sua imper4cia, a ponto de j3 ter dado s4rios preju3zos 3 casa, com o inutilizar roupas de fregueses.

Assim, verifica-se que o rebaixamento lhe fôra impôsto como medida disciplinar.

Mas, como acertadamente adverte VASCO DE ANDRADE, é "difícil conceituar a retrocessão como sanção disciplinar imposta ao trabalhador inadimplente, fugindo á sistemática das penas regulamentares, construída sôbre outros fundamentos, em que a punição (quando verdadeiramente disciplinar) não afeta a modalidade da prestação contratual ou a qualificação do trabalhador, resumindo-se a encargos pecuniários, juntamente com advertências pessoais" (ob. cit., pág. 131).

"Entre nós, no sistema do Cód. Civil, era permitido o retrocesso", como ensina CESARINO JÚNIOR, "em face do disposto no n° VI do art. 1.229, considerando justa causa para dar o empregador (locatário) por findo o contrato: "imperícia do locador no serviço contratado". Ora, como quem pode o mais pode o menos, é evidente que o empregador poderia transferir o empregado para uma categoria inferior, no caso de imperícia para os serviços contratados, em vez de despedi-lo pura e simplesmente".

Entretanto, para o próprio professor da Universidade de São Paulo, que doutrinariamente entende, com apoio em PAOLO GRECO, que seria melhor adotar-se o retrocesso do que a despedida pura e simples, para êle próprio, dizíamos, já no regime da lei n° 62 não era admitido entre nós o retrocesso, porque não reproduziu êsse dispositivo sôbre imperícia ("Revista do Trabalho", fevereiro de 1951, pág. 3).

Em face do regime da Consolidação, a outra conclusão não se poderia chegar, pôsto que não enumera ela, no artigo em que fornece o elenco das justas causas, a imperícia do empregado como causa rescisiva do contrato de trabalho.

Ademais, no caso dos autos, a alegada imperícia ter-se-ia dada ou proclamada pelo empregador, após mais de um ano de vigência do contrato de trabalho, tanto que o empregado foi rebaixado quando regressou das férias.

Admitindo que o primeiro ano de duração do contrato de trabalho seja considerado como período de experiência (artigo 478, § 1°), ter-se-ia que, decorrido o seu prazo, integrou o empregado no contrato definitivo, já no curso

do qual não podia o empregador rescindir o pacto sob a invocação de motivos somente admissíveis no curso do contrato de prova (v. CASSI, in "Il Rapporto di Lavoro in Prova", Milão, 1950; VALENTE SIMI, "L'Estinzione del Rapporto di Lavoro", Milão 1948, página 45).

A alteração verificada, assim, em plena vigência do contrato definitivo, não assumirá mais nem a forma de *retrocesso*, admitido, com reserva, pela doutrina italiana; mas revestiria a forma típica de *rebaixamento de categoria*, tão profligado entre nós dentre outros autores por JOAQUIM PIMENTA, "Rev. do Trabalho", 1941, págs. 107-111; por NÉLIO REIS, "Rev. do Trabalho e Seguro Social", marco-abril, 1947, pág. 219; por DORVAL LACERDA, "A Falta Grave no Direito do Trabalho", 1947, págs. 254-256.

Quanto às férias, fêz o empregado jus a um período em plena vigência da lei n° 816, que assegurou o direito de 20 dias ao empregado que durante o ano não houvesse dado mais de 6 faltas justificadas ou não.

Prova nenhuma fêz a recorrente e reclamada de que estivesse o empregado doente por mais de seis dias, como alegou. Ademais, conforme uma corrente doutrinária, a lei n° 816 somente compreende no cômputo das seis faltas previstas as denominadas faltas justificadas, estabelecidas na letra *c* do art. 134 da Consolidação; isto é, a *ausência do empregado devidamente justificada, a critério da administração da empresa*. E rematando a sua opinião a respeito, diz-lo ARNALDO SUSSEKIND que, "em verdade, seria absurdo, ilógico e injurídico que determinada norma legal considerasse como falta ao serviço a ausência motivada por evento que o mesmo diploma equipara à prestação de serviço". "Incluindo-se dentre êles a doença" ("Rev. do Trabalho", 1950, págs. 384-385).

Por outro lado, nenhum recibo consta dos autos no qual mencione a quitação plena e irrevogável por férias, passada pelo empregado, como alegou a reclamada nas razões de recurso.

Quanto ao repouso remunerado com fundamento na lei n° 605, deve-se, de logo, lembrar que na carteira profissional do reclamante consta a data de sua admissão em 12 de março de 1950, bem como o salário mensal de Cr\$ 1.400,00.

A lei em questão entrou em vigor a 14 de janeiro de 1949. Ora, é evidente que, tendo sido o empregado admitido em plena vigência da lei n° 605, com o vencimento mensal estipulado em determinada base, no cálculo do referido salário foram computados os domingos e dias festivos, por fôrça do novo diploma legal. Aliás, o sentido da lei é o de considerar já remunerados os dias de repouso quando a estipulação salarial é mensal e o cálculo é feito na base dos dias do mês. É evidente que, estando em vigor a lei, o empregado contratado sob o seu regime à base da remuneração mensal, o cálculo terá que ser feito na base dos dias corridos do mês, e não apenas na base dos dias úteis, como era possível verificar-se no regime anterior.

Quanto ao aviso prévio, também não merece acolhimento o recurso, pôsto que foi o próprio empregado quem deu por rescindido o contrato de trabalho, havendo, assim, a iniciativa da ruptura partido dêle. Em tais casos, conforme uma reiterada jurisprudência, inclusive dêste egrégio Tribunal (Acs. 81-50 a 89-50), não cabe ser dado nem pago o aviso prévio, que tem a finalidade de obviar aos inconvenientes de uma ruptura brusca.

Por todo o exposto, voto no sentido de ser negado provimento a ambos os recursos e mantida a decisão recorrida.

Acordam os membros do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, por unanimidade dos juízes desimpedidos, negar provimento a ambos os recursos.

Custas ex lege.

Salvador, 12 de novembro de 1951. - *Lineu Lapa Barreto de Araújo*, presidente; *Élson Guimarães Gottschalk*, relator.

Luís de Pinho Pedreira da Silva, procurador regional.

*

**CONTRATO DE TRABALHO A TEMPO CERTO - OBRAS NÃO
ESPECIFICADAS**

- O contrato de trabalho a tempo certo não obriga à indenização quando a despedida é feita na conclusão dos serviços. Não perde o direito assegurado pelo contrato de trabalho por tempo indeterminado o empregado que, por deliberação do empregador, passa a trabalhar em serviço a tempo certo.

Cia. de Tecidos Ernesto Deocleciano *versus* José Avelino Gomes e outros

Proc. n° 178-49 - Relator: JUIZ CLÓVIS MAIA

ACÓRDÃO

1. Vistos, etc.:

A Companhia de Tecidos Ernesto Deocleciano, estabelecida na cidade de Sobral, neste Estado, recorre das decisões do Dr. juiz de direito daquela comarca, que julgaram procedentes as reclamações de José Avelino Gomes, Raimundo Nonato Gadelha e outros, pleiteando indenizações por despedida injusta.

2. O MM. juiz mandou anexar tôdas as reclamações, em número de 7, num só volume, mas exarou duas sentenças nos autos. Uma, para fixar o direito pleiteado por Raimundo Nonato Gadelha e outros, todos identificados no relatório, mandando pagar, por metade, suas indenizações, *ex vi* do disposto no art. 479 da Consolidação das Leis do Trabalho, isto porque, embora reconhecendo que todos os reclamantes tinham contratos de trabalho a tempo certo, admitiu não estarem ainda concluídas as construções ao tempo em que foram dispensados, razão pela qual deveriam continuar a trabalhar até o seu término, sob pena de indenização por despedida.

A outra decisão reconheceu insubsistente o contrato de trabalho a tempo certo, firmado entre José Avelino Gomes e a emprêsa, em virtude de o reclamante já vir trabalhando, anteriormente, em outros serviços internos da fábrica, para vigorar, então, o contrato de trabalho por tempo indeterminado.

3. Os recursos da reclamada se apóia, no fato de os recorridos terem sido admitidos nas obras para a construção de determinados serviços, e não para o levantamento de determinado número de prédios, bem assim que estava válido

o contrato de serviço a tempo certo, razão por que podiam ser dispensados tão logo fôsem concluídas as obras previamente planejadas. E nestas, não estava incluída a vila operária.

4. Os recorridos - carpinteiros, pedreiros, marceneiros e serventes - foram contratados pela recorrente para o fim de trabalharem temporariamente na fábrica, exclusivamente nos serviços de construções de prédios. Foram por êles, então, firmadas declarações de contrato de trabalho a tempo certo.

Em face dêsses contratos e de outras provas existentes nos autos, se constata que não foram especificadas quais as obras a serem realizadas. Daí se concluir que as construções se iam aquelas que estivessem nas cogitações da recorrente, na conformidade de planos preestabelecidos. E não ficou assentado, preliminarmente, o levantamento de uma vila operária.

Ora, se os serviços dos recorridos não foram contratados com a condição de somente serem dispensados com a construção dessa vila, é lógico que poderiam ser dispensados com a conclusão de outras obras planejadas pela recorrente.

Deve também ser ressaltado que alguns dos próprios recorridos declararam que somente foram dispensados quando as obras onde trabalhavam ficaram concluídas.

Não tem assim aplicação no caso o disposto no art. 479 da Consolidação das Leis do Trabalho, para efeito de indenização por metade, porque a despedida dos recorridos Raimundo Nonato Gadelha e outros não pode ser qualificada de injusta.

5. Quanto ao recorrido José Avelino Gomes, está provado que êle começou a prestar serviços à empresa a partir do ano de 1943, antes de passar a trabalhar, em 1946, nas construções, somente quando firmou o contrato de trabalho a tempo certo.

Aquêles serviços prestados à emprêsa não foram em caráter eventual, mas sim de modo permanente. E até mesmo depois que passou a trabalhar nas construções, não deixou de, em várias oportunidades, realizar serviços para a fábrica propriamente, tais como a confecção de teares lançadeiras, móveis, etc.

Não pode perder assim sua vantajosa situação na empresa, de empregado com contrato por tempo indeterminado.

O empregado que, por deliberação de seu empregador, passa a trabalhar em serviços a tempo determinado, continuando, quando se torna necessário, a executar na empresa os trabalhos normalmente exigidos, não perde o direito relativo ao seu contrato de trabalho por tempo indeterminado.

E, por existir, antes do contrato de trabalho a tempo certo, um outro de natureza indeterminada, implicitamente firmado entre a recorrente e o recorrido, tornou nulo de pleno direito o segundo, *ex vi* do disposto no art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Isto pôsto, e considerando o mais que dos autos consta e princípios de direito aplicáveis no caso:

Acordam, por maioria de votos, os juízes do trabalho da 7ª Região em tomar conhecimento de ambos os recursos, para: *a)* na reclamação de Raimundo Nonato Gadelha e outros - reformar a sentença e, em consequência, absolver a empresa-recorrente da condenação que lhe foi imposta; e *b)* na reclamação de José Avelino Gomes - confirmar, em todos os seus termos, a sentença do MM. juiz de direito de Sobral.

Fortaleza, 18 de janeiro de 1951. - *Francisco Autran Nunes*, presidente; *Clóvis Arrais Maia*, relator.

Ubirajara Índio do Ceará, procurador regional.