

196
1

73ª Vara de São Paulo

Autos nº 01367201007302000

Autor : Sindicato dos Trabalhadores da empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e Similares de São Paulo, Região da Grande São Paulo e Zona Postal de Sorocaba

Réu : Empresa Brasileira de Correio e Telégrafos

Data : 14.04.12

SENTENÇA

Vistos.

Relatório. Intentou o Sindicato Autor, na qualidade de substituto processual, ação por meio da qual pretendeu a concessão das progressões horizontais constantes do PCCS/1995, aos empregados não contemplados e o conseqüente pagamento de diferenças salariais e reflexos em verbas contratuais. Requereu os benefícios da justiça Gratuita. Deu à causa o valor de R\$ 22.000,00. Pugnou pela procedência. Juntos documentos.

A Ré apresentou defesa argüindo preliminar de ausência de interesse processual e a prejudicial da prescrição. Refutou os pedidos formulados. Juntou documentos.

Não havendo provas, foi encerrada a instrução processual.

Todas as propostas de conciliação restaram infrutíferas.

Razões finais remissivas.

É o relatório.

Decido.

Da preliminar de ausência de interesse processual para o pedido posterior à implantação do PCCS. O que define o interesse processual é o binômio "necessidade e utilidade" do provimento a que se visa alcançar.

Tratando-se de pedido de aplicação de determinada norma, a questão de sua vigência e eficácia é questão de mérito, presentes os requisitos acima transcritos.

Afasto.

Da prescrição. Considero prescritas as pretensões anteriores a 24.06.05.

Dos direitos individuais heterogêneos. O Código de Defesa do Consumidor ao explicitar a possibilidade de defesa de interesses coletivos, destacou os interesses individuais homogêneos, descritos no inciso III, do parágrafo único do art. 81 CDC, como os "decorrentes de origem comum".

Assim é que a lei qualifica os direitos individuais apenas por sua origem comum, de forma a diferenciá-los dos direitos difusos ou coletivos.

Pois bem. A lei preferiu destacar a origem dos direitos para defini-los como homogêneos. O fez porque não entendeu necessário que o conceito albergasse o próprio significado da expressão em nosso vernáculo: é homogêneo o "que possui natureza e/ou apresenta **semelhança de estrutura, função, distribuição, etc. em relação a (diz-se de qualquer coisa em relação a outra)...que apresenta grande unidade ou adesão, entre seus elementos...que apresenta coerência, correspondência com outros elementos semelhantes**" (Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, Objetiva, 1999, p. 1548).

Resta claro que pelo "nomem iuris", os direitos individuais homogêneos devem ser semelhantes entre si, apresentando uma unidade, uniformidade ou correspondência, de forma a permitir que uma única decisão albergue, de forma igualitária, todos os possíveis habilitandos individualizados em execução.

Veja-se, por exemplo, as ações movidas pelas associações de defesa do consumidor, que visam a indenização em razão de um dano causado por determinado produto: o pedido é indenizatório para todos os consumidores, embora individualizado (e divisível), nas habilitações dos interessados.

Assim é que, quando a lei se referiu aos direitos individuais homogêneos o fez segundo o disposto no diploma originário, para contemplar um único pedido de natureza indenizatória, veiculado para dar guarida a direitos que, além de comuns na origem, fossem semelhantes e, portanto, não heterogêneos uns em relação aos outros, embora divisíveis.

A Ação Coletiva não contempla, pois, direitos individuais heterogêneos, veiculados por pedidos de natureza não indenizatória (cobrança de valores contratuais inadimplidos), embora condenatórios.

Veja-se que o que se intitula de "concessão das progressões horizontais" são direitos que, embora nascidos do fato da previsão no PCCS, têm causa fática e conseqüências jurídicas distintos, uma vez que dependentes de condições pessoais de cada empregado.

São, pois, heterogêneos os direitos ao PCCS, dependendo da comprovação do tempo de serviço, da inexistência de sindicância sumária e de processo penal; do alcance ou não da última referência da faixa salarial e do interstício de 3 anos de efetivo exercício a partir da última progressão e da inexistência dos afastamentos descritos no Regulamento de Pessoal.

A Ação Coletiva não se presta ao fim de criar um preceito genérico de concessão da progressão horizontal para toda a categoria, formando um processo monstruoso, com o contraditório legado à fase processual posterior, para apurar direitos e não valores. Não foi criada como panacéia sindical para pedir, de uma só vez, as verbas contratuais tidas por devidas aos substituídos, em manifesta substituição das ações plúrimas.

De se imaginar a existência de milhares de habilitações com a instrução de fatos atinentes **apuração do tempo de serviço segundo a concessão ou não de licenças médicas e sua duração, faltas justificadas ou não e outros afastamentos** (art. 60 do regulamento de Pessoal).

Tal espécie de ação foi criada para evitar a repetição de ações com o mesmo objeto, nunca para unificar ações com objetos divergentes entre si.

Rodolfo Camargo Mancuso discorreu acerca das circunstâncias essenciais dos direitos individuais homogêneos, afirmando que tais interesses derivam *“de origem comum, o que lhes conferem uniformidade, recomendando o ajuizamento de ação coletiva, seja para prevenir eventuais decisões contraditórias, seja para evitar sobrecarga desnecessária do volume do serviço judiciário”* (citado in RSTJ 207-354; grifou-se).

Nesse sentido:

“Do ponto de vista jurídico e legal, no entanto, o interesse é de estrita ordem individual. Não há, pois, senão uma ação indenizatória plúrima, que muitos são os interessados, sem que haja interesse coletivo em jogo. Há sim, e apenas, interesses individuais plúrimos – não coletivos, salvo numa acepção meramente léxica, que não é, a toda evidência, a que está na norma constitucional (RSTJ, RE 59164-3 – MG)

Quanto à subversão do instituto:

“A entusiástica utilização, que se seguiu, dos novos mecanismos processuais, nem sempre se deu de modo apropriado, às vezes por inexperiência de seus operadores – o que é compreensível – outras por se imaginar, equivocadamente, que enfim se tinha em mãos o remédio para todos os males: destravar a máquina judiciária e para salvar a sociedade de todas as agressões, do Governo e dos poderosos em geral. É muito salutar, por isso, o processo de revisão crítica que se vem sentindo nos últimos tempos no sentido de coibir exageros e assim não só preservar do descrédito, mas valorizar e aperfeiçoar esses importantes avanços no campo processual. É com esse mesmo propósito que se buscará aqui reflexão sobre tema que a experiência diária evidencia ser foco de boa parcela dos equívocos: a distinção entre os mecanismos processuais para a

199

defesa de direitos coletivos e os mecanismos para a defesa coletiva de direitos” (Juiz Teori Albino Zavaski, citado in RSTJ 45-125).

Admitir uma única ação para albergar ***direitos individuais heterogêneos de milhares de pessoas***, com pedido condenatório de cobrança e condenatório de obrigação de fazer, é, então, subverter o escopo da ação coletiva, desviando-a de sua finalidade e destituindo-a de seus efeitos.

Embora haja argumentos para a extinção do processo sem resolução do mérito, tais argumentos foram expendidos apenas para demonstrar a inviabilidade prática de se processar a ação coletiva, uma vez que as questões de mérito demonstram relevância tal a tornar necessária sua apreciação.

Da cláusula potestativa. Nulidade e efeitos. Por se tratar de empresa afeta à Administração Indireta, gozando inclusive de alguns benefícios fiscais e processuais inerentes à fazenda pública, sua praxe administrativa deve ser pautada pelos princípios administrativos, em especial, a legalidade.

Havendo expressa exigência no PCCS quanto a prévia aprovação pela diretoria da empresa para que haja progressões, conforme lucratividade do período anterior, não se pode ignorar tal previsão e de afogadilho concedê-la. Note-se que além do princípio da legalidade (no caso art. 169 da Constituição Federal, que limita a concessão de aumentos salariais), em debate encontra-se a responsabilidade fiscal da diretoria da reclamada, que não pode exceder os limites impostos no mesmo art. 169 da Constituição.

Neste sentido:

A ECT, empresa pública, está adstrita à observância dos princípios que regem a Administração Pública, previstos no art. 37, da Constituição Federal, dentre eles, o da legalidade. O PCCS condiciona a concessão das progressões horizontais, quer de mérito ou de antigüidade, à deliberação da diretoria da empresa, consoante a lucratividade do período anterior, posto que a ré integra as entidades da administração indireta e, assim, sujeita-se à restrição imposta pelo art. 169, parágrafo 1º, da Carta Magna. (TRT 2ª Região – 00838-2003-035-02-00-7 – Rel. Maria Aparecida Pellegrina – 2ª Turma – DJ 09.05.2006).

Nesse ponto, há de se destacar que a referida cláusula não tem natureza de cláusula puramente potestativa. Há de se diferenciar a condição puramente potestativa da condição meramente potestativa.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery ensinam que:

“A condição vedada, puramente potestativa distingue-se da condição potestativa (ou meramente potestativa) que é lícita. As potestativas são aquelas que, embora condicionadas à vontade de uma das partes, não dependem tão-só de seu arbítrio



unilateral. Para essas condições, que dependem da vontade de uma das partes e também de outros fatores, objetivos e/ou subjetivos (Cian- Trabucchi-Zaccaria, Comm,Breve, coment. CC ital. 1355, p. 1313), dá-se o nome de condições potestativas, que, como já se disse, nos termos do CC 122, são lícitas.” (in Código Civil Anotado e Legislação Extravagante, 2ª Ed. Ed. RT, São Paulo, 2003, p.211).

Assim é que, isolada - e este é o teor da expressão “*puro arbitrio*” de que fala o art. 122 do CC - a cláusula potestativa é nula. Acompanhada de outros requisitos e fatores, sua licitude está inscrita na lei.

A cláusula 8.2.10.2 do PCCS, que define que “*As progressões Horizontais por Mérito e por Antiguidade serão concedidas a quem fizer jus, nos meses de março e setembro, por deliberação da Diretoria da empresa em conformidade com a lucratividade do período anterior*”, não encerra todas as condições para a percepção do benefício.

As outras condições estão previstas no art. 54 do regulamento de Pessoal, que exclui o benefício do empregado que: 1. responde a sindicância sumária; 2. responde a processo penal; 3. alcançou a última referência da faixa salarial.

O art. 60 do Regulamento prevê a observância para a contagem do tempo de efetivo exercício, determinando 1. descontos nas licenças médicas superiores a 15 dias, 2. Afastamento determinado pelo Poder executivo após 90 dias, 3. faltas não justificadas, 3 outros afastamentos. Há outros requisitos negativos no art. 62 do Regulamento.

O próprio PCCS prevê, ainda, a verificação do interstício de 3 anos de efetivo exercício a partir da última progressão.

Mas não é só. Como já dito, a Ré se sujeita ao regime híbrido que representa “*a derrogação parcial do direito privado por normas de direito público*”, (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, in Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Atlas, p.315.). Deve, portanto, observar os preceitos destacados no Caput art. 37 da Constituição Federal, ficando adstrita ao princípio da legalidade estrita. Daí porque a Ré fica adstrita ao quanto determinado na Resolução 9 de 8/10/96, que em seu art. 1º, IV, estabelece que os dirigentes das empresas públicas deverão “*limitar a 1% (um por cento) da folha salarial o impacto anual com as promoções por antiguidade e por merecimento*”.

Veja-se que, de forma a dar guarida ao limite orçamentário a que se submete a Ré, não é demais destacar que entre as atribuições da Comissão de Promoções está a de: “*análise dos relatórios de promoção visando compatibilizar o custo dos mesmos com a dotação orçamentária e a situação financeira da empresa*” (Regulamento de Pessoal, art. 62, “c”).

Nessa toada, forçoso concluir que a cláusula não pode ser interpretada isoladamente, uma vez que, como já dito, insere-se em um diploma complexo, sujeito a requisitos intrínsecos e extrínsecos, legais e infra-legais.

201

A “deliberação da Diretoria”, não é resultado do puro arbítrio, mas de um rol de requisitos **em razão dos quais a Diretoria delibera**, sob pena de ser responsabilizada (LRF).

Necessário acrescentar que ainda se admita, por mera hipótese, a nulidade da cláusula, não há que se reconhecer a automática progressão. As demais condições haveriam de remanescer, notadamente as que constam em instrumentos acessórios e as que implicam na observância de **limite orçamentário**.

Havida a nulidade – outra hipótese meramente argumentativa -, a progressão automática não poderia ocorrer pela notória ausência de data para seu implemento. Nesse ponto, não se pode cogitar da nulidade apenas da expressão “*por deliberação da diretoria*”, uma vez que, a teor do art. 184 do CC, toda a cláusula haveria de ser nulificada.

É preciso destacar a inaplicabilidade do disposto no art. 129 do CC – condição verificada por implemento maliciosamente obstado – uma vez que não há prova do necessário requisito da malícia (CLT, art. 818) e, não menos importante, em se tratando de regime híbrido, não há que se falar em presunção em desfavor da Administração, ainda que Indireta.

Concluo que:

- a) É inviável a substituição das ações individuais ou plúrimas pela ação coletiva para apreciação de **direitos individuais heterogêneos**;
 - b) na descrição da melhor Doutrina, a cláusula 8.2.10.2 do PCCS, não encerra cláusula puramente potestativa, mas meramente potestativa, e, portanto lícita, a teor **do art. 122 do CC**;
 - c) ante o regime jurídico da Ré deve ela observar - além da Constituição, da Lei, do PCCS-, o Regulamento de Pessoal e a **resolução 9/96 do Conselho e Coordenação das Empresas Estatais**, que limita a 1% o impacto anual com promoções;
 - d) ante o regime jurídico da Ré deve ela observar, de forma estrita o **Regulamento de Pessoal**, notadamente o dever de observar a específica dotação orçamentária da empresa, segundo **art. 62, “c”**;
 - e) a decisão da Diretoria não é resultado do puro arbítrio, mas de um rol de requisitos em razão dos quais a ela delibera, sob pena de ser legalmente responsabilizada (**LRF**);
 - f) havida a nulidade, hipótese meramente argumentativa, a progressão não seria automática, ante a **necessária observância das demais condições** impostas no PCCS, no Regulamento e na Resolução 9/96 mencionada;
 - g) havida a nulidade, hipótese meramente argumentativa, esta haveria de abranger a **totalidade da cláusula**, inclusive as datas em que a progressão haveria de ocorrer, fato que impediria o implemento da progressão, nos termos do **art. 184 do CC**;
- 

- h) ante a ausência de prova e o regime jurídico da Ré, **não se presume que o implemento da condição** tenha sido maliciosamente obstado, daí porque, mais uma vez, não se pode falar em progressão automática.

Por todos os argumentos expendidos, os pedidos são, pois, improcedentes.

Da justiça gratuita. Indefiro a gratuidade, nos termos da Lei 1060/50, posto que notoriamente o Autor não é pobre, na acepção jurídica do termo. Ressalte-se que na substituição processual o Autor busca direitos alheios, porém em nome próprio, sendo, portanto, considerado como parte.

Do dispositivo. Ante o exposto, julgo o processo, com resolução do mérito, acolhendo a prescrição das pretensões anteriores a 24.06.05; julgo **IMPROCEDENTES** os pedidos formulados por **SINDICATO DOS TRABALHADORES DA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS E SIMILARES DE SÃO PAULO, REGIÃO DA GRANDE SÃO PAULO E ZONA POSTAL DE SOROCABA** em face de **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ETC.**

Custas, pelo Autor, arbitradas sobre o valor da causa de R\$ 22.000,00, no importe de R\$ 440,00.

Int. Nada mais.


OLGA VISHNEVSKY FORTES
Juíza do Trabalho