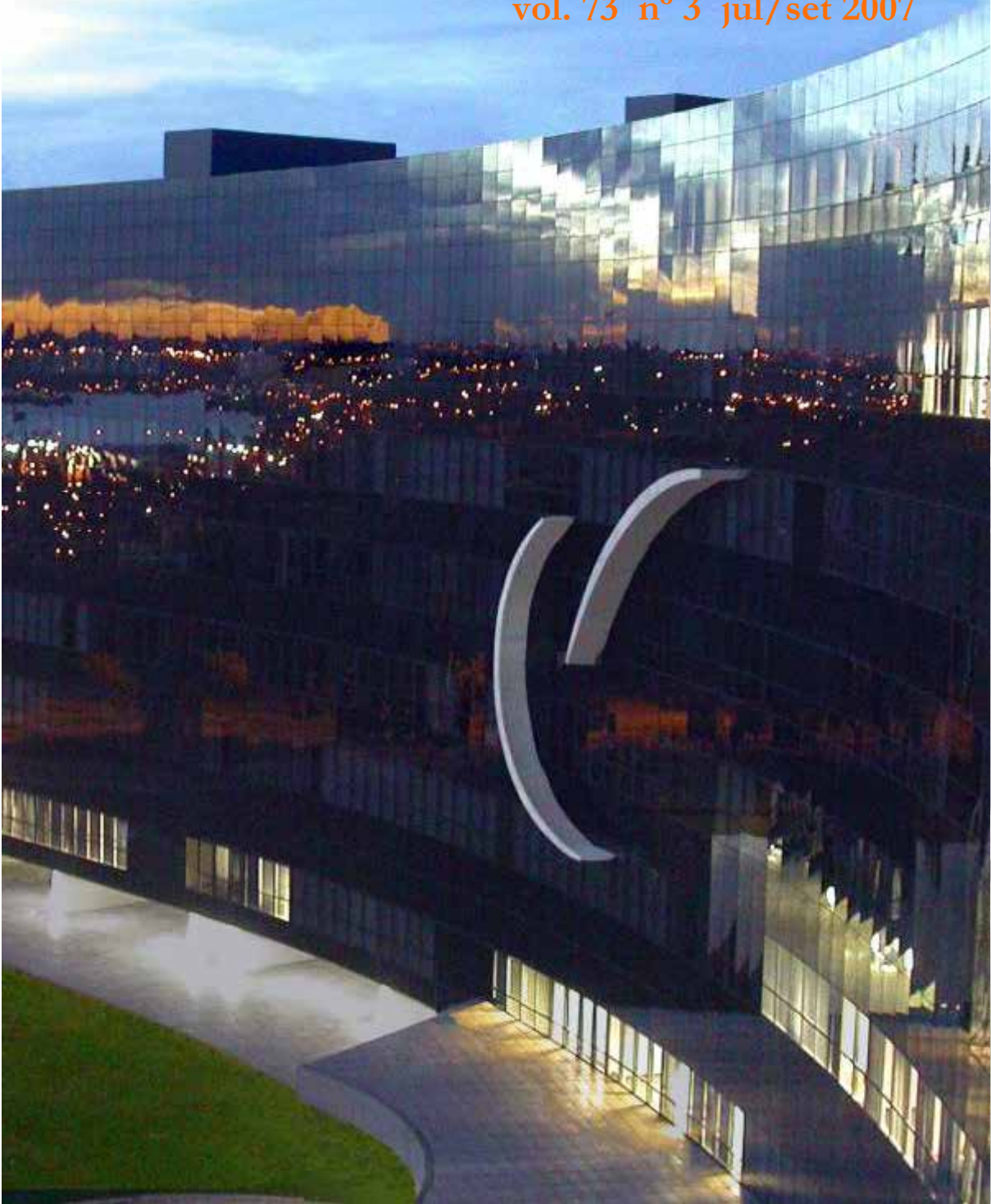


Revista do Tribunal Superior do Trabalho

vol. 73 n° 3 jul/set 2007



Revista do Tribunal Superior do Trabalho



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Revista do Tribunal Superior do Trabalho

Ministro Rider Nogueira de Brito
Presidente

Ministro Milton de Moura França
Vice-Presidente

Ministro João Oreste Dalazen
Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Comissão de Documentação

Ano 73 – nº 3 – jul. a set. – 2007



Revista do Tribunal Superior do Trabalho / Tribunal Superior do Trabalho. – Vol. 21, n. 1 (set./dez. 1946) – Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1947-.

v.

Trimestral.

Irregular, 1946-1968; suspensa, 1996-1998; trimestral, out. 1999-jun. 2002; semestral, jul. 2002-dez. 2004; quadrimestral, maio 2005-dez. 2006.

Continuação de: Revista do Conselho Nacional do Trabalho, 1925-1940 (mai./ago.).

Coordenada pelo: Serviço de Jurisprudência e Revista, 1977-1993; pela: Comissão de Documentação, 1994-.

Editores: 1946-1947, Imprensa Nacional; 1948-1974, Tribunal Superior do Trabalho; 1975-1995, LTr; out. 1999-mar. 2007, Síntese; abr. 2007- , Magister.

ISSN 0103-7978

1. Direito do Trabalho. 2. Processo Trabalhista. 3. Justiça do Trabalho – Brasil.
4. Jurisprudência Trabalhista – Brasil. I. Brasil. Tribunal Superior do Trabalho.

CDU 347.998.72(81)(05)

Coordenação: Comissão de Documentação

Organização e Supervisão: Ana Celi Maia de Miranda

Revisão: José Geraldo Pereira Baião

Capa: Ivan Salles de Rezende (sobre foto de Marta Crisóstomo)

Editoração Eletrônica: Editora Magister

Os artigos publicados com assinatura não traduzem a opinião do Tribunal Superior do Trabalho. Sua publicação obedece ao propósito de estimular o debate sobre questões jurídicas relevantes para a sociedade brasileira e de refletir as várias tendências do pensamento jurídico contemporâneo.

Tribunal Superior do Trabalho

Sector de Administração Federal Sul

Quadra 8, lote 1, bloco “B”, mezanino

70070-600 – Brasília – DF

Fone: (61) 33140-3056

E-mail: revista@tst.gov.br

Internet: www.tst.gov.br

Editora Magister

Alameda Coelho Neto, 20 / 3º andar

91340-340 – Porto Alegre – RS

Fone: (51) 3027-1100

Assinaturas:

magister@editoramagister.com

www.editoramagister.com

**Composição do
Tribunal Superior do Trabalho**

Tribunal Pleno

Ministro Rider Nogueira de Brito – Presidente
Ministro Milton de Moura França – Vice-Presidente
Ministro João Oreste Dalazen – Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Vantuil Abdala
Ministro Gelson de Azevedo
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula
Ministro Antonio José de Barros Levenhagen
Ministro Ives Gandra Martins Filho
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro José Simpliciano Fontes de Faria Fernandes
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Corrêa da Veiga
Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires
Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministra Dora Maria da Costa

Seção Especializada em Dissídios Coletivos

Ministro Rider Nogueira de Brito – Presidente
Ministro Milton de Moura França – Vice-Presidente
Ministro João Oreste Dalazen – Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Vantuil Abdala
Ministro Gelson de Azevedo
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula
Ministro Antonio José de Barros Levenhagen
Ministro Ives Gandra Martins Filho
Ministro João Batista Brito Pereira

Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro Rider Nogueira de Brito – Presidente
Ministro Milton de Moura França – Vice-Presidente
Ministro João Oreste Dalazen – Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Vantuil Abdala
Ministro Carlos Alberto Reis de Paula
Ministro João Batista Brito Pereira
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Ministro Aloysio Corrêa da Veiga
Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires
Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministra Maria de Assis Calsing
Ministra Dora Maria da Costa

Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro Rider Nogueira de Brito – Presidente
Ministro Milton da Moura França – Vice-Presidente
Ministro João Oreste Dalazen – Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho
Ministro Gelson de Azevedo
Ministro Antonio José de Barros Levenhagen
Ministro Ives Gandra Martins Filho
Ministro José Simpliciano Fontes de Faria Fernandes
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Emmanoel Pereira
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira

Primeira Turma

Ministro Lelio Bentes Corrêa - Presidente
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministra Dora Maria da Costa

Segunda Turma

Ministro Vantuil Abdala – Presidente
Ministro José Simpliciano Fontes de Faria Fernandes
Ministro Renato de Lacerda Paiva

Terceira Turma

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula – Presidente
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira

Quarta Turma

Ministro Antonio José de Barros Levenhagen - Presidente
Ministro Ives Gandra Martins Filho
Ministra Maria de Assis Calsing

Quinta Turma

Ministro João Batista Brito Pereira – Presidente
Ministro Gelson de Azevedo
Ministro Emmanoel Pereira

Sexta Turma

Ministro Aloysio Corrêa da Veiga – Presidente
Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires
Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa

Ministros do Tribunal Superior do Trabalho



RUDER DE BRITO
PRESIDENTE



HILTON DE MOURA FRANÇA
VICE-PRESIDENTE



JOÃO ORESTE DALAZEN
CORREGEDOR-GERAL



VANTUIL ABDALA



GELSON DE AZEVEDO



CARLOS ALBERTO
REIS DE PAULA



ANTONIO JOSÉ
DE B. LEVENHAGEN



IVES GANDRA FILHO



BRITO PEREIRA



CRISTINA PEDUZZI



JOSÉ SIMPLICIANO
FONTES



RENATO PAIVA



EMANOEL PEREIRA



LELJO BENTES



ALOYSIO VEIGA



HORÁCIO SENNA
PIRES



ROSA MARIA



VIEIRA DE MELLO
FILHO



ALBERTO BRESCIANI



MARIA CALSING



DORA COSTA

Sumário

TEMÁTICA CONSTITUCIONAL

Os direitos humanos do trabalhador

Arnaldo Süssekind 15

HOMENAGEM

Homenagem a Arnaldo Süssekind e Délio Maranhão

Rider Nogueira de Brito 31

TEMA ESPECIAL: OS NOVOS PARADIGMAS DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

1. Rumos atuais do debate sobre relações de trabalho e competência da Justiça do Trabalho

Amauri Mascaro Nascimento 43

2. El trabajo, los trabajadores y el Derecho del Trabajo

Mario E. Ackerman 50

3. Paradigmas constitucionais para a construção de um novo perfil de empresa

Eneida Melo Correia de Araújo 79

4. Além dos portões da fábrica: o Direito do Trabalho em reconstrução

Paulo Gustavo de Amarante Merçon 98

5. A constitucionalidade do piso salarial paulista e sua repercussão nas relações de trabalho

Manoel Carlos Toledo Filho / Raul de Mello Franco Júnior 126

6. Relações de trabalho: novos paradigmas

Maurício Crespo Rangel 133

JURISPRUDÊNCIA

1. Acórdãos do TST 155

SUMÁRIO

ÍNDICE TEMÁTICO

1. Índice da Jurisprudência do TST	309
--	-----

Temática Constitucional

OS DIREITOS HUMANOS DO TRABALHADOR

Arnaldo Süssekind*

I – CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

O renomado jurista Dalmo Dallari considera os direitos humanos “uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana”. Sem eles, acrescenta, “a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida” (“Direitos Humanos e Cidadania”, São Paulo, Moderna, 1998, p. 7).

Não existe uma definição unívoca sobre o tema, porquanto os fundamentos dos direitos humanos variam com as concepções culturais (filosóficas, religiosas, políticas e jurídicas) das diferentes etnias. E também sofreram mudanças ou complementações no tempo, decorrentes das profundas modificações culturais configuradoras das fases que se sucederam em nossa história.

O inesquecível professor Celso de Albuquerque Mello proclamou essa mutabilidade, acentuando que “A natureza humana está em construção, vez que ela apenas pressupõe a sociabilidade do homem, e esta vai criando novas formas de pensar” (“Direitos Humanos e Conflitos Armados”, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 4).

O direito comparado, nas suas manifestações doutrinárias, tem considerado *direitos fundamentais* os concernentes ao ser humano consagrados pelas Constituições de diversos Estados, devendo o termo *direitos humanos* ser reservado para aqueles que, por seu caráter supranacional, são observados independentemente de tratados ou leis vigentes.

Os direitos humanos tendem a constituir-se em princípios e, segundo o douto professor Ricardo Lobo Torres, apresentam as seguintes características:

- a) fundam-se na liberdade;
- b) valem *erga omnes*;

* Ministro aposentado do Tribunal Superior do Trabalho.

DOCTRINA

- c) são universais, no sentido de que tocam a todos os homens, independentemente de suas nacionalidades ou das classes sociais e econômicas a que pertençam;
- d) são negativos, pois exibem o *status negativo* que protege o cidadão contra a constrição do Estado ou de terceiros;
- e) criam também o *status positivo libertatis*, que gera a obrigação de entrega de prestações estatais individuais para a garantia da liberdade e das suas condições essenciais;
- f) postulam garantias institucionais e processuais que provocam custos para o Estado;
- g) são plenamente justificáveis;
- h) independem de complementação legislativa, tendo eficácia imediata;
- i) positivam-se, entre outros, nas diversas Constituições nacionais (no Brasil, art. 5º) e na Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU (“Arquivos de Direitos Humanos”, vol. V, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, Renovar, p. 100 e 101).

Na “Revista de Direito do Estado” (RDE), recentemente lançada pela Editora Renovar, o acatado professor Ingo Wolfgang Sarlet lembra que:

“na sua vertente histórica, os direitos humanos (internacionais) e fundamentais (constitucionais) radicam no reconhecimento, pelo direito positivo, de uma série de direitos considerados naturais do homem, que, neste sentido – em se reconhecendo a existência de direitos naturais e inalienáveis da pessoa humana –, assumem uma dimensão pré-estatal e, para alguns, até mesmo supra-estatal.” (Rev. cit. n. 1, Rio de Janeiro, 2006, p. 62 e 63).

Ressalte-se que a Carta Magna brasileira determina que as nossas relações internacionais sejam rígidas, dentre outros princípios, pela “prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II) e relaciona amplo elenco de direitos e garantias individuais (art. 5º), atribuindo-lhes a categoria de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV)”.

II – INTERNACIONALIZAÇÃO E INTER-RELACIONAMENTO

Após a 2ª Guerra Mundial, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), incrementou-se a afirmação dos direitos humanos fundamentais no plano internacional, tendo sido aprovada a nova Declaração Universal dos

DOUTRINA

Direitos do Homem (Paris, 1948), que substituiu a que fora adotada pela Assembléia Nacional da Revolução Francesa em 29 de agosto de 1789.

Da nova Declaração, com trinta artigos, cumpre destacar, neste ensejo, os seguintes:

“Art. I – Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Art. II – 1. Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião pública ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

2. Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

Art. III – Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Art. XXIII – 1. Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

2. Todo homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

3. Todo homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

4. Todo homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

Art. XXIV – Todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.”

O texto de 1948 consagrou princípios de caráter geral, consubstanciando o que a Conferência de Paris considerou o mínimo dos direitos fundamentais do ser humano, a fim de que pudesse ser respeitado por países de diferentes

DOCTRINA

culturas. Objetivou, portanto, universalizar esses princípios, deixando para a regulamentação de 1966, constante dos Pactos de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU, Nova York – ambos ratificados pelo Brasil), preceitos mais específicos, sobretudo no concernente à efetiva aplicação dos princípios.

No dizer da renomada professora Flávia Piovesan, “Ao conjugar o verbo da liberdade com o valor da igualdade, a Declaração demarca a concepção contemporânea dos direitos humanos, pela qual os direitos humanos passam a ser concebidos como uma unidade interdependente, inter-relacionada e indivisível” (“Temas de Direitos Humanos”, São Paulo, Max Limonad, 1998, p. 27). No mesmo sentido dispôs a Convenção Americana sobre direitos humanos (São José da Costa Rica, 1967, ratificada pelo Brasil em 1992) e o Protocolo Adicional a essa Convenção (São Salvador, 1988), que visou regulamentar, no âmbito americano, as normas constantes do precitado Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Essa internacionalização e indivisibilidade importam no reconhecimento de que:

- a) todo o cidadão passou a ser sujeito de direito internacional;
- b) um novo conceito de soberania nacional deve ser observado.

Em maio de 1944, quando já se vislumbrava a derrota do nazi-fascismo na 2ª Grande Guerra, a Conferência Geral do OIT aprovou a “Declaração relativa aos fins e objetivos da OIT”, conhecida como “Declaração de Filadélfia”, a qual, em 1946, foi incorporada à Constituição desse organismo internacional, que passou a integrar a família das Nações Unidas. Ela trata dos mais importantes direitos humanos do trabalhador, correlacionando-os com os direitos civis que, quatro anos depois, foram consagrados na Declaração da ONU.

A individualidade dos direitos humanos, isto é, a rejeição à compartimentação desses direitos, decorre da circunstância de que, sem o respeito aos direitos civis e políticos fundamentais, não podem ser exercidos os direitos econômicos, sociais e culturais, e vice-versa.

Esse inter-relacionamento tem sido reiteradamente proclamado em conferências e congressos sobre os direitos humanos, sendo que a Conferência Geral da OIT aprovou em junho de 1970, uma “Resolução sobre os direitos sindicais e sua relação com as liberdades civis”, na qual assevera que “os direitos conferidos às organizações de trabalhadores e empregadores se baseiam no

DOCTRINA

respeito às liberdades civis enumeradas, em particular, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, e que o conceito de direitos sindicais carece totalmente de sentido quando não existirem tais liberdades civis”. Segundo a Resolução, esses direitos, no que tangem ao exercício da liberdade sindical, são especialmente:

“a) o direito à liberdade e à segurança da pessoa e a proteção contra a detenção e a prisão arbitrárias;

b) a liberdade de opinião e de expressão e, em particular, a de sustentar opiniões sem ser molestado, a de investigar e receber informação e opinião e a de difundi-las sem limitação de fronteiras por qualquer meio de expressão;

c) o direito de reunião, o direito a processo regular por tribunais independentes e imparciais;

d) o direito à proteção da propriedade das organizações sindicais.”

Vale registrar que a Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações, no estudo apresentado à Conferência de 1994, registra que “o Comitê de Liberdade Sindical, desde sua criação em novembro de 1951, tem enfatizado que as restrições às liberdades civis e políticas constituem uma das principais causas de violação de liberdade sindical”, correspondente a “quase metade das queixas apresentadas” (“Libertad Sindical y Negociación Colectiva”, Genebra, OIT, 1994, p. 13).

O Comitê de Liberdade Sindical da OIT, que é o fórum mais importante das salvaguardas dessa liberdade, tem jurisprudência sumulada sobre o tema:

“38 – Um movimento sindical livre não pode desenvolver-se num regime que não garanta os direitos fundamentais, especialmente o direito dos trabalhadores sindicalizados de se reunirem em sindicais próprios, o direito de livre expressão de opinião, verbal ou escrita, e o direito dos trabalhadores sindicalizados de contar, em caso de detenção, com garantias de um processo judicial regular, formalizado o mais cedo possível.

41 – Os direitos sindicais, como os demais direitos humanos fundamentais, devem ser respeitados independentemente do grau de desenvolvimento do País de que se trate.” (“A Liberdade Sindical – Recompilação de Decisões e Princípios”, Genebra, OIT, Versão Portuguesa da 4ª edição, 1997, p. 14).

III – INTEGRAÇÃO DO TRATADO NO DIREITO INTERNO

A Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, depois de referir que esses instrumentos jurídicos obrigam as partes e devem ser aplicados de boa-fé (art. 26) – princípio do *pacta sunt servanda*, que é um dos pilares do Direito Internacional – prescreve:

“uma parte não poderá invocar as disposições do seu direito interno como justificação do incumprimento de um tratado (art. 27).”

Essa importantíssima Convenção – uma espécie de introdução ao Direito Internacional – não foi ratificada pelo Brasil.

A incorporação, na legislação nacional, dos preceitos do tratado ratificado depende do direito público nacional. Pela concepção monista não há independência, mas interdependência entre a ordem jurídica internacional e a nacional, razão por que a ratificação do tratado por um Estado, observados certos procedimentos, importa na incorporação automática de suas normas à respectiva legislação interna. Para a teoria dualista, as duas ordens jurídicas – internacional e nacional – são independentes e não se comisturam: a ratificação do tratado importa no compromisso de legislar na conformidade do diploma ratificado, sob pena de responsabilidade do Estado na esfera internacional; mas a complementação ou modificação do sistema jurídico interno exige um ato formal por parte do legislador nacional.

Tal como no Brasil, os seguintes países consagraram a teoria monista: Alemanha, Áustria, Estados Unidos da América, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Itália, Luxemburgo, Portugal, Suécia, Suíça, países africanos de idioma francês e diversos Estados latino-americanos, entre os quais a Argentina, o México e o Uruguai. A concepção dualista prevalece, entre outros países, na Austrália, Canadá e Inglaterra.

A Constituição de 1988 confere ao Superior Tribunal de Justiça competência para julgar, em recurso especial, decisões que contrariem tratados ou lhes neguem a vigência (art. 105, III, *a*), transferindo-lhe, portanto, a competência que a Carta de 1967 atribuía à Corte Suprema STF (art. 119, III). Como bem decidira o STF, em orientação que não mais prevalece, “essa norma consagra a vigência dos tratados, independentemente de lei especial. Porque, se essa vigência dependesse de lei, a referência a tratado, no dispositivo constitucional, seria de todo ociosa. Por outras palavras, a Constituição prevê a negativa de vigência da lei e a negativa de vigência do tratado, exigindo para a validade desta a aprovação pelo Congresso Nacional, porém não sua reprodução formal em texto de legislação interna” (Ac. de 4.8.71, Pleno, no RE-71.154, rel. Ministro Oswaldo Trigueiro, rev., cit., n. 58, p. 71).

DOUTRINA

Em face das normas que regem o Direito Internacional, a ratificação de um tratado é revogável pela denúncia formulada de acordo com os procedimentos e prazos estabelecidos no próprio diploma e na constituição ou estatuto básico da entidade que o adotou. A ineficácia jurídica resultante da aprovação de lei nacional contrária no estipulado no tratado não é a forma adequada à inaplicação do mesmo e não exclui a responsabilidade do Estado perante a respectiva entidade internacional.

Todavia, a Suprema Corte brasileira, desde 1997, vem decidindo que o tratado ratificado perde sua eficácia no território nacional, quando sobrevém uma lei dispondo em contrário (Ac. do Pleno de 12.6.77 no RE-80.004, rel. Ministro Cunha Peixoto, “Revista Trimestral de Jurisprudência”, n. 83, p. 809 e segs.). Negou, assim, a primazia da norma internacional que se integrava em nosso direito positivo – primazia que até então, como vimos, fora reconhecida pelo STF (Ac. da 2ª Turma no RE-24.006, rel. Min. Orozimbo Nonato, DJ de 29.9.58; Ac. cit. de 4.8.71).

Vale recordar, como assinalou a doutíssima professora Nadia de Araújo, que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no exercício da competência que lhe outorgou a Cara Magna de 1988, considerou subsistentes as normas constantes da Convenção de Varsóvia sobre transporte aéreo que, em alguns tópicos, não se ajusta ao disposto no Código de Defesa do Consumidor. E, no entender da mencionada jurista, o critério da especialidade, como no caso de questões tributárias, é o mais aconselhável para a solução de eventuais conflitos entre o tratado e a legislação nacional, porque, como asseverou o precitado aresto do STF, em face do prescrito na Lei de Introdução do Código Civil, a Lei superveniente de caráter geral não afeta as disposições especiais contidas em tratados (“Os Direitos Humanos e o Direito Internacional”, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 92 e 93).

Releva ponderar que a Constituição Brasileira de 1988, na sua redação originária, estatuiu que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes dos tratados ratificados (§ 2º do art. 5º). E a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, adicionou o seguinte preceito:

“§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes a emendas constitucionais.”

Esses tratados, obviamente, se aprovados nas condições mencionadas, terão hierarquia constitucional. Também as mais recentes Constituições contêm disposições sublinhando a superior hierarquia dos tratados concernentes aos

direitos humanos fundamentais (Alemanha, Argentina, Colômbia, Espanha, Nicarágua, etc.).

O precitado parágrafo – escreve o professor Wolfgang Sarlet – “acabou por inserir no texto constitucional uma norma procedimental dispendo sobre a forma de incorporação ao direito interno dos tratados em matéria de direitos humanos, que, interpretada em sintonia com o art. 5º, § 2º, pode ser compreendida como assegurando – em princípio e em sendo adotado tal procedimento – a condição de direitos formal e materialmente constitucionais (e fundamentais) aos direitos consagrados no plano das convenções internacionais” (Trab. e rev. cit., p. 77). E lembra que alguns juristas defendem a tese de que os tratados internacionais, que já são materialmente constitucionais com esteio no § 2º do art. 5º da Carta Magna, poderão ser formalmente constitucionais, caso sejam aprovados, a qualquer momento, pelo procedimento reforçado instituído pelo § 3º do mesmo artigo (idem, *ibidem*, p. 78).

IV – TRATADOS APLICÁVEIS ÀS RELAÇÕES DE TRABALHO

As mais recentes Constituições têm afirmado a superior hierarquia dos tratados concernentes aos direitos humanos. Daí a declaração do eminente jurista brasileiro Antonio Augusto Cançado Trindade, que ora preside a Corte Interamericana de Direitos Humanos, de ser “alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida no pensamento internacionalista” (“A Proteção Internacional dos Direitos Humanos”, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 631).

A OIT, por sua competência específica, é a entidade internacional que mais se dedica aos direitos humanos dos trabalhadores. Contudo, outros organismos internacionais, inclusive a ONU, têm adotado tratados normativos que podem incidir, ainda que por via oblíqua, no campo social-trabalhista. Exemplifiquemos, com algumas convenções ratificadas pelo Brasil:

- a) Proteção de Obras Literárias e Artísticas (Bruxelas, 1948);
- b) Estatuto dos Refugiados (Genebra, 1951);
- c) Proteção dos Direitos do Autor (Genebra, 1952);
- d) Proteção dos Direitos dos Artistas, Intérpretes ou Executantes, Produtores de Fonogramas e Radiodifusão (Roma, 1961);
- e) Direitos Políticos da Mulher (Nova York, 1963);

DOUTRINA

- f) Proteção à Propriedade de Inventos, Modelos e Utilidades, Marcas, etc. (Estocolmo, 1967);
- g) Eliminação da Discriminação Racial (Nova York, 1966);
- h) Eliminação da Discriminação contra a Mulher (Nova York, 1974).

V – CONVENÇÕES DA OIT INDICADAS PELA CÚPULA MUNDIAL DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL

As convenções da OIT são tratados normativos abertos à ratificação dos Estados-membros. Podem ter caráter regulamentar; adotar apenas princípios para serem aplicados de conformidade com as condições socioeconômicas dos países (neste caso são aprovadas concomitantemente com recomendações detalhadas); ser do tipo promocional, fixando objetivos cuja consecução se dará por etapas sucessivas.

Na verdade, todas as convenções da OIT tratam, *lato sensu*, de direitos humanos. Entretanto, algumas delas foram classificadas como concernentes a direitos humanos fundamentais.

Em reunião da mais alta hierarquia, a Cúpula Mundial do Desenvolvimento Social (Copenhague, março de 1995) considerou as seguintes convenções da OIT como direitos humanos fundamentais dos trabalhadores:

- 87 (Liberdade sindical e proteção aos direitos sindicais);
- 98 (Liberdade de sindicalização e de negociação coletiva);
- 29 e 105 (Abolição do trabalho forçado);
- 100 (Salário igual para trabalho igual entre o homem e a mulher);
- 111 (Não discriminação no emprego ou ocupação);
- 138 (Idade mínima para o trabalho).

Esta relação deve ser completada pela Convenção nº 182, de 1999, sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil e a ação imediata para sua eliminação, posteriormente adotada pela Conferência Internacional do Trabalho.

O Brasil ratificou todas essas convenções, salvo a 87, sobre liberdade sindical, cujas disposições se atritam com o estatuído no art. 8º da Constituição.

Dentre outros compromissos firmados pelos chefes de Estado e de Governo, foi declarado, solenemente, que

DOCTRINA

“Comprometemo-nos a promover o objetivo de pleno emprego como prioridade básica de nossas políticas econômicas e sociais e a preparar as mulheres e homens para conseguir meios de vida seguros e duradouros mediante o trabalho e o emprego produtivos, eleitos livremente.”

Curioso e lamentável é que alguns países plenamente desenvolvidos haviam estabelecido o consenso de Washington que gerou a globalização desumana da economia, com generalizado desemprego estrutural e seus perniciosos reflexos (186 milhões sem emprego e 1 bilhão de subempregados = 1/3 da PEA – OIT, agosto de 2004).

A OIT propôs no mesmo ano, à recém-criada Organização Mundial do Comércio (OMC), a introdução de cláusula social nos contratos comerciais, em virtude da qual a importação de bens ficaria condicionada à ratificação e observância das precitadas convenções pelo país exportador. A proposta, entretanto, foi rejeitada pela Conferência da OMC (Cingapura, março de 1977), sob o argumento de que a questão deveria situar-se no âmbito da OIT. Esta resolveu, então, submeter o tema à Conferência de junho do mesmo ano, para uma discussão preliminar. Houve, como era de se esperar, pronunciamentos antagônicos, sendo adotada decisão no sentido de que o Conselho de Administração, depois das consultas de praxe, submetesse projeto de resolução à Conferência de junho de 1998.

Essa Assembléia aprovou então a “Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho”, em virtude da qual os Estados-membros reafirmaram o compromisso de respeitarem, promoverem e tornarem realidade, de boa-fé, o direito dos trabalhadores e empregadores à liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva, assim como a trabalharem pela eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório, a erradicação efetiva do trabalho infantil e a supressão da discriminação em matéria de emprego e ocupação. Por sua vez, a Organização reiterou sua obrigação de atender aos pedidos dos seus Membros para alcançarem esses objetivos, usando plenamente suas verbas, inclusive mobilizando recursos externos e alentando o apoio de outras organizações com as quais a OIT estabeleceu relações.

VI – O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE

A dignidade do trabalhador, como ser humano, deve ter profunda ressonância na interpretação e aplicação das normas legais e das condições

DOCTRINA

contratuais de trabalho. O respeito à dignidade do trabalhador se insere na categoria dos direitos que Pontes de Miranda denomina de supra-estatais e que a Igreja Católica inclui no elenco dos direitos naturais, cuja observância não deve depender da vigência de tratados internacionais ou leis nacionais.

Para Francesco Santoni, a tutela da dignidade está “ligada à garantia mais geral da personalidade humana e identificada, ao mesmo tempo, com as liberdades fundamentais que caracterizam o *status civilis*, não só na Constituição italiana, mas também em muitas Constituições de países latino-americanos, mesmo se nestes últimos nem sempre se possa encontrar uma legislação ordinária que vise dar cumprimento à exigência de proteção dos trabalhadores diante dos poderes da empresa” (“Princípios para um Código-Tipo de Direito do Trabalho para a América Latina”, São Paulo, LTr, 1996, p. 181).

Como proclama a Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU, 1948), no seu art. 1º: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

A Constituição brasileira elegeu a dignidade humana como um dos fundamentos do Estado democrático de Direito (art. 1º, inciso III); esclarece que a ordem econômica deve assegurar a todos uma existência digna (art. 170, *caput*); afirma que a dignidade da pessoa humana e a paternidade responsável são esteios da família (art. 226, § 6º) e confere à criança e ao adolescente o direito à dignidade (art. 227, *caput*).

VII – PROTEÇÃO E EFETIVIDADE

Conforme assevera o renomado filósofo italiano Norberto Bobbio, “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los” (“A Ética dos Direitos”, Campus, 1992, p. 6).

Analisando o tema em face da Constituição portuguesa, Mestre Canotilho assinala que o artigo 268º/4 “garante aos particulares (cidadãos portugueses ou estrangeiros, pessoas físicas ou pessoas jurídicas) *tutela jurisdicional efectiva* dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos”. E lembra que “o direito internacional clássico considerava o indivíduo como estranho ao processo dialético normativo deste direito. Hoje, a introdução dos *standards* dos direitos dos homens no direito internacional – garantia e defesa de um determinado *standard* para todos os homens – obrigou ao desenvolvimento de um direito internacional individualmente (não estadualmente) referenciado” (“Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 3. ed., Coimbra, Almedina, p. 469, 484 e 485).

DOCTRINA

Cumpra, pois, ao Direito Internacional prever e prover os meios para tornar efetiva a sua aplicação, tanto pelo acesso a organismos internacionais, como pela ação judicial perante os tribunais nacionais.

No “Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional”, o eminente e já citado internacionalista Cançado Trindade acentuou que “A representação direta (*locus standi*) das supostas vítimas deve considerar seu acesso direto (*jus standi*) aos tribunais internacionais (Cortes Européia e Interamericana) de Direitos humanos”. E aduz que “A noção de garantia coletiva é subjacente à aplicação dos tratados de direitos humanos, e o cumprimento das obrigações internacionais de proteção requer o concurso dos órgãos internos dos Estados, chamados que são a aplicar as normas internacionais” (“Arquivos de Direitos Humanos”, Rio de Janeiro, Renovar, vol. I, 1999, p. 51 e 52).

A OIT foi a pioneira na instituição de um sistema de controle, que tem influenciado a criação de mecanismos similares em outros organismos internacionais ou regionais. Alguns procedimentos contenciosos para velar pela aplicação das convenções ratificadas foram previstos na versão original da Constituição da OIT (1919). Mas o sistema foi aperfeiçoado com a criação, em 1926, da Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações; em 1950, da Comissão (ONU-OIT) de Investigação e de Conciliação em Matéria de Liberdade Sindical e, em 1951, do Comitê de Liberdade Sindical.

A referida Comissão de Peritos, que teve a honra de integrar por 18 anos, exerce o controle regular e permanente, supervisionando o cumprimento das convenções ratificadas e de certas disposições da Constituição da OIT. Quando a Comissão conclui pelo descumprimento, submete a sua resolução à Comissão Tripartite de Aplicação de Normas da Conferência Anual, para imposição de sanções de caráter moral. De 1964 a 2004, mais de 150 países adotaram medidas concretas em 2.376 casos, harmonizando a legislação e as práticas nacionais na conformidade das observações da Comissão e da Conferência.

Os procedimentos contenciosos podem ser instaurados mediante reclamação de uma organização de empregadores ou de trabalhadores ou de queixa de um Estado-membro, de um delegado à Conferência, ou ainda, ser iniciada, *ex-officio*, pelo Conselho de Administração. Se a queixa for preliminarmente admitida pelo Conselho de Administração, este designa uma comissão de investigação, cujas conclusões lhe são submetidas para decisão. A Constituição da OIT possibilita a submissão do caso à Corte Internacional de Justiça (arts. 29 a 33).

VIII – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A internacionalista Nadia de Araújo, ao tratar da “prevalência dos direitos humanos” determinada pelo art. 4º da Constituição para regerem as relações internacionais brasileiras, invoca as lições de Dalmo Dallari e Flávia Piovesan, acentuando que a adoção desse princípio “significa (i) o engajamento do Brasil no sistema internacional de edificação de normas protetivas de direitos humanos e (ii) a preocupação em integrar as regras internacionais à ordem jurídica interna” (“Os Direitos Humanos e o Direito Internacional”, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 102).

Conforme ponderou o notável Diretor Geral da OIT que foi Francis Blanchard, é inegável que existe “abundância de textos não somente na OIT, senão também dentro e fora das Nações Unidas, que regem os Direitos Humanos, mas é grande a distância que medeia entre os princípios enunciados nesses textos e a realidade que observamos no mundo cuja áspera realidade nos revelam diariamente os meios de comunicação” (Relatório submetido à 75ª reunião da Conferência Geral da OIT, p. IV).

Na esplêndida conferência que proferiu em recente congresso dos magistrados do trabalho do Estado de São Paulo, o doutíssimo Ministro Luciano de Castilho Pereira lembrou que

“O desemprego e a precarização do trabalho cada vez mais vinculam o Direito do Trabalho aos Direitos Humanos, não como um apêndice deste, mas como um de seus fundamentos básicos.

O trabalho decente, com remuneração justa, é elemento essencial à dignidade humana e eficaz elemento à paz social.

Pois como se sabia – parece que esquecemos todos – a paz é obra da justiça.”

Atual, infelizmente, é a advertência sarcástica de Einstein: “Época triste é a nossa em que é mais difícil quebrar um preconceito do que um átomo”.

A verdade é que a prevalência das leis do mercado “coisifica” o homem, porque tudo é considerado mercadoria. É mister a visão sociológica e jurídica dos legisladores e dos intérpretes do sistema de proteção ao ser humano, visando a harmonizar o social com o econômico, sem menosprezar a força normativa da realidade contemporânea.

Urge pôr a economia e o direito a serviço da humanidade!

Homenagem

HOMENAGEM A ARNALDO SÜSSEKIND E DÉLIO MARANHÃO

Rider Nogueira de Brito*

Sem dúvida, não há no mundo do Direito do Trabalho ninguém que desconheça Arnaldo Süssekind e Délio Maranhão. Figuras ilustres que surgiram no mundo jurídico e no mundo do trabalho, na mesma época. Figuras que influenciaram gerações de juristas, de advogados, de magistrados. Figuras que podemos afirmar com segurança criaram o Direito do Trabalho no Brasil. Süssekind quase que exclusivamente atuando nos setores jurídico-administrativos de vários governos brasileiros, de várias fases da vida política institucional da nossa nação, e Délio Maranhão preponderantemente na magistratura e no magistério superior. Amigos entre si de toda a vida, parceiros em obras jurídicas que até hoje são fontes de consulta de todos que lidam com o Direito do Trabalho. Süssekind, de personalidade mais extrovertida, de extrema comunicabilidade, como o é até hoje, transbordante de simpatia; Délio Maranhão, mais recatado, mais introvertido. Ambos figuras carismáticas, responsáveis pela formação de todos os juslaboralistas desde que surgiram no nosso mundo jurídico até os dias de hoje, autênticos representantes e símbolos da história das leis do trabalho no Brasil, ambos integram a geração que inventou o Brasil moderno, e neste ponto a figura de Süssekind avulta.

É interessante destacar que Süssekind surge como jurista de imensa envergadura no Governo Vargas, atua em pleno período ditatorial, mais adiante continua figura de proa nos Governos Militares, a partir de 1964, especialmente nos de Castelo Branco e Ernesto Geisel, mas sem nunca se contaminar pelo que tais governos tiveram de mais criticável – a falta das liberdades democráticas. Enquanto a vida política do País caminhava, Süssekind atuava naquilo que melhor surgia nesses períodos – a modernização das normas para reger as relações entre o capital e o trabalho, até porque, nesse mesmo período, o Brasil dava os passos decisivos para se tornar uma economia moderna, para

* *Ministro Presidente do Tribunal Superior do Trabalho.*

DOCTRINA

se transferir de uma economia eminentemente agrária e se tornar um País industrial.

Na Assembléia Constituinte, que funcionou de 15 de novembro de 1933 até julho de 1934, é que foi apresentada pelo deputado Abelardo Marinho a proposta de criação da Justiça do Trabalho. Nesse período outra proposição no mesmo sentido foi feita pelo deputado Valdemar Falcão, e Prado Kelly incumbiu-se de fundi-las. Portanto, foi a Constituição de 1934 que determinou a criação da Justiça do Trabalho.

Para dar cumprimento àquele mandamento constitucional, Vargas e seu ministro do trabalho Agamenon Magalhães nomearam uma comissão presidida por Oliveira Viana, que tornaria efetiva a Justiça do Trabalho. Encaminhado o projeto ao Congresso, foi distribuído à Comissão de Constituição e Justiça, presidida por Valdemar Ferreira, professor de direito comercial da USP, que avocou a si o encargo de relatá-lo, sendo conhecido o debate público entre o relator do projeto e Oliveira Viana. Valdemar Ferreira era contra a idéia de se dotar a Justiça do Trabalho de poderes para editar normas para a solução de um conflito coletivo de trabalho; enfim, era contra o que hoje nós conhecemos como o poder normativo da Justiça do Trabalho. Oliveira Viana defendia a tese oposta, argumentando não ser possível examinar o projeto à luz de conceitos do direito tradicional. Se o contrato coletivo de trabalho podia criar normas para as categorias envolvidas no conflito, também as sentenças normativas poderiam fazê-lo. As sentenças normativas, como afinal seria consagrado e é hoje realidade de todos conhecida, surgem ditadas por um órgão estatal quando infrutíferos os esforços para a solução autônoma do conflito de trabalho.

A previsão na Constituição de 1934, portanto, não significou desde logo uma realidade. Foi somente por meio de decreto-lei de 1939, promulgado por Vargas, em grande festa no campo do Vasco da Gama, onde aconteciam as grandes comemorações de 1º de Maio, portanto, já em pleno Estado Novo, que a Justiça do Trabalho era efetivamente criada, mas cujo início de funcionamento aconteceria em 1941. Eram órgãos administrativos – as Juntas de Conciliação e Julgamento, os Conselhos Regionais do Trabalho e o Conselho Nacional do Trabalho, embriões dos futuros órgãos jurisdicionais trabalhistas de hoje (as Varas do Trabalho, os Tribunais Regionais do Trabalho e o Tribunal Superior do Trabalho). É nessa fase histórica que as vidas dos nossos homenageados começam a se entrelaçar e a participar da criação do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho no Brasil. Sússekind, ainda estudante de Direito, era nomeado auxiliar de escritório; em seguida foi promovido a assistente técnico, tornando-se, em 1940, assistente jurídico, responsável pelos pareceres nas advocatórias que subiam do Conselho Nacional do Trabalho para o Ministério

DOCTRINA

do Trabalho, cujo titular era Valdemar Falcão. Esses pareceres eram examinados por Marcial Dias Pequeno, chefe de gabinete do ministro, ou por Max do Rego Monteiro, secretário do ministro. Se tinham dúvidas, encaminhavam a Oliveira Viana e, se dúvida não houvesse, o parecer era apresentado ao ministro para aprovação. Dessa forma Sússekind ia se tornando conhecido, especialmente conhecido do ministro, o que determinaria a sua ascensão a cargos e missões mais importantes na estrutura do Ministério do Trabalho, da Justiça do Trabalho (ainda um órgão administrativo) e no surgimento e consolidação do Direito do Trabalho no Brasil.

É nesse período que Délio Maranhão ingressa na Justiça do Trabalho – em 1941 –, ainda uma justiça administrativa. Sússekind, falando para Angela de Castro Gomes, Elina Pessanha e Regina de Moraes Morel, organizadoras da obra “Arnaldo Sússekind: um Construtor do Direito do Trabalho” sobre as necessidades de criação de muitos quadros e de pessoal preparado para aquela instituição que surgia, confessou que mais de uma vez meditou sobre isso. Vargas nomeou livremente os juízes e procuradores e não se sabia que fontes ele utilizou para escolher tantos e tão bons nomes. Para procuradores da Justiça do Trabalho, dentre outros, nomeou Evaristo de Moraes Filho, Geraldo Augusto Faria Batista, Dorval Lacerda, que eram do Ministério do Trabalho. Escolheu gente de fora, como Délio Maranhão, a seu ver, “o maior juiz da Justiça do Trabalho... e que se tivesse chegado ao Supremo Tribunal Federal, teria sido um dos melhores juízes do Brasil, porque ele não conhecia só o Direito do Trabalho... ele conhecia tudo: Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direito Civil... era um craque em processo”. E era mesmo muito bom em praticamente todos os ramos da ciência jurídica. Quando fiz o concurso para ingresso na magistratura do trabalho, em março de 1968, recordo-me que na prova escrita, teórica, de Direito Civil dissertei sobre Resolução, Resilição e Rescisão Contratual com base nos ensinamentos de Délio Maranhão, expostos no seu insuperável “Direito do Trabalho”, cuja 1ª edição é de 1966, obra que escreveu para os seus alunos do curso de Administração Pública da Escola Brasileira de Administração Pública da Fundação Getúlio Vargas. Menciona Sússekind que nessa mesma época foi nomeado outro expoente do Direito do Trabalho e da magistratura do trabalho – Mozart Victor Russomano.

Délio continuaria na magistratura do trabalho até aposentar-se como juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, em outubro de 1969. Enquanto juiz do TRT da 1ª Região, passou longos períodos convocado no Tribunal Superior do Trabalho, influenciando decisivamente a jurisprudência trabalhista. Nesse período Souza Moura, magistrado oriundo, como eu, do TRT da 8ª Região, foi nomeado ministro do TST e passou a integrar a mesma

DOCTRINA

turma de Délio. Revelou-me o quanto se preocupava por atuar numa turma da qual participava um magistrado da envergadura de Délio, respeitadíssimo por todos os integrantes da Corte. E para conhecer as suas posições a respeito dos vários temas do Direito do Trabalho adquiriu a obra “Direito do Trabalho”, ficando assim preparado para possíveis divergências.

Anna Acker, contemporânea de Délio, também juíza do TRT da 1ª Região, diz que ele foi inovador em tudo. Num tempo em que as nomeações para o serviço público eram, na maioria, feitas por indicação e sem concurso, ele se opunha ao compadrio. Nunca indicou funcionário que não fosse da Casa para exercer cargo em comissão. Relata que, em certa ocasião, Délio desistiu de convocação para o TST para reassumir às pressas o Tribunal Regional e anular ato de Pires Chaves que, no exercício da Presidência, abrira e encerrara, no mesmo dia, inscrições para concurso sem qualquer divulgação. E quando Pires Chaves nomeou os dois filhos gêmeos de Délio funcionários do Tribunal, sem concurso, ele os chamou e lhes sugeriu que recusassem a nomeação, embora respeitando o seu arbítrio e os alertando para o fato de que, como funcionários, receberiam muito mais do que a mesada que seus vencimentos de juiz permitiam lhes oferecer. Os filhos recusaram a nomeação, mas Délio guardou a mágoa pelo desrespeito de que fora vítima.

Enquanto Délio prosseguia na magistratura trabalhista, Sússekind continuava atuando no Ministério do Trabalho. Depois de um período como procurador regional do trabalho em São Paulo, onde trabalhou na instalação da Justiça do Trabalho e conheceu o advogado Alexandre Marcondes Filho, que viria a ser nomeado ministro do trabalho, dele recebeu o convite para assessorá-lo no setor do Direito do Trabalho, compondo uma equipe que se reportava diretamente ao ministro. Foi nesse período que Marcondes Filho, falando das contradições e omissões da legislação do trabalho e da previdência, pediu que Sússekind montasse um quadro que lhe desse uma visão de conjunto a respeito do assunto. Marcondes Filho cogitava de uma consolidação que unificasse tudo o que dissesse respeito ao trabalho e à previdência. Ordenou que Sússekind fosse anotando os nomes que viriam a compor a comissão encarregada dessa missão. Getúlio indicou Segadas Viana, que era procurador do trabalho. Marcondes Filho indicou Oscar Saraiva, então consultor jurídico do Ministério. Joaquim Leonel de Resende, procurador geral, ficou encarregado da parte de previdência. Integraram também a comissão Bezerra de Freitas e Augusto Rego Monteiro, este diretor-geral do Departamento Nacional do Trabalho. Sússekind sugeriu os nomes de Dorval Lacerda e de Geraldo Faria Batista e do atuário Lyra Madeira. E por indicação de Marcondes Filho, o próprio Sússekind integrou a comissão. Logo na primeira reunião, Oscar Saraiva

DOUTRINA

propôs desmembrar a comissão em duas: uma cuidando da Consolidação das Leis do Trabalho e outra da Previdência, ficando a primeira composta por Rego Monteiro, Oscar Saraiva, Segadas Viana, Dorval Lacerda e Sússekind, que se reunia inicialmente no gabinete de Oscar Saraiva e por fim na residência de Segadas Viana, ou na casa do pai de Sússekind, na rua Farne de Amoedo, onde também residia Sússekind.

Revela o ilustre homenageado que foram inspirados nas teses do I Congresso de Direito Social, nos pareceres de Oliveira Viana e Oscar Saraiva que se constituíram em jurisprudência administrativa das avocatórias, na *Rerum Novarum* e nas convenções da OIT. Essas fontes materiais não influenciaram a legislação sindical, nem a que deu origem à Justiça do Trabalho, explicando que o anteprojeto da CLT, preparado em 1942, bem como o seu texto final, de 1943, teriam de observar a Constituição de 1937, em cuja vigência surgiu a legislação sindical. Todos os decretos-lei expedidos entre 1940 e 1942 foram transplantados para a CLT. Igualmente o capítulo sobre a Justiça do Trabalho e seu processo. Rebate, ainda, a alegação, amplamente divulgada até hoje de que a CLT seria cópia da *Carta del Lavoro*, e alfineta que 99% dos que assim afirmam nunca leram o documento de Mussolini. Lembra que a CLT tem 922 artigos e a Carta de Mussolini apenas 30 e desses apenas 11 diziam respeito aos direitos e à magistratura do trabalho. Confirma que o monopólio da representação da categoria pelo sindicato e seus corolários, estatuídos pela Carta de 1937, e mantidos pela de 1988, foram, sim, copiados da Carta italiana de 1927, lembrando que a unicidade sindical compulsória e o registro no órgão público foram implantados dez anos antes, em 1917, na União Soviética, princípio que era defendido por Máxime Leroy, em 1913.

Vargas solicitou a Marcondes Filho que todas as alterações de relevo de que a comissão cogitasse fossem submetidas a ele, antecipadamente, o que levou o ministro a determinar que nos futuros despachos com o presidente um dos membros da comissão o acompanharia, que se incumbiria da exposição a Vargas. Rego Monteiro ficou incumbido dos direitos coletivos (convenção coletiva, direito sindical e administrativo), cabendo a Sússekind os demais aspectos, o que lhe valeu uns seis encontros com Vargas, conforme relatou a Angela, Elina e Regina.

O anteprojeto foi publicado no Diário Oficial em 5 de janeiro de 1943. Antes, em 10 de novembro de 1942, Oscar Saraiva foi retirado da comissão da CLT, passando a integrar o grupo da Previdência, cabendo aos quatro restantes (Rego Monteiro, Segadas, Dorval e Sússekind) o exame das sugestões e a redação do projeto final.

DOCTRINA

Na festa do 1º de maio de 1943, no estádio do Vasco da Gama, o presidente assinou a CLT, mas a sua publicação só viria a ocorrer nos primeiros dias de agosto, isso em razão das reações que suscitou, entrando, afinal, em vigor no dia 10 de novembro de 1943, no aniversário do Estado Novo.

Com a queda de Vargas, Sússekind pediu exoneração do órgão que então dirigia – o Serviço de Recreação Operária –, saindo de férias; ao voltar tomou conhecimento de que seu pedido não fora aceito pelo presidente José Linhares, permanecendo ainda nesse órgão nas gestões dos ministros Negrão de Lima e Morvan Dias de Figueiredo, ambos durante o governo Dutra, só vindo a deixar o Serviço Nacional de Recreação Operária na gestão do ministro Honório Monteiro, cujo chefe de gabinete foi Cândido de Mota Filho, o qual pediu a saída de Sússekind. Retornaria após a eleição de Vargas e na gestão do ministro Danton Coêlho, para, afinal, sair na gestão de João Goulart no Ministério do Trabalho, que não ficou satisfeito com a atitude de Sússekind de deixar o Serac.

Apesar da sua íntima ligação com o mundo político, Sússekind nunca se filiou a nenhum partido político. Por três vezes foi convidado a se candidatar a deputado federal e sempre recusou. Sempre se considerou vinculado à filosofia social-trabalhista, confessando que o PSDB o atraía, mas o seu pendor pela carreira jurídica o bloqueou para a carreira política. Influência paterna, confessa.

Após a queda de Vargas e a eleição de Dutra, antes que entrasse em vigor a Constituição de 1946, o que ocorreria em 18 de setembro, Délio Maranhão, que continuava magistrado, teve um papel de grande relevância na história da Justiça do Trabalho. Juntamente com Geraldo Bezerra de Menezes redigiu o Decreto-lei nº 9.797, de 9 de setembro de 1946, adaptando a Justiça do Trabalho àquilo que ela viria a ser na Constituição de 1946. Esse fato, conforme relata Anna Acker, em artigo que publicou na revista do TRT da 1ª Região, em 1996, foi mencionado por Délio, ao comentar quão pouco ganhavam, à época, os juízes do trabalho, apontando um lado da sala de seu apartamento, em Botafogo, bem maior do que ocupava em 1946, deixou escapar, que foi num cantinho assim, onde tinha sua mesa de trabalho, que redigira, a pedido de Bezerra de Menezes, o texto daquele decreto-lei. Esse mesmo episódio é referido por Sússekind, dizendo que em 1946, pouco antes de a Constituição ser promulgada, Dutra expediu um decreto-lei que aumentou o número de Juntas, as últimas para as quais os titulares foram nomeados sem concurso. Esse mesmo decreto-lei, redigido por Bezerra de Menezes e Délio, tomou por base a nova Carta Constitucional, já aprovada, mas ainda não promulgada; e, para ganhar tempo, regulamentou a transferência da Justiça do Trabalho para o Poder Judiciário. Revela Sússekind que essa idéia teria sido

DOCTRINA

de Atílio Vivaqua que, após ter sido procurador da Justiça do Trabalho, fora deputado constituinte em 1946, eleito pelo PTB do Espírito Santo.

Merece destaque a atuação de Sússekind como Ministro da Previdência e do Trabalho. Conforme reconheceu Castelo Branco, então Presidente da República, em discurso proferido em 1º de maio de 1965, em Ipatinga, na inauguração da Usiminas, Sússekind conseguiu moralizar a Previdência, que havia se transformado em “pasta” de interesses eleitoreiros. Na sua gestão, deixou de haver déficit de caixa, passando a existir superávit.

No governo Castelo Branco, Sússekind chegou a ser sondado por Geisel, então chefe do gabinete militar, para uma vaga no STF. Preferiu ficar no TST, lugar em que, segundo suas palavras, se sentia um peixe dentro d’água, para onde fora nomeado em 1965, pelo presidente Castelo Branco e permanecera até pedir aposentadoria em 1972 quando ocupava a vice-presidência da Corte. Conforme justificou, sua saída deu-se por problemas de saúde.

Como mencionado, Délio Maranhão atuou no TST por muitos anos e chegou a ser indicado por Sobral Pinto para uma vaga como ministro titular da nossa Corte. O decreto ficou pronto para ser assinado. JK mandou rasgar, a pedido do líder do governo na Câmara dos Deputados, nomeando, então, Starling Soares, recentemente eleito deputado federal pelo PSD de Minas. Isso aconteceu para que o suplente de Starling assumisse e ficasse como relator do orçamento.

É evidente o entrelaçamento das vidas dos nobres homenageados. É de todos conhecida a magnífica obra “Instituições de Direito do Trabalho”, escrita a três mãos por Segadas Viana, Arnaldo Sússekind e Délio Maranhão, obra de consulta obrigatória por advogados e juízes.

Aposentados, ambos fundaram um escritório de consultoria que perdurou até a morte de Délio Maranhão, aos 81 anos de idade em 16 de julho de 1996.

Sússekind participou de todas as Assembléias da OIT de 1951/1954, 1957/1959, 1964/1965, exceto das ocorridas após sua posse no TST, em 1965.

Em 1969 foi nomeado para a Comissão de Peritos de Aplicação de Convenções, a única comissão da OIT que não tinha composição tripartite. Seus membros eram juristas eleitos a título pessoal.

No governo Geisel, Sússekind foi eleito para o Conselho de Administração da OIT, indicado pelo grupo da América Latina, em 1975. Trocou a Comissão de Peritos por esse Conselho.

Em 1978, quando os Estados Unidos se retiraram da OIT, o Brasil se tornou membro permanente do Conselho de Administração desta Organização, graças ao

DOCTRINA

trabalho desenvolvido por Süsssekind, episódio que considera a sua maior vitória no serviço público. Ao término do governo Geisel, desistiu de permanecer no Conselho de Administração, segundo sua justificativa, por ter que defender atos do ministro do trabalho, Murilo Macedo, que afrontavam sua consciência jurídica. Retornou ao convívio dos expertos, como passaram a se chamar os peritos.

Süsssekind hoje reconhece a necessidade de modificação da legislação que ajudou a criar. Já na época da Constituinte de 1988 se posicionou a favor da extinção paulatina do imposto sindical, considerando que os fatores que o motivaram estavam superados. O sindicalismo ganhou autonomia, mesmo ao arrepio da lei, e realça, citando Jelineck, que não se pode desprezar a força normativa da realidade. Defende, e desde 1986, o fim da unicidade sindical. O pressuposto da reformulação era a garantia da liberdade sindical sem a qual os interlocutores sociais ou suas organizações não poderiam exercer com eficácia a função de complementar os patamares de caráter geral estabelecidos na lei. Propõe que se faculte ao sindicato instituir, na convenção ou no acordo coletivo, uma quota de solidariedade a ser paga pelos associados beneficiados pelo instrumento da negociação, a exemplo do que é realidade na Argentina, Colômbia, Espanha, Grécia, Reino Unido, Suíça e Turquia. Diz que a Constituição de 1988 aprovou de forma diferente, na medida em que foram mantidos a unicidade sindical compulsória por categoria e o imposto sindical, além de ter sido instituída uma contribuição confederativa. Reconhece que em relação à contribuição confederativa tem havido exagero em alguns casos.

Afirma Süsssekind que a idéia de acabar com a Justiça do Trabalho nasceu morta, tendo em vista o tamanho do absurdo: juntar a Justiça do Trabalho com a Justiça Federal, precisamente as duas justiças mais hipertrofiadas. Seria o caos, proclama, pois a união delas significaria não andar com processo nenhum, nem contra a União Federal, nem contra os empregadores, na esfera do trabalho.

Há um aspecto interessante que quero destacar nesse debate sobre a necessidade de modificação da legislação trabalhista, sobre a necessidade de sua atualização. No alvorecer do Direito do Trabalho as condições laborais eram precárias, os meios de produção eram, de certa forma, rudimentares, e o que é mais importante, os trabalhadores não tinham o mesmo nível de desenvolvimento intelectual e técnico que hoje têm. Era natural que necessitassem de proteção, proteção que veio por meio das suas organizações e pelo ativismo destas, provocando o surgimento de normas protetoras, tanto de origem autônoma como heterônoma.

A partir da globalização, no estágio de desenvolvimento intelectual e técnico em que os trabalhadores se encontram, não podem mais ser considerados

DOUTRINA

cidadãos bisonhos e desinformados. Não mais necessitam de toda aquela proteção ou pelo menos da proteção do mesmo grau. Enfim, estão deixando de ser menores socialmente. Isso talvez explique, em parte, o decréscimo do movimento associativo como o sindicalismo, o que acaba por se refletir nas legislações, que passam a ser muito mais de origem autônoma do que heterônoma. Não é por outra razão que países como os Estados Unidos tornaram-se progressivamente refratários a uma legislação de origem estatal que regula as relações individuais do trabalho, e mais expressivamente a uma legislação autônoma no campo das relações coletivas. O resultado é a tendência para a desregulamentação das relações individuais, ainda presente no mundo, e é necessário que o seja, em razão das profundas desigualdades de nível de desenvolvimento entre as nações.

Retornando ao objetivo desta minha modestíssima intervenção, digo que Sússekind foi, primordialmente, um promotor, um criador do Direito do Trabalho no âmbito do Executivo, no âmbito dos organismos internacionais. Délio Maranhão atuou mais no Judiciário – foi O JUIZ do trabalho, como todos reconhecem, como proclamam Sússekind e Calheiros Bonfim, e ainda na cátedra, na sala de aula. Délio Maranhão foi o professor, e, por meio do seu legado intelectual, é e sempre será o professor de todos os juizes do trabalho, de todos os advogados, de todos os juristas brasileiros, dada a profundidade de suas lições e que, repita-se, não se limitam apenas ao campo do Direito do Trabalho, mas a quase todos os ramos da ciência jurídica.

Muito obrigado ARNALDO SÜSSEKIND, muito obrigado DÉLIO MARANHÃO. A comunidade jurídica brasileira lhes é muito, muito grata!

**Tema Especial: Os Novos Paradigmas
da Relação de Trabalho**

RUMOS ATUAIS DO DEBATE SOBRE RELAÇÕES DE TRABALHO E COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Amauri Mascaro Nascimento*

Destinam-se estas observações a avaliar o atual estágio das discussões a respeito de tema trazido pela Emenda Constitucional nº 45, que, ao ampliar a competência da Justiça do Trabalho, atribuiu-lhe poderes para julgar as ações oriundas das relações de trabalho, expressão que pela sua amplitude ainda não permitiu a pacificação.

As interpretações, em tese, podem ser reunidas em três grupos.

O primeiro dá à expressão relações de trabalho sentido amplo.

O segundo é restritivo ou porque conclui que relação de trabalho e relação de emprego são sinônimos ou porque entende que a Justiça do Trabalho desviar-se-ia do seu sentido tutelar do empregado se passar a julgar ações de trabalhadores autônomos e outros.

O terceiro é intermediário, preferindo encontrar critérios seletivos de dependência para filtrar as ações de autônomos que devem e que não devem passar para a competência do Judiciário trabalhista.

As duas últimas das tendências acima enumeradas têm recrudescido. Mas não se pode dizer que a primeira tenha avançado de modo a se tornar uma diretriz unanimemente aceita, mesmo porque permanecem pontos residuais de discussão.

Houve uma primeira fase de estudos que vai desde os primeiros livros e artigos sobre a Reforma do Judiciário até meados de 2007. Nela, a construção jurídica foi intensa¹ e não nos parece oportuno repetir o que já foi afirmado. O que importa, agora, é concluir e tomar uma posição.

* *Professor titular aposentado de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da USP. Orientador de Mestrado e Doutorado da mesma Faculdade. Presidente Honorário da Academia Nacional de Direito do Trabalho.*

1 *Antonio Álvares da Silva, Pequeno Tratado da Nova Competência Trabalhista, São Paulo, LTr, 2005, págs. 88/89; Grijalbo Fernandes Coutinho e Marcos Fava (Coord.), Nova Competência da Justiça do*

A qualidade da produção jurídica crítica do tema pode ser verificada também nos artigos publicados na Revista do Tribunal Superior do Trabalho².

Sobre o ponto principal do debate, a extensão a ser dada à expressão *relações de trabalho*, até aqui dissemos o que segue, observações que nos parecem cabíveis e se são repetidas é porque são necessárias para o contexto do problema (in “Curso de Direito Processual do Trabalho”, São Paulo, Saraiva, 2007).

Dissídios sobre relações de trabalho abrangem: 1) situações de emprego; 2) algumas formas semelhantes às relações de emprego; 3) contratos de atividade laboral do Código Civil.

Trabalho, São Paulo, LTr, 2005; Fava, “Esmorecimento do Poder Normativo – Análise de um Aspecto Restritivo na Ampliação da Competência da Justiça do Trabalho”, in *Nova Competência da Justiça do Trabalho*, São Paulo, LTr, 2005; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo, LTr, 2005; BARROS Jr., Cássio Mesquita. “A reforma judiciária da Emenda Constitucional n. 45”, São Paulo, *Revista LTr*, 69-03, 277; Amauri Mascaro. *Iniciação ao processo do trabalho*. São Paulo, Saraiva, 2005; Tereza Nahas, “O significado da expressão relações de trabalho no art. 114 da CF e a competência da Justiça do Trabalho”, LTr 70-07/808; Arion Sayão Romita, “Prestação de serviços por trabalhadores autônomos: relação de trabalho ou relação de consumo”, São Paulo, LTr 70-08/9093; Georgenor de Sousa Franco Filho, “Relações de Trabalho passíveis de apreciação pela Justiça do Trabalho”, LTr 70-11/1287; Rodolfo Pamplona Filho, “A nova competência da Justiça do Trabalho (uma contribuição para a compreensão dos limites do novo art. 114 da Constituição Federal de 1988)”, LTr 70-01/38; Mauro Schiavi, “O alcance da expressão ‘relação de trabalho’ e a competência da Justiça do Trabalho um ano após a promulgação da EC n. 45/04”, LTr 70-02/208; Daniel Lisboa, “O conceito de usuário final para a determinação da competência da Justiça do Trabalho”, LTr 70-05/599; Bolívar Viegas Peixoto, “Competência da Justiça do Trabalho à Luz da Emenda à Constituição n. 45, de 2004”, LTr 69-07-793; Dinaura Godinho Pimentel Gomes, “Direito fundamental ao trabalho, como suporte do direito à vida com dignidade, diante da ampliação da competência da Justiça do Trabalho”, LTr 69-11/1333; Manuel Antonio Teixeira Filho, “A Justiça do Trabalho e a Emenda Constitucional n. 45-2004”, LTr 69-01/5; Otávio Amaral Calvet, “A nova competência da Justiça do Trabalho: relação de trabalho versus relação de consumo”, LTr 69-01/55; José Antonio Pancotte, “A nova competência da Justiça do Trabalho”, LTr 69-01/80; Ilze Marcelina Bernardi Lora, “A nova competência da Justiça do Trabalho”, LTr 69-02/191; Julio César Bebber, “Nova competência da Justiça do Trabalho e regras processuais”, LTr 69-03/324; José Antonio R. Oliveira Silva, “Relação de trabalho – em busca de um critério científico para a definição das relações de trabalho abrangidas pela nova competência da Justiça Especializada”, LTr 69-03/309; Mário Vitor Suarez Lojo, “Relação de trabalho – interpretação conforme a Constituição em face da Emenda n. 45/04”, LTr 69-04/433; Salvador Franco de Lima Laurindo, “A competência da Justiça do Trabalho: o significado da expressão relação de trabalho no art. 114 da Constituição e as relações de consumo”, LTr 69-05/549; Cláudio Armando Couce de Menezes, “Os novos contornos das relações de trabalho e de emprego – direito do trabalho e a nova competência trabalhista estabelecida pela Emenda n. 45/04”, LTr 69-05/556; José Augusto Rodrigues Pinto, “A Emenda Constitucional n. 45/04 e a Justiça do Trabalho: reflexos, inovações e impactos”, LTr 69-05/521; Márcio Túlio Viana, “Relações de Trabalho e Competência: esboço de alguns critérios”, LTr, 69-06/683; Alexandre Augusto Campana Pinheiro, “Competência da Justiça do Trabalho”, São Paulo, LTr, 2005; Edilton Meirelles, “Competência e Procedimento na Justiça do Trabalho”, São Paulo, LTr, 2005; Francisco Rossel de Araújo, “Jurisdição e Competência da Justiça do Trabalho”, São Paulo, LTr, 2006.

- 2 Artigos publicados na Revista do TST; vol. 71, n. 1, jan./abr. 2005 a jan./2006: *As relações individuais e coletivas de trabalho na reforma do Poder Judiciário* (Arnaldo Süssekind); *A reforma do Poder Judiciário – O dissídio coletivo e o direito de greve* (José Luciano de Castilho Pereira);

DOCTRINA

Até 2004, por força do disposto no art. 114 da Constituição Federal, a Justiça do Trabalho era competente para conciliar e julgar as controvérsias entre empregados e empregadores mediante dissídios individuais. Nem sempre, no plano constitucional, a matéria recebeu idêntico tratamento; nem mesmo a linguagem adotada pelas Constituições foi sempre a mesma. O critério da Constituição de 1946, mantido pela Constituição de 1967 e Emenda de 1969 foi explícito: o conhecimento das questões entre *empregados* e empregadores e, quanto a outras relações de trabalho atípicas, condicionar a sua competência à prévia autorização da lei. Assim é que a Lei Magna de 1946, art. 123, declarava que “compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores, e as demais controvérsias oriundas de relações de trabalho regidas por legislação especial”, regra integralmente mantida pela Constituição de 1967, art. 134, e pela Emenda Constitucional de 1969, art. 142. O critério da Constituição de 1988, art. 114, é outro: dissídios entre *trabalhadores* e empregadores, o que induz à impressão de que foi ampliada a sua competência para toda questão referente ao trabalhador, e não apenas ao empregado. Não há dúvida de que outros trabalhadores possam nela litigar. É o caso dos processos entre o trabalhador temporário e a empresa de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 1974), entre o trabalhador avulso e seus tomadores de serviços (CLT, art. 643) e entre o empregado operário ou artífice e o tomador dos seus serviços (CLT, art. 652, *a*, III). E com a EC 45 o critério passou a ser outro, diferente dos anteriores: o julgamento das controvérsias resultantes das relações de trabalho.

A reforma do Judiciário e os novos marcos da competência material da Justiça do Trabalho no Brasil (João Oreste Dalazen); A Emenda Constitucional nº 45 e o Ministério Público do Trabalho (Otávio Brito Lopes); Apontamentos sobre a competência da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional nº 45 (Estêvão Mallet); As relações de trabalho e a nova competência da Justiça do Trabalho (Otávio Pinto e Silva); A nova competência trabalhista para julgar ações oriundas da relação de trabalho (José Affonso Dallegre Neto); Sistema recursal trabalhista e a nova competência da Justiça do Trabalho (Júlio César Bebbber); Ações indenizatórias e outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho (incisos VI e IX do art. 114 da CF) (Edilton Meireles); O sentido e o alcance da expressão “relação de trabalho” no artigo 114, inciso I, da Constituição da República (Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004) (Taisa Maria Macena de Lima); As ações que envolvem o exercício do direito de greve: primeiras impressões da EC 45/04 (André Luis Spies); Fiscalização das relações de trabalho (Antonio Bento Betioli); A ação dos auditores fiscais do trabalho e as multas administrativas (Alessandra Parreiras Fialho); Cobrança de multas trabalhistas na Justiça do Trabalho: procedimentos administrativos e judiciais (Cláudio Roberto Leal Rodrigues); Regra-matriz de incidência da contribuição previdenciária na execução trabalhista (Thiago D’Ávila Fernandes); A Emenda Constitucional nº 45 e as ações em curso na Justiça comum (Paulo Leal); O alcance da expressão “relação de trabalho” e a competência da Justiça do Trabalho um ano após a Emenda Constitucional nº 45/2004 (Mauro Schiavi).

DOCTRINA

A Constituição condicionava a sua competência para apreciar outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, além das relações entre trabalhadores e empregadores, à expressa autorização da lei. Desse modo, mediante lei, a Justiça do Trabalho já podia julgar outras relações de trabalho além das situações de emprego.

Qual a análise que pode ser feita comparando-se o texto anterior e os dispositivos da EC 45?

As seguintes diferenças resultam do confronto dos textos:

1) no pólo passivo da relação submetida ao Judiciário trabalhista pela Constituição de 1988, figurava o empregador e não há, na EC 45, essa indicação; logo, o critério foi alterado no sentido de mudar o conceito de parte do processo;

2) a alteração do critério, nesse ponto, é clara, uma vez que foi abandonada a postura subjetivista indicativa do tipo de sujeito passivo – o empregador – e do tipo de sujeito ativo – o trabalhador –, e a EC 45 o afastou para voltar-se, *objetivamente*, para o tipo de situação ou de relação, a oriunda de vínculos de trabalho, e não mais aos tipos de sujeitos;

3) a alteração tem a maior importância porque o empregador não é mais o único sujeito passivo da relação processual que se instaura perante a Justiça do Trabalho, uma vez que, mudado o critério para o objetivo, no pólo passivo podem figurar empregadores e outros tomadores de serviços;

4) no pólo ativo, a Constituição de 1988 conferia legitimidade processual para o trabalhador e agora, alterado o critério para o plano objetivo do tipo de vínculo (relação de trabalho), não mais aparece referência ao trabalhador, mas, sim, à relação de trabalho;

5) como o critério da EC 45 foi o de indicar o tipo de relação, a de trabalho, e não os sujeitos envolvidos na relação, abriu-se um campo enorme para a ampliação da competência do Judiciário trabalhista;

6) no pólo ativo da relação processual pode figurar um empregado, mas, também, outro tipo de trabalhador, e no pólo passivo pode aparecer um empregador ou outro tipo de tomador de serviços;

7) onde a EC 45 não restringiu não é dado ao intérprete, cerebrinamente, impor uma limitação, de modo que a amplitude do novo conceito realmente alargou a competência do Judiciário trabalhista, que não pode ser alterado por lei infraconstitucional;

8) relação de trabalho, no sentido da doutrina, é gênero que comporta diversas modalidades, não só o empregado, mas o avulso, o temporário, o

eventual e o autônomo, motivo pelo qual, a prevalecer a aplicação do texto constitucional, todos esses tipos de trabalho agora encontram na Justiça do Trabalho o órgão judicial competente para apreciar as suas questões;

9) a diversidade de tipos de situações jurídicas em que se encontram esses diversos trabalhadores leva à conclusão de que o Judiciário trabalhista julgará como relações de emprego aquelas que assim se positivarem, observada a tipicidade legal (CLT, arts. 2º e 3º), e julgará cada tipo de prestação de trabalho (autônomo e eventual) aplicando o direito material (Código Civil) pertinente a esses vínculos de trabalho; neste ponto acrescente-se o art. 594 do Código Civil que pode contribuir para a fundamentação da tese ampliativa dada a correspondência intrínseca entre direito material e direito processual, texto que declara: “Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição”, logo toda espécie de serviço ou trabalho lícito pode cobrar perante a jurisdição, a remuneração pelo seu trabalho e a Justiça do Trabalho é a especializada para esse fim;

10) frágil é a argumentação pela inalterabilidade do sistema e a alegação de que a expressão *relação de trabalho* seria o mesmo que relação de emprego, pois o conteúdo dos dois conceitos não é igual como se vê por esta comparação;

11) quando a CLT refere-se a contrato de trabalho essa expressão não pode ser interpretada isoladamente, mas sistematicamente com outros dispositivos (arts. 2º e 3º), o que mostra que contrato de trabalho no significado da CLT é relação de emprego, diferente, portanto, e menos ampla que relação de trabalho;

12) também é inviável raciocinar que a ampliação da competência pode desfocalizar o Judiciário trabalhista do seu fim, a menos que se entenda que o seu único fim é a tutela do empregado e não de outros trabalhadores, o que não tem sentido na sociedade pós-industrial, diante da multiplicidade de atividades laborais que se desenvolvem (cooperativas, teletrabalho, trabalho em *call-centers*, crescimento e proletarização do trabalho autônomo, etc.); acrescente-se que o Juiz do Trabalho sempre aplicou o Código Civil, afirmação esta cuja comprovação exigiria outro estudo, mas que não é contestada;

13) na Justiça do Trabalho concentram-se os julgamentos das questões sobre o trabalho profissional e pessoal, atendendo a um imperativo de sistematização;

14) ganha em celeridade o processo, desde que o pedido inicial dos advogados na Justiça do Trabalho venha a ser sucessivo nos casos que assim deva ser feito (pedido de declaração da relação de emprego ou, se não demonstrada, julgamento do caso como prestação de serviços, etc.);

DOCTRINA

15) a concentração de competência, e não mais a fragmentação, permitirá maior acesso do trabalhador ao Judiciário porque é raro o eventual que ingressa com ação na Justiça Comum tendo em vista a finalidade diferente para a qual esta presta a sua jurisdição, como maior acesso terá, também, o trabalhador autônomo, pelas mesmas razões.

Duas alterações fundamentais parecem-nos claras:

A primeira mudança decorrente da EC 45 foi de sistema antes pautado no critério *subjetivista* que significa a definição legal das partes ou sujeitos que figuram no processo do trabalho, agora centrado na noção *objetivista* para indicar não mais os sujeitos e sim o *tipo de relação jurídica* – relação de trabalho – que deve ser julgada pelo Judiciário Trabalhista.

A segunda modificação foi a inversão de uma ordem: o que antes era exceção, o julgamento na Justiça do Trabalho de outras controvérsias que não as de relação de emprego dependendo de lei, agora é não mais exceção mas regra geral, a Justiça do Trabalho não necessita mais de uma lei específica da relação de trabalho para julgá-la.

Correspondentemente no plano do direito material ganha importância a distinção entre contratos de atividade e contratos de resultado, aqueles tendo como objeto a atividade do prestador de serviços independentemente do resultado, estes tendo como objeto o resultado alcançado independentemente da atividade. Os contratos de atividade são submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho. Na relação de trabalho estarão presentes, como requisitos básicos para a sua configuração, o trabalho profissional ou remunerado, ficando, com a exigência da *profissionalidade*, afastados os serviços gratuitos ou prestados com finalidades não profissionais, como o trabalho benemerente e assistencial, por espírito de colaboração ou de vizinhança, ou com propósitos exclusivamente religiosos. Mas é possível dizer que o trabalho gratuito lícito e previsto em lei com algum tipo de retribuição – ex. ajuda de custo – como o trabalho voluntário, necessita de uma jurisdição mais informal como a trabalhista.

Uma observação específica se faz necessária quanto aos contratos de consumo.

O consenso em um ponto nos parece desde o início acertado: relações de consumo não são da competência da Justiça do Trabalho.

A divergência, a nosso ver, residiu na diferente compreensão do que é relação de consumo e qual a diferença de relação de trabalho e relação de consumo e neste ponto, lapidar é o ensinamento de Rodrigues Pinto em *A*

DOUTRINA

Emenda Constitucional n. 45/2004 e a Justiça do Trabalho: reflexos, inovações e impactos (LTr 69-05/521).

As relações de consumo, diante das disposições do Código do Consumidor, perante as quais consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, não são relações de trabalho quando se trata da aquisição de um produto por um consumidor, estando afastadas, evidentemente, do Judiciário Trabalhista as eventuais pendências que possam resultar dessa compra e venda.

No entanto, como o mesmo diploma legal, na definição de fornecedor, inclui *prestação de serviços* (art. 3º), poderiam surgir dúvidas caso não esclarecesse o mesmo Código que serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, *salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista*, ressalva esta que aponta um parâmetro. A relação de consumo tem dois pólos, o do consumidor, questão afeta à Justiça Comum, e o do prestador dos serviços, lide que a Justiça do Trabalho deve julgar.

Tomo o exemplo mencionado pelo conceituado jurista, sobre a atividade do profissional liberal e apostilas, distinguindo hipóteses, e que aclara a questão:

O profissional liberal elabora as apostilas, oferecendo-as ao público e vende-as diretamente a quem quiser adquiri-las. Somente uma relação jurídica, *de consumo*, se estabelece entre o profissional liberal e cada adquirente.

O profissional liberal ajusta com uma empresa prestar seu trabalho pessoal e autônomo de elaboração de apostilas, que a tomadora comercializará com o público. Nesta hipótese há duas relações jurídicas, uma de trabalho entre o profissional liberal prestador da atividade e a empresa tomadora do resultado, outra de consumo entre a empresa vendedora e cada adquirente das apostilas comercializadas. Nesse caso, a Justiça do Trabalho será competente para dirimir questões entre o profissional liberal e a empresa tomadora do resultado do serviço e que o comercializa.

O profissional liberal ajusta colocar a sua energia pessoal à disposição da empresa para, sob a direção desta, elaborar apostilas que serão pela empresa comercializadas. Nesse caso há duas relações jurídicas, uma de trabalho (emprego) entre o profissional liberal e a empresa tomadora da sua atividade, e outra de consumo entre a empresa que vende as apostilas e cada adquirente das mesmas.

Enfim, relações de consumo não são da competência da Justiça do Trabalho, relações de trabalho, sim.

EL TRABAJO, LOS TRABAJADORES Y EL DERECHO DEL TRABAJO*

Mario E. Ackerman**

I – ¿QUIÉNES Y POR QUÉ TRABAJAN?

La adición innecesaria de un adjetivo a un sustantivo, cuando éste es autosuficiente para la descripción pretendida, probablemente genere un pleonasmismo.

Pero no es sólo esto lo que provoca la expresión *trabajo humano*, de uso frecuente en los manuales y los estudios generales de Derecho del Trabajo¹ y con la que suele titularse el capítulo introductorio de esas obras.

El pleonasmismo se evidencia a poco que se advierte que, usualmente, quienes utilizan la expresión no lo hacen para diferenciar *ese trabajo* del que podría ser su opuesto, esto es, el *trabajo inhumano*², sino para designar una *actividad humana*³, que supone un *esfuerzo físico o intelectual del hombre*, en la inteligencia de que *sólo el hombre es capaz de trabajar en sentido propio*⁴.

* Este trabajo reproduce la *Introducción a la Teoría General del Derecho del Trabajo* que, a su vez, es el primer tomo del *Tratado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, dirigido por el autor y coordinado por Diego TOSCA, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005.

** *Membro da Comissão de Peritos em Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT. Professor da Universidade de Buenos Aires.*

1 Ver, por ejemplo, ALONSO OLEA, Manuel, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 4. ed., Edersa, Madrid, 1981, p. 22; PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos y ÁLVAREZ de la ROSA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, 9. ed., Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001, p. 113; PÉLISSIER, Jean, SUPIOT, Alain et JEAMMAUD, Antoine, *Droit du Travail*, 21. ed., Dalloz, Paris, 2002, p. 1; BIAGI, Marco, *Instituzioni di Diritto del Lavoro*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 2; VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, en VÁZQUEZ VIALARD, Antonio (Dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 1982, T. I, p. 3; RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, en RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (Dir.), *Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 4. ed. act. y amp., Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 1, etc.

2 Y que supone tipos o condiciones de trabajo agraviantes para la condición humana.

3 BIAGI, M., *op. cit.*, p. 2 y RODRÍGUEZ MANCINI, J., *op. cit.*, p. 2.

4 RODRÍGUEZ MANCINI, J., *op. cit.*, p. 2.

DOCTRINA

En rigor, *el trabajo*, en cuanto actividad inseparable de la *persona* que lo ejecuta, obligadamente es *humano*, lo que torna por demás sobreabundante al adjetivo.

El mayor reproche que podría merecer la expresión, sin embargo, y aunque nacido del lenguaje, no proviene de la retórica.

En efecto, amén de que la designación *trabajo humano* parece admitir la existencia de *otros trabajos* – además del humano –, como podrían ser, por hipótesis, los de las *máquinas*, los *animales* o, aún, los *capitales*⁵, aquélla insinúa también una suerte de *objetivación* del *trabajo* que no resulta neutra en sus consecuencias, ya que podría llevar a desconocer primero la *causa* del *trabajo* y, luego, la propia razón de ser del *Derecho del Trabajo*.

Ya Supiot⁶, luego de repasar las concepciones romanista y germánica de la relación de trabajo, señaló la trascendencia que tiene la distinción entre *el trabajo* como *objeto* y *el trabajador* como *sujeto* de derecho, para advertir que de lo que se habla en el Derecho del Trabajo, siempre, es de la *persona física que trabaja*⁷, esto es, ese ser humano al que se designa como *trabajador*.

Esta primera descripción, sin embargo, así enunciada, y aún siendo como es esencial el reconocimiento de tal dato central, resulta insuficiente para entender la razón de ser y el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, si no se agrega⁸ que esa prestación personal es *por cuenta y bajo la dependencia* de otra persona, y a cambio de una *remuneración*.

Pero son precisamente esas notas de *ajenidad* y *subordinación* y, especialmente, la *causa salarial* – razón última de aquéllas –, todo lo que parecen desconsiderar, por ejemplo, autores como Fourastié⁹ cuando, luego de reprochar que la respuesta a la pregunta *¿por qué trabajamos?* sea que se lo hace *para ganar dinero*¹⁰, afirma que tal contestación *sólo tiene en cuenta uno*

5 Lo que resultaría conceptualmente incorrecto dado que en tanto se considere que el *trabajo* es un *quehacer humano*, ni aquéllas – las máquinas – ni éstos – los animales y los capitales – podrían *trabajar*. Esto no obsta a que en América Latina, en el lenguaje vulgar – y también en el económico y financiero –, suela afirmarse que la inversión especulativa supone *poner el dinero a trabajar*.

6 SUPIOT, Alain, *Crítica del Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1996, p. 57 y ss.

7 *La persona física constituye el objeto de la prestación del trabajador* (SUPIOT, A., *Crítica ... cit.*), p. 80)

8 Como también lo hace más adelante SUPIOT (ver: SUPIOT, A., *Crítica ... (cit.)*, p. 135 y ss.).

9 FOURASTIÉ, Jean, *¿Por qué trabajamos?*, Eudeba, Buenos Aires, 1960.

10 FOURASTIÉ, J., *op. cit.*, p. 17.

*de los efectos del trabajo: la producción de un salario o ganancia, porque, a su juicio, trabajamos para producir*¹¹.

Curiosamente también en esta concepción se inscribe – implícitamente – la legislación argentina, cuando, además de indicarse que *el contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí y que sólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico en cuanto se disciplina por la ley laboral*¹², en el artículo 37 de la misma LCT (t.o.) se define el *principio general del objeto del contrato de trabajo* señalando que *el contrato de trabajo tendrá por objeto la prestación de una actividad personal e infungible, indeterminada o determinada*, omitiendo esta vez toda referencia a la remuneración.

En realidad, estas descripciones pueden ser válidas desde la *lógica económica*¹³ y desde la posición del empleador, ya que, sin duda, es el empresario que contrata a un trabajador quien pretende que la actividad de éste sea *productiva*. Precisamente por eso lo contrata.

Tal *finalidad productiva* da respuesta a la necesidad de *trabajo*, pero no aporta una razón suficiente sobre el móvil que impulsa a cada individuo a trabajar. Y, menos aún, explica por qué ese trabajador se aviene a hacerlo *por cuenta ajena y en relación de dependencia*.

En rigor, para el trabajador, normalmente, el *resultado productivo* es apenas una necesidad o una motivación mediata. Cuando no remota. Para él, en principio, el propósito inmediato es que su actividad sea *remunerada*.

O, en palabras de Alonso Olea, si bien *el trabajo que está en la base del Derecho del Trabajo es el trabajo productivo, su característica esencial reside en que el hombre que trabaja pone su esfuerzo teniendo como finalidad próxima*

11 FOURASTIÉ, J., *op. cit.*, p. 18. Y aclara luego que *fácil resulta descubrir que trabajamos para transformar a la naturaleza pura, que satisface mal o no satisface en absoluto las necesidades humanas, en elementos artificiales que las satisfagan, trabajamos para transformar la hierba salvaje en trigo y luego en pan, las cerezas silvestres en cerezas comestibles y el mineral en acero y más tarde en automóviles* (*Idem*, p. 21). El mismo Fourastié debe sin embargo admitir más adelante que para que los niños puedan concurrir a la escuela *es necesario que su trabajo o su salario no resulten indispensables para la subsistencia de la familia y que, además, ellos estén bien cuidados y correctamente vestidos* (p. 103).

12 Según reza el segundo párrafo del artículo 4º de la LCT (t.o.). Esta aseveración limita así a la del primer párrafo de ese mismo artículo, en el que se precisa que *constituye trabajo, a los fines de esta ley, toda actividad lícita que se presta a favor de quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración*.

13 FOURASTIÉ, J., *op. cit.*, p. 22.

*la obtención a través de éste de los medios materiales, de los medios económicos, que necesita para subsistir*¹⁴.

Es cierto, sí, como lo señala Hopenhayn, criticando la teoría utilitarista de Taylor, que *los seres humanos no trabajan sólo por dinero*¹⁵. Pero, claro está, esto ocurre cuando ellos están en condiciones de pretender algo más que el dinero, y éste no aparece como una primera y urgente necesidad para la subsistencia, que obliga a postergar toda aspiración de *despliegue físico e intelectual, interacción social, búsqueda de estatus social y de sentido o de impulso creativo*.

Esta percepción, por otra parte, no es en absoluto novedosa.

Ya desde la Revolución Francesa el derecho *a trabajar* se asoció, antes que a la realización personal, al derecho *a la existencia*, en cuanto *el trabajo* fue reconocido como el *medio* para obtener los recursos necesarios para la subsistencia¹⁶.

Concepto que se reitera en documentos emblemáticos, como la Constitución de la República de Weimar¹⁷, del año 1919 o, ya más recientemente, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, firmado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, cuyo artículo 6º en el apartado 1 reconoce que

El derecho a trabajar comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado.

Tal reconocimiento de la finalidad inmediata del trabajo *por cuenta ajena*, no supone, por cierto, negar ni devaluar las necesarias reflexiones *sobre si el trabajo productivo cumple finalidades adicionales y aún superiores en una*

14 ALONSO OLEA, M., *op. cit.*, p. 28, quien también señala que *el trabajo productivo está presidido por una finalidad – procurar la subsistencia de quien trabaja – y en tal sentido es una actividad medial o instrumental, no es un fin en sí mismo; el juego es una actividad por completo libre, sin finalidad que la condiciona ... se juega por jugar; mientras no se trabaja por trabajar, y si se trabaja por trabajar, se está en realidad jugando (Idem, p. 27).*

15 HOPENHAYN, Martín, *Repensar el trabajo; historia, profusión y perspectivas de un concepto*, Grupo Editorial Norma, Buenos Aires, 2001, p. 163.

16 SASTRE IBARRECHE, Rafael, *El derecho al trabajo*, Trotta, Madrid, 1966, p. 26/28, donde recuerda los textos de la Ley Le Chapelier y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 23 de junio de 1793.

17 *A todo alemán se ofrece la posibilidad de ganar su sustento mediante el trabajo* (art. 163-II, cit. por SASTRE IBARRECHE, R., *op. cit.*, p. 38).

*escala de valores a la típica de procurar la subsistencia*¹⁸, sin embargo, como también advierte Alonso Olea, esa reflexión pertenece a la órbita de la *filosofía del trabajo* que, sin ser ignorada ni menospreciada, debe ser dejada de lado a la hora de la consideración *jurídica*¹⁹.

Sí, en cambio, a partir de la aceptación de ese propósito primero – la remuneración – se explican los diversos instrumentos de los que se sirven el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social²⁰ para garantizar tanto la percepción de los salarios devengados, como su continuidad en las situaciones en las que el trabajador se encuentra impedido de ganarlo – poniendo su capacidad de trabajo a disposición del empleador – por causas que no le son imputables²¹.

Pero el intercambio de trabajo por salario al que dedica su atención el Derecho del Trabajo, supone, como ya quedó enunciado, cuando menos dos notas más, que consisten en que aquél sea prestado *por cuenta y bajo la dependencia de otro*²², esto es, que suponga un *intercambio específico de trabajo dependiente y retribución en régimen de ajenidad*²³.

La *ajenidad* tiene aquí un doble significado²⁴.

Por un lado, *lo esencial y definitorio del trabajo por cuenta ajena está en la distribución originaria, en que los frutos – esto es la utilidad patrimonial del trabajo*²⁵ – desde el momento mismo de su producción pertenecen a otra persona, nunca al trabajador²⁶.

Pero también la ajenidad se proyecta sobre el crédito salarial, en cuanto *el trabajador por su prestación laboral dependiente percibirá de su empleador,*

18 ALONSO OLEA, M., *op. cit.*, p. 31.

19 ALONSO OLEA, M., *op. cit.*, p. 32.

20 En una variable distribución de competencias condicionada por las opciones de cada política nacional.

21 SUPIOT, A., *Crítica ... (cit.)*, p. 96/97.

22 PELISIER, J., SUPIOT, A. et JEAMMAUD, A., *op. cit.*, p. 1.

23 SALA FRANCO, Tomás, en ALBIOL MONTESINOS, Ignacio y Otros, *Derecho del Trabajo, T. II – Contrato individual*, 4. ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 22.

24 Lo que no supone desconocer otros significados posibles de la *ajenidad*. Ver, por ejemplo, sobre esta cuestión RIVAS, Daniel, *La subordinación; criterio distintivo del derecho del trabajo*, Facultad de Derecho-Universidad de la República / FCU, Montevideo, 1996, p. 42 y ss.

25 ALONSO OLEA, M., *op. cit.*, p. 35.

26 ALONSO OLEA, M., *op. cit.*, p. 34. En sentido similar Supiot señala que *a diferencia de cuanto sucede, por ejemplo, en el contrato de arrendamiento de obras, el objeto del trabajo asalariado sigue siendo exterior al campo de la relación sinalagmática que crea el contrato: se paga el trabajo y no su resultado, ya se trate de un bien material o de un servicio. El trabajador no adquiere en ningún momento un derecho sobre la cosa producida, ni siquiera cuando el salario se fija por piezas o por acto realizado.* (SUPIOT, A., *Crítica ... (cit.)*, p. 81).

*en cualquier caso, una compensación económica garantizada, sin quedar afectado por el riesgo de la ejecución de aquélla, al no asumir la responsabilidad del resultado del trabajo en sí mismo considerado*²⁷.

En estos términos, a la *ajenidad en el resultado* corresponde – o, mejor, *debería corresponder*– una *simétrica ajenidad en el riesgo salarial*.

Se advierte así, una vez más, la enorme limitación conceptual o, en todo caso, la restringida y parcial perspectiva del *objeto* del contrato de trabajo, que encierran los conceptos de los artículos 4º y 37 de la Ley de Contrato de Trabajo argentina, ya que la desatención de la trascendencia que tiene para el trabajador la *remuneración* – en cuanto *causa inmediata* que lo impulsa a trabajar –, parece desconocer que *él no posee ningún derecho ni sobre el objeto, ni sobre los métodos, ni sobre el resultado de su trabajo, ya que tan sólo tiene derecho al salario*²⁸.

Pero amén de la *ajenidad en los frutos* de su propia actividad productiva, ésta es desarrollada por el trabajador *en relación de dependencia*.

Más allá de los debates actuales sobre el sentido y el alcance de la *dependencia laboral*, debe primero observarse que también la expresión *trabajo dependiente*²⁹ es inadecuada, a poco que se advierte – nuevamente por las sutiles trampas o vicios de las expresiones reiteradas por costumbre o comodidad – que no es *el trabajo* el que – o, mejor, *lo que* – *depende*, sino *quien* lo ejecuta, y *de quien* aquél es inescindible, esto es, *el trabajador*.

No hay así, en la irremediable realidad de los hechos, *trabajo dependiente*, sino *trabajadores dependientes*.

Señalamiento éste que lleva inmediatamente a formular una nueva observación desde la perspectiva del lenguaje y la retórica.

Porque así como *trabajo humano*, es un *pleonismo*, *trabajador dependiente* – o *subordinado*– y *libre*³⁰ probablemente sea un *oxímoron*.

27 SALA FRANCO, T., *op. cit.*, p. 23. También sobre este punto coincide Supiot cuando observa que *mientras que al trabajador independiente se le reconoce siempre un derecho sobre el objeto de su trabajo, no sucede lo mismo con el trabajador asalariado, para el que existe un divorcio total entre, de una parte, el fin, la causa final del trabajo, que es el salario, y de otra parte el objeto de este trabajo, que siendo, en todos los supuestos de ejecución del contrato, la cosa del empresario* (SUPIOT, A., *Crítica ... (cit.)*, p. 81).

28 SUPLOT, A., *Crítica ... (cit.)*, p. 121.

29 SALA FRANCO, T., *op. cit.*, p. 22.

30 ALONSO OLEA, M., *op. cit.*, p. 35; PALOMEQUE LÓPEZ, M. y ÁLVAREZ de la ROSA, M., *op. cit.*, p. 113; VÁZQUEZ VIALARD, A., *op. cit.*, p. 226/227; RODRÍGUEZ MANCINI, J., *op. cit.*, p. 6; etc.

II – LIBERTAD Y DEPENDENCIA EN EL TRABAJO

Además de la objetable referencia a su *humanidad*, la doctrina suele referir como una de las notas del *trabajo* que constituiría el *objeto del derecho del trabajo*³¹, su carácter *libre*, entendiendo por tal al que no se ejecuta en régimen de esclavitud o servidumbre.

Pero, ¿puede acaso afirmarse que sólo la esclavitud o la servidumbre producen la negación de la libertad en el trabajo?, ¿basta con que no exista *violencia física* o *amenaza de muerte* para que el trabajo pueda ser considerado *libre*?³².

Si bien es cierto que ya la humanidad parece haber superado aquellas formas extremas de trabajo en las que era negada la propia condición humana de los trabajadores, no podría predicarse la existencia del mismo grado de *libertad* en quien puede escoger entre trabajar y no hacerlo y, siguiendo la primera opción, elegir si lo hace por cuenta propia o en régimen de ajenidad y, aún en este supuesto, decidir cuando y para quien lo hace, y en aquél que, por el contrario, no tiene ninguna de esas posibilidades.

El desconocimiento de la diferencia entre una y otra situación no resulta admisible en cuanto se acepta que *la libertad*, en su descripción más simple, es la *posibilidad de elegir* y, especialmente, la de *poder decir que no*.

Y se evidencia así una innegable limitación a esta elemental manifestación de la libertad cuando *se trabaja por necesidad*, que – una vez más – *no es necesidad de trabajar*, sino *de salario*, esto es, de una prestación económica para atender las necesidades de subsistencia de la persona que trabaja – y de su familia-.

Esa *necesidad* que, si no niega, cuando menos limita severamente la *libertad* de quien debe trabajar para otro, es lo que lo obliga, sin alternativa, a aceptar que los frutos de su trabajo correspondan a otra persona.

La *ajenidad*, esto es, esa atribución inicial del producto del trabajo, no deriva así de un acto verdaderamente *voluntario* del trabajador³³, quien normalmente no sólo no puede elegir entre trabajar y no hacerlo, o de hacerlo

31 ALONSO OLEA, M., *op. cit.*, p. 22. Ver la fundada objeción de Supiot a la consideración del *trabajo* como *objeto* del Derecho del Trabajo en SUPIOT, A., *Crítica ... (cit.)*, p. 65 y ss.

32 A juicio de Alonso Olea, *el trabajo es libre ... si la compulsión que fuerza a trabajar no llega al ejercicio de la violencia física o la amenaza de muerte infligida por quien ejerce la fuerza, sobre el trabajador* (ver: ALONSO OLEA, M., *op. cit.*, p. 45).

33 Resultaría muy difícil demostrar empíricamente que *el trabajador retiene una libertad en virtud de la cual es de su propia decisión de la que deriva la atribución de los frutos al 'ajeno' que los hace suyos por hipótesis*, según afirma también Alonso Olea (ver: ALONSO OLEA, M., *op. cit.*, p. 36).

en forma autónoma o dependiente, sino, además, rara vez puede escoger al sujeto de derecho al que se atribuirán los frutos de su trabajo.

Sujeto éste a quien, como consecuencia de los *modernos* modelos de *descentralización empresarial*, el trabajador no sólo no puede elegir sino, aún, en cuanto aquél también puede estar seleccionado por otro³⁴, más de una vez ni siquiera llega a poder identificar.

Tampoco parece hoy³⁵ comprobable entonces que *la facultad de opción – entre trabajar o no y de hacerlo por cuenta propia o ajena – reside en el trabajador, con la opción adicional y clave de que es el propio trabajador quien elige quien haya de ser la persona a la que los frutos van a ser atribuidos*³⁶.

Esa no es una afirmación que pueda tener – ni haber tenido en la historia de la humanidad – validez universal, porque no es en modo alguno identificable la posición en la que pueda encontrarse quien tiene recursos suficientes para subvenir a sus necesidades básicas, con la de aquél que no los tiene. Y menos aún resulta comparable la situación de éste con la de quien es poseedor de riquezas suficientes como para no necesitar trabajar o para hacer que otros produzcan para él.

La libertad de trabajar no tiene para quienes se encuentran en esas diferentes situaciones el mismo significado ni similar contenido y, en todo caso, poco es lo que de positivo aporta que el observador de esa realidad confunda en una identidad esos distintos supuestos como configurantes de un *trabajo libre*, por el solo hecho de que en ninguno de ellos se manifiestan formas aberrantes de esclavitud o servidumbre.

Porque cuando existe *necesidad* – y especialmente la *necesidad de obtener los recursos para la subsistencia* – escaso espacio resta para *elegir* o para *decir que no*, y muy reducido queda entonces el *territorio de la libertad*³⁷.

34 O, inversamente, es este mismo el seleccionado por el beneficiario último de la prestación laboral.

35 Como igualmente no lo ha sido desde la noche de los tiempos.

36 Según entiende Alonso Olea (ver: ALONSO OLEA, M., *op. cit.*, p. 37).

37 Y es en cierto modo también Alonso Olea quien acepta esta perspectiva cuando, siguiendo a Simone Weil, expresa que *el trabajo mismo, en cuanto sea productivo y quien lo ejecute lo haga para 'ganarse la vida', está en alguna medida gobernado 'por la necesidad, no por la finalidad', se ejecuta a causa de una necesidad y no en vista de un bien*; y, luego de admitir que *las compulsiones que se derivan* (del medio social) *y aún de la propia naturaleza biológica del hombre, es claro que limitan y condicionan esa libertad*, refiere las posiciones de Freud, Comte y Proudhon y cita especialmente al joven Marx – el de los *Manuscritos económicos y filosóficos de 1844* – para recordar el señalamiento de éste en el sentido de que *el trabajo no es la satisfacción de una necesidad, sino un medio para satisfacer otras necesidades, todo trabajo en general, en este sentido, no es voluntario sino forzoso, y de ahí que cuando no haya una compulsión física o de otra naturaleza se lo evite como la peste* (ver ALONSO OLEA, M., *op. cit.*, p. 46 y 84/85).

Pero aquella doble limitación – si no ausencia– de libertad tiene una consecuencia adicional, y que es la que empieza a dar razón de ser, sentido y contenido al Derecho del Trabajo.

En efecto, la persona que no puede escoger entre trabajar y no hacerlo³⁸ y que, obligada a la *actividad productiva*, por carecer de recursos propios debe resignarse al trabajo *por cuenta ajena* y en *relación de dependencia*, estará abdicando en este caso de una nueva porción de su ya precario saldo de libertad.

Kahn-Freund, siguiendo probablemente las enseñanzas de Sinzheimer³⁹ y von Gierke⁴⁰, señalaba que *la relación entre un empresario y un trabajador*

38 A menos que se valore positivamente la opción por la muerte, la mendicidad o el delito.

39 Cuando expresaba que ... *el especial interés del Derecho del Trabajo radica en que se trata del trabajo 'dependiente'. La dependencia es el gran problema del Derecho del Trabajo. Hace mucho tiempo que se ha observado tal cuestión y se sigue aún considerando por gran parte de la doctrina científica de nuestros días. La relación que liga al trabajador con su empresario no es sólo una pura relación obligacional. No pertenece al Derecho de obligaciones. Es, ante todo, una relación de poder. Perteneció al Derecho de las personas. La dependencia del trabajador es por ello no sólo una dependencia económica, social o técnica, que sólo sea un hecho que no concierna al Derecho. La dependencia del trabajador es una relación jurídica de poder que tiene determinados efectos jurídicos, que se apartan, sin embargo, de los puros efectos jurídicos obligacionales. Pensemos en el poder de mando del empresario. Ningún acreedor puede dar órdenes al deudor. El Derecho de obligaciones no conoce el poder de obediencia del deudor. Nadie duda, sin embargo, que el empresario puede dar órdenes al trabajador y que éste tiene la obligación de obedecer. Esa sumisión aclara que en el mundo del trabajo el empresario no sólo tiene un derecho como acreedor; a la manera obligacional, sino un derecho de poder, de carácter jurídico personal. Pensemos en la apropiación directa del producto del trabajo del obrero, por el empresario. ¿Cómo se puede explicar esta atribución al empresario del producto del trabajo?. Desde luego, no cabe una explicación obligacional. Sólo se explica por esa relación jurídica de poder que junta en una unidad jurídica al empresario y al trabajador; y cuyo titular es el primero. ... El trabajo dependiente no es un trabajo que el trabajador se preste a sí mismo y a la colectividad. La dependencia supone un trabajo que se presta a una persona privada. En el trabajo dependiente, el hombre que trabaja está mediatizado. Está alienado de sí y del todo. El trabajo, que en el estado natural del hombre es una función social o individual, en el estado de dependencia es una función ajena y función de un ajeno. Con esto se plantea para el Derecho del Trabajo el problema de la libertad humana ... (SINZHEIMER, Hugo, *La esencia del derecho del trabajo*, en SINZHEIMER, Hugo, *Crisis económica y derecho del trabajo; cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo*, IELSS, Madrid, 1984, p. 67 y ss., esp. p. 75/76. En términos similares se expresa en *El hombre en el derecho del trabajo* y en *El problema del hombre en el derecho*, estudios éstos incluidos en la misma recopilación, especialmente en las páginas 81/82 y 109/110, respectivamente).*

40 También von Gierke afirmaba que *El contrato de servicios actual coincide en su contenido con el contrato del más viejo derecho alemán precisamente en el hecho de que fundamenta una relación personal de señorío. Esto es así porque obliga a una parte a una actividad personal en beneficio de las necesidades y fines de la parte contraria, poniendo a las partes en relación de servidor y señor. El hecho de que la legislación moderna evite esta denominación, no significa que la cuestión haya desaparecido del ordenamiento jurídico, de la misma manera que no puede desaparecer de la vida. La relación de señorío, naturalmente, puede ser de muy diversa consistencia y duración. De todos modos, no falta nunca. Y crece en extensión y firmeza en la medida en que el servicio aceptado constituye un contenido vital profesional del mismo, porque absorbe en forma total o principalmente la actividad productiva del obligado (von GIERKE, Otto, *Las raíces del contrato de servicios*, Civitas, Madrid, 1982, p. 37/38).*

aislado es típicamente una relación entre un detentador de poder y quien no detenta poder alguno; se origina como un acto de sumisión que en su dinámica produce una situación subordinada, por más que la sumisión y subordinación puedan ser disimuladas por esa indispensable ficción jurídica conocida como ‘contrato de trabajo’⁴¹.

Aún cuando no se acompañe a Kahn-Freund cuando pone en cuestión la existencia de un verdadero *contrato de trabajo*⁴², no puede desconocerse que, sumada a la *necesidad* – de la remuneración –, la inevitable *sumisión* a los poderes del empleador que implica el vínculo laboral dependiente, no es compatible con el *acuerdo libre de voluntades* y el *intercambio de concesiones recíprocas* que supone un *contrato*⁴³.

En rigor, si bien esta posición subordinada puede tener una primera explicación en la *necesidad de trabajar* para otro, es la *ajenidad en los frutos* que tipifica al vínculo laboral lo que da fundamento lógico y jurídico a la posición de supremacía del empleador⁴⁴.

41 KAHN-FREUND, Otto, *Trabajo y derecho*, MTSS, Madrid, 1987, p. 52, quien también agrega que *Los recursos del capital no pueden ser utilizados por nadie (ya se trate de una entidad privada o pública) sin ejercer un poder de mando sobre personas. Esto es una afirmación obvia o, al menos, debería serlo. ... No puede haber relación de trabajo sin un poder de mandar y un deber de obedecer; es decir, sin este elemento de subordinación en el que los juristas correctamente ven la nota fundamental del ‘contrato de trabajo’ (Idem, p. 52/53).* Y en términos similares se expresa ahora Supiot cuando señala que *en todos los países industriales en que se ha desarrollado, la relación de trabajo se ha definido – y continúa siéndolo – como una relación en que uno puede mandar y otro ha de obedecer. Es decir: que la cuestión del poder se halla en el corazón mismo del derecho del trabajo. La subordinación del trabajador, que sirve para caracterizar al contrato de trabajo, es más que un simple criterio técnico de clasificación: es la piedra angular de un derecho que tiene como objeto esencial enmarcar el ejercicio del poder que confiere a una persona sobre otra (SUPIOT, A. Crítica ... (cit.), p. 133/134).*

42 Cuestionamiento que debe enmarcarse, también, en el contexto de la llamada concepción *germánica* de la *relación de trabajo*.

43 Y también Supiot observa que *Mientras que en el contrato civil la voluntad se compromete, en la relación de trabajo la misma se somete. El compromiso manifiesta la libertad. La sumisión la niega. Esta contradicción entre la autonomía de la voluntad y la subordinación de la voluntad conduce a que el trabajador, en tanto que sujeto de derecho, desaparece del horizonte del derecho civil desde que el mismo entra en la empresa, para dejar paso a un sujeto ‘tout court’ sometido al poder normativo del empresario. El derecho del trabajo ha tenido y tiene siempre por primera razón de ser la de paliar esta falta, es decir, la de ‘civilizar’ el poder empresarial, dotándolo de un cuadro jurídico de ejercicio. Este encuadre ha significado al mismo tiempo – irreductible ambivalencia del derecho – una legalización y una limitación de dicho poder (SUPIOT, Alain, ¿Por qué un derecho del trabajo?, en Documentación Laboral, N. 39, 1993-1, p. 11 y ss., esp. p. 19), conceptos que reitera en Crítica ... (cit.), p. 147.*

44 *La ajenidad en los frutos que caracteriza el trabajo por cuenta ajena, que lo define realmente, trae como consecuencia la sujeción del trabajador a las órdenes del adquirente en cuanto a qué frutos deben ser producidos, y en cuanto a cómo, dónde y cuándo deben producirse los mismos. En el caso usual hoy de frutos complejos, resultado de trabajos en cooperación, aquella potestad se extiende a lo necesario para la coordinación de la producción de cada trabajador con la de los restantes. Es éste el sentido en el que la ajenidad de suyo implica una dependencia del trabajador; o en el que el trabajo por cuenta ajena es un trabajo dependiente (ALONSO OLEA, M., op. cit., p. 39).*

DOCTRINA

De este modo, la anticipada apropiación de los frutos del trabajo, y el consecuente derecho a definir el contenido y la oportunidad de producción de éstos, lleva a que se reconozca al empleador sobre su trabajador dependiente una *tríada de poderes* que, al tiempo que *se legitiman recíprocamente*, también *se limitan en cascada*.

El trabajador queda así sometido al *poder* del empleador de *organizar* la actividad productiva en su empresa, de *dirigir* la actividad personal que cada uno de sus dependientes deberá desarrollar en el marco de aquélla y de *sancionar* los incumplimientos de éstos en la ejecución de esa labor.

Claro queda así que, aunque por vía legislativa o convencional o, aún, *contractual*, se contemple la existencia de *derechos* y *deberes* de cada una de las partes, el reconocimiento a sólo una de ellas – el empleador – de un poder personal sobre la otra – el trabajador – no sólo quiebra la lógica contractual sino, antes aún, evidencia la severa limitación que implica el vínculo laboral dependiente para la libertad del que trabaja.

Y esta limitación se torna más evidente a poco que se examina el modo de ejercicio de los dos poderes que suponen *sumisión personal directa* del trabajador⁴⁵: el de *dirección* y el *disciplinario*.

En orden al primero, no puede dejar de observarse que, así como el trabajador debe cumplir con sus obligaciones en los términos pactados – o establecidos por las normas legales y convencionales –, y no tiene ninguna posibilidad de alterar su débito, ya que ello podría configurar un *incumplimiento*, es en cambio al empleador a quien se da la facultad de introducir unilateralmente modificaciones en esa conducta personal insustituible, *siempre que ello responda a las necesidades de la producción*.

En estos términos, y aunque con los límites que le imponga cada ordenamiento positivo⁴⁶, el *ius variandi* es una facultad que se reconoce exclusivamente al empleador en función de las necesidades de la producción – esto es, *de sus propias necesidades* –, lo que lleva a que, en los términos en los que queda trabado el vínculo laboral, el trabajador en ningún caso pueda modificar esa limitación a su libertad que supone el compromiso de trabajo personal insustituible, y sea en cambio el empleador quien sí esté habilitado

45 El poder de *organización* sólo se proyecta *indirectamente* sobre la conducta del trabajador.

46 Por ejemplo, los que surgen del artículo 66 de la LCT (t.o.) argentina o el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores en España o, en Uruguay, las que se desprenden de los criterios jurisprudenciales (Sobre el *ius variandi* en Uruguay, ver: ERMIDA URIARTE, Oscar, *Modificación de condiciones de trabajo por el empleador*, Hammurabi, Buenos Aires, 1988).

para imponérsela cuando *él* lo necesite de cara a la generación de los frutos anticipadamente cedidos por aquél.

La subordinación al *poder de dirección* del empleador, que éste podrá ejercer en función de las necesidades de la empresa – que, en realidad, son las *suyas* – implica así una gran indeterminación⁴⁷ inicial en el contenido de la prestación del trabajador. Y, en todo caso, la sujeción de esa indeterminación a los límites – legales, convencionales o jurisprudenciales – del *ius variandi*, no hace sino confirmar la indefinición inicial. Pero tal limitación, de todos modos, y en cuanto deja siempre abierta, en favor del empleador, la posibilidad de precisar el contenido de la prestación laboral de acuerdo con las necesidades de la empresa, se traduce en una adicional limitación de la libertad del trabajador⁴⁸, de contornos igualmente inciertos, que no se agota en el marco de la relación de trabajo.

En efecto, la restricción de la libertad es *interna* y *externa*, porque así como al interior de la relación de trabajo se manifiesta en la sumisión directa a los poderes del empleador durante el *tiempo de trabajo*, esa misma sumisión y, aún, la posibilidad de que el contenido de la prestación sea modificada, condicionan la libertad de organizar los *otros tiempos* personales del trabajador, y que son los de la vida familiar, la cultura, el ocio, etc.

Este condicionamiento de *la vida* del trabajador – y de su familia –, que es una consecuencia *normal* de las relaciones de trabajo *normales*⁴⁹, se potencia

47 Observa Supiot que ... *el vínculo de subordinación es incompatible con la exigencia de una 'determinación precisa de la obligación' del trabajador. Como subrayaba Paul Durand 'el poder de dirección permite al empresario utilizar la fuerza de trabajo del trabajador para servir a los intereses de la empresa. En efecto, el contrato de trabajo pone al trabajador a disposición del empresario: la obligación del trabajador comporta, en general, una gran indeterminación. Este poder imprime a las relaciones de trabajo su marca distintiva. En los otros contratos, el acreedor sólo fija, de acuerdo con el deudor, el objeto de la obligación. En el contrato de trabajo, el empresario adquiere un poder de dirección continuo sobre la actividad del trabajador durante la ejecución del contrato* (SUPIOT, A., *Crítica ... (cit.)*, p. 144. La referencia a Paul Durand corresponde a DURAND, P. et JOUSSAUD, R., *Traité du droit du travail*, Dalloz, Paris, 1947, t. 1, N. 352, p. 430).

48 *El objeto del acuerdo del trabajador asalariado consiste en renunciar a su voluntad autónoma, en someterla a la de la otra parte, lo que implica una gran indeterminación de las obligaciones concretas que deberá cumplir durante la ejecución del contrato. El poder patronal es tanto más grande cuanto más grande es este margen de indeterminación de las obligaciones del trabajador* (SUPIOT, A., *Crítica ... (cit.)*, p. 145).

49 Sobre el condicionamiento de la *vida personal* del trabajador por su *vida laboral*, resulta ilustrativa la observación de Sennet sobre un caso real – de un trabajador al que identifica como *Rico* –, cuando relata: *El aspecto fugaz de la amistad y de la comunidad local constituyen el fondo de la más aguda de las preocupaciones íntimas de Rico: su familia. "Llegamos a casa a las siete, preparamos la cena, tratamos de que nos quede una hora para ayudar a los niños con los deberes, y luego nos dedicamos a nuestro papeleo". Cuando las cosas se ponen duras en su consultoría durante meses enteros "casi ya no sé quienes son mis hijos". Le preocupa también la frecuente anarquía en la que se hunde su familia, y le preocupa no ocuparse lo suficiente de sus hijos, cuyas necesidades no pueden programarse para que se adapten a las exigencias de su trabajo* (SENNETT, Richard, *La corrosión del carácter; las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo*. Anagrama, Barcelona, 2000, p. 19).

en los supuestos de excepción tales como los de trabajo nocturno o en turnos rotativos⁵⁰ o cuando la contratación es temporaria o sin estabilidad⁵¹.

Y es a partir de la observación del marco *real* en el que se ejerce el *poder de dirección* como corresponde valorar la trascendencia que asume ese otro poder exclusivo del empleador, cuyo uso debería ser funcional a aquél, pero que, como todo poder, no está exento de la arbitrariedad, y que es el *poder disciplinario*.

Debe advertirse aquí que, normalmente, el control que se ejerce sobre el poder disciplinario no es previo sino posterior a su ejercicio por el empleador y, también generalmente, con efecto *devolutivo*.

Esto es, al modo de las obligaciones tributarias frente al Estado, y en contra de las reglas del derecho penal, el trabajador debe cumplir su *pena* aún cuando la *sentencia de condena* – dictada por el empleador – no esté *firme*. Tal suerte de *solve et repete* vale no sólo para las *suspensiones* sino aún para la *pena de muerte* del contrato, como lo es el *despido disciplinario*, cuya revisión judicial, salvo en los excepcionales supuestos de *estabilidad absoluta*, apenas dará derecho al trabajador a una tardía reparación económica, usualmente *tarifada*.

El *poder disciplinario* prevalece así sobre la regla de *continuidad* y sobre la protección de la estabilidad en el empleo⁵².

Esta eficacia operativa del poder disciplinario puede encontrar justificación en el hecho de que la postergación de las consecuencias de la sanción disciplinaria podría obstaculizar el ejercicio normal de los poderes de organización y dirección, a los que aquél debe ser funcional. La explicación, sin embargo, sin dejar de ser admisible, no le resta validez a la observación anterior, ni representa un impedimento real para la eventual aplicación de las sanciones en forma arbitraria⁵³.

50 Aún cuando la vida familiar se adapte a la presencia y la participación de la mujer o el hombre en horarios que varían todas las semanas, no es imaginable la planificación de actividades culturales, de capacitación o recreativas en *turnos rotativos*.

51 Situaciones éstas en las que lo único que tiene la nota de *permanencia* es el temor a perder el empleo y, con éste, el salario.

52 Lo que confirma, una vez más, que el llamado *principio de continuidad* no es tal, sino tan sólo un *medio técnico* (Ver sobre esta cuestión el Capítulo V – *Los principios en el Derecho del Trabajo* – de esta obra).

53 Resulta de todos modos interesante observar que la excepción al ejercicio irrestricto del poder disciplinario aparece en la tutela de los representantes sindicales. En este caso, sin embargo, el fundamento no debería buscarse en la preservación del derecho individual del trabajador, sino en la libertad sindical y en la protección de los intereses colectivos.

La observación de las consecuencias de esta posición de supremacía del empleador, y la consecuente sumisión del trabajador, sumada a aquéllas razones – o, en todo caso, a la razón primera, que es la *necesidad* de obtener los medios materiales para su sustento –, obligan a recordar una vez más las palabras de Franklin Delano Roosevelt, cuando afirmaba que *la libertad*, además de libertad de creencias y de expresión, es *liberación del miedo y de la necesidad*⁵⁴.

Difícil resulta entonces disimular que el trabajo *por necesidad y subordinado*, esto es, *sometido a los poderes del empleador*, supone, para la persona que trabaja, una progresiva e inevitable *pérdida de libertad*, por lo que mal puede en consecuencia calificarse a la prestación personal del trabajador dependiente como una manifestación de *trabajo libre* – cuando menos sin hacer algunas reservas-.

Y es a esta situación a la que quiso dar respuesta el Derecho del Trabajo operando no sólo en el acotamiento de la libertad resignada sino, al mismo tiempo, compensando la reducción de libertades con *seguridades*⁵⁵.

III – EL DERECHO DEL TRABAJO COMO RESPUESTA TUTELAR⁵⁶

A. La respuesta inicial

De cara a ese mundo productivo de trabajadores y empleadores, la cultura humanista y liberal del siglo XIX, a partir de la convicción de que el *trabajo* –

54 Ver GORDON, Margaret S., *La política de seguridad social en los países industrializados; análisis comparativo*, MTSS, Madrid, 1990, p. 19/20.

55 Así como el reconocimiento de que el trabajador *pretende salario* explica los mecanismos de tutela de su crédito y la preservación de sus ingresos cuando él está impedido de ganarlos por una causa que no le es imputable, la verificación de que subordina a otro su único patrimonio – que es él mismo y su capacidad de trabajo – a cambio de aquella retribución, da una doble razón – esto es, la posición jerárquica del empleador y la necesidad de preservación del cuerpo físico del trabajador – al cúmulo de obligaciones que se imponen al empleador relacionadas con la protección de las personas físicas que trabajan para él. Ver sobre esta cuestión SUPIOT, A., *Crítica ... (cit.)*, p. 90 y ss. y también *Por qué un derecho del trabajo ... (cit.)*, p. 17, donde afirma que *el derecho del trabajo procede justamente de estas dos preguntas difíciles: ¿cómo garantizar la seguridad física de individuos sujetos a las constricciones de la producción? y ¿cómo conferir derechos a individuos sometidos a la voluntad de otro?*.

56 Se reproducen parcialmente en este Capítulo las ideas expuestas en ACKERMAN, Mario, *Volver al principio, para no retroceder*, Ponencia Oficial para el XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social convocado por la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Mar del Plata, 15/17 agosto 2002.

en cuanto prestación personal e inescindible de la persona que lo ejecuta – *no debe ser tratado como una mercancía*, comenzó la construcción de lo que hoy se conoce como *Derecho del Trabajo*.

El Derecho del Trabajo aparece así como una respuesta jurídica y normativa – originariamente de fuente estatal y luego también producto de la autonomía colectiva – que reconoce tanto la *falta de libertad* de quien *es contratado* – carencia que es a su vez consecuencia de su *necesidad económica* – como la *resignación de libertad* que supone la sumisión a los poderes jerárquicos del empleador. Y, a partir de tales reconocimientos, despliega una serie de reglas y diseña un conjunto de medios técnicos para poner límites tanto a las consecuencias de la posición de supremacía del empleador como a la resignación de libertad por el trabajador.

No es casual, así, el desarrollo que tuvo, junto a la técnica de mínimos y máximos, la protección de la *estabilidad en el empleo*, en la que no debe observarse solamente – ni tan siquiera principalmente – el mero propósito de evitar que el trabajador pierda la posibilidad de trabajar para otro. En efecto, la doble finalidad que subyace en el refuerzo de la estabilidad es poner una *barrera a la potencial prepotencia del empleador* y asegurar una *continuidad en los ingresos* del trabajador, dado que no es difícil advertir que, a *menor estabilidad*, *menor seguridad económica* y *menor libertad* para el trabajador.

En estos términos, el sujeto protegido por el derecho del trabajo necesariamente debía ser el *trabajador dependiente*, puesto que la *situación de dependencia*, al ser advertida, daba por cierta la necesidad de protección, puesto que permitía presumir tanto la *necesidad económica* como la *falta de libertad*.

Y así como era evidente el sujeto a proteger, no menos incuestionable era la persona frente a quien se la protegería, esto es, aquel que ejercía los poderes jerárquicos y que era de quien el trabajador pretendía percibir el salario: su *empleador*.

El mundo del trabajo en el que *trabajadores* y *empleadores* se desenvolvían tenía, entre otras, dos notas destacadas.

La primera era que, salvo los supuestos en los que para evadir la aplicación de la normativa laboral el empleador buscaba disimular su condición de tal – simulación para la que también hubo que diseñar mecanismos de corrección –, en general no creaban dificultades mayores ni el reconocimiento de la *relación de dependencia* ni la *identificación del empleador*.

La segunda nota era el carácter absoluto y categórico de la inclusión o exclusión que producía la relación de dependencia, especialmente en su manifestación *jurídica*.

Hoy, sin embargo – y hace un tiempo ya –, aunque sigue existiendo un mundo en el que no hay dificultades para identificar a los trabajadores dependientes y a sus empleadores – ámbito éste en el que operan, o pueden operar, las reglas tradicionales –, aparece un cúmulo de situaciones en las que las personas que, por necesidad económica, trabajan y resignan porciones importantes de su libertad personal, no son fácilmente encuadrables en la figura del *trabajo dependiente*.

Al mismo tiempo, el beneficiario de esa prestación personal – y sin ingresar en las modalidades fraudulentas – no tiene con la persona que trabaja la relación jerárquica tradicional ni ejerce sobre ella la tríada de poderes que la caracteriza. Bien entendido que esto no supone, empero, que no exista una posición de supremacía o que la satisfacción de las necesidades del trabajador no *dependa* de decisiones exclusivas de ese otro sujeto que no llega a ser su *empleador*.

Tal novedad en los sujetos, sin embargo, y no obstante la reiteración de los supuestos de *necesidad y pérdida de libertad* en la persona que trabaja, se enfrenta con la persistencia de aquella segunda nota del Derecho del Trabajo, esto es, la *relación de dependencia* como estrecha y única puerta de entrada al ámbito de la protección. Puerta ésta que hoy opera así más como factor de exclusión que de inclusión, porque las diferentes vinculaciones entre los sujetos ya no pueden ser ubicadas en el marco fáctico sobre el que se diseñó la estructura protectora.

Pero así como las personas, al madurar, llegan a advertir que la verdad no suele estar en los extremos, también el todavía joven y lozano derecho del trabajo puede ingresar en su madurez, reconociendo que el *todo o nada* que provoca la exigencia de la *identificación de la relación de dependencia* ya no es una respuesta razonable a las nuevas manifestaciones de las necesidades de los trabajadores.

B. Los nuevos modos de trabajar

Si bien en algunos casos de trabajadores altamente calificados, por ejemplo, la tutela que les puede aportar el Derecho del Trabajo podría resultar superflua, la cuestión que hoy se plantea es la de las personas que trabajan que, necesiándola, quedan excluidas de tal protección.

DOCTRINA

Calificada como *crisis de abarcatividad*⁵⁷, *desenfoque*⁵⁸, *fuga de sujetos*⁵⁹, etc., lo cierto es que ésta, si no la más urgente, seguramente es una de las cuestiones en torno de las cuales giran los debates que más angustian a los estudiosos y operadores del Derecho del Trabajo.

A partir de la tipología que se expone en el ya citado Documento Técnico de la OIT⁶⁰, una primera aproximación permite señalar tres grandes grupos de situaciones:

- no aplicación de la legislación laboral;
- incertidumbre en el ámbito de la legislación;
- trabajo independiente en situación de dependencia.

a) No aplicación de la legislación laboral

El primer grupo comprende a su vez dos grandes subgrupos: el *mero incumplimiento* y la *exclusión normativa*.

Ambos supuestos son reprochables, pero la diferencia fundamental reside en que mientras que el primero, amén de que no impide absolutamente la operatividad de la normativa laboral⁶¹ y abre la posibilidad de aplicación de sanciones al empleador, el segundo, en cuanto es producto de una decisión gubernamental, apenas si merecerá una descalificación política, probablemente atenuada por la complicidad de los *no empleadores* beneficiados.

En este segundo subgrupo aparecen las que en Argentina también han dado lugar al enunciado de la peculiar figura del *trabajador vinculado por una relación no laboral* – en la expresión del artículo 2º, ap. 2, inc. c) de la Ley 24.557 –, y que podría comprender a los *fleteros* – Ley 24.653, art. 4º, inc. h)

57 GOLDIN, Adrián, *Las fronteras de la dependencia*, en Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima, setiembre 16-19, 2001, p. 21 y ss., esp. p. 35.

58 En la expresión utilizada en el Documento técnico de base preparado por el Departamento de Administración Pública y Legislación y Administración del Trabajo de la OIT (ver: OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Reunión de expertos sobre los trabajadores en situaciones en las cuales necesitan protección (la relación de trabajo: ámbito personal)*, Ginebra, 15-19 de mayo de 2000, p. 30 y ss.

59 CASTELLO, Alejandro, *De la fuerza expansiva a la reducción del círculo de sujetos protegidos por el Derecho Laboral; una nueva tendencia de fines del siglo XX*, en Derecho Laboral (Montevideo), T. XLI, N. 190 (abril-junio 1998), p. 293 y ss., esp. p. 294.

60 OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *op. cit.*

61 Y tal vez sólo suponga el fracaso circunstancial de su aplicación.

y f) –, *pasantes, beneficiarios de programas de empleo* y, en algún momento, a los *aprendices*.

No deja de ser curioso, de todos modos, que la política gubernamental de *promover el empleo* con acciones diseñadas e instrumentadas por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social se apoye – como ocurre con los *programas de empleo* – en la privación de la protección del Derecho del Trabajo.

Por otra parte, y amén del acto normativo estatal, la exclusión de la regulación protectora puede ser producto también de la consolidación de un criterio jurisprudencial, como ocurrió en Argentina con los llamados *contratados* de la administración pública a partir del fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Leroux de Emedé*⁶².

b) Incertidumbre en el ámbito personal de la legislación

La riqueza de los debates actuales aparece en torno de los supuestos que se han dado en calificar como de *incertidumbre en el ámbito personal de la legislación*, y que comprende también dos grandes grupos de situaciones: el *encubrimiento de la relación de trabajo* y las *situaciones objetivamente ambiguas acerca de la condición de los trabajadores*, y que el ya referido Documento Técnico de la OIT describe como *desenfoque* de la legislación, en cuanto el trabajador queda *desplazado del ámbito de la norma*⁶³.

Para los supuestos de *encubrimiento*, en cuanto suponen una acción deliberada para eludir la aplicación de la legislación protectora, la respuesta, tanto en el ámbito nacional como en el extranjero, suele ser normativa o jurisprudencial.

Distinto es el caso de la *ambigüedad objetiva* en las relaciones de trabajo, que es producto de los cambios en el modo de trabajar generados como consecuencia de la introducción de tecnología y de la organización de las empresas, y que, en la expresión de Goldín, suponen *nuevas formas de ejercicio del poder*⁶⁴.

62 CSJN, 30/4/91, *Leroux de Emedé, P. S. c/MCBA*. Ver sobre esta cuestión en esta obra el Capítulo III – *El Derecho del Trabajo y la relación de empleo público*.

63 Ver OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *op. cit.*, N. 134 y ss.

64 GOLDIN, A., *op. cit.*, p. 30.

La cuestión que aquí se plantea no es la de la *adaptación* del Derecho del Trabajo a un tipo de vinculación *parecida a las laborales* – aunque tal adaptación también podría producirse, pero no es lo central en estos casos –, sino la de la redefinición de los requisitos para reconocer el ámbito de aplicación general de la normativa laboral.

De ahí la descripción como *reenfoque*, y que tiende a promover una jerarquización de las notas de la *dependencia económica* con desplazamiento de los requisitos de la dependencia jurídica⁶⁵.

c) Trabajo independiente en condiciones de dependencia

El último supuesto, aunque tiene algún grado de parentesco con el anterior, no supone ya *identificar* al trabajador dependiente, sino reconocer la necesidad de protección en situaciones de trabajo que normalmente se califica como *autónomo*.

No hay así incorporación plena al ámbito de aplicación general del Derecho del Trabajo, sino *exportación* de algunas de sus reglas y mecanismos de protección.

Las figuras más conocidas en esta materia, que Supiot agrupa como *tertium gens* o *trabajo de tercer tipo*⁶⁶ entre el salariado y la independencia, son las que en Italia – a partir de la reforma del Código Procesal producida por la Ley 533/1973 – aparecen como *parasubordinados* y en Alemania – en virtud de la sección 12ª de la Ley de 1974 sobre convenios colectivos – se califican como *cuasi asalariados*.

La expansión, inicialmente seductora, a partir del reconocimiento de una suerte de *vasallaje en la independencia*⁶⁷, no está exenta de críticas y reservas, tanto desde los sectores empresarios como de las organizaciones sindicales de trabajadores.

Los primeros reprochan la intromisión en cuestiones comerciales y económicas.

65 Así, por ejemplo, ALIMENTI, Jorgelina, *Hacia un reconocimiento de las técnicas jurídicas de protección del trabajo dependiente*, en TSS 2001, p. 1028 y ss., GOLDIN, A., *op. cit.* y RODRIGUEZ MANCINI, J. y FONTANA, B., *Sobre el objeto del derecho del trabajo; una perspectiva de cambio en los ámbitos del trabajo subordinado y autónomo*, en DT, 2001-B, p. 1065 y ss. y sus importantes referencias bibliográficas.

66 SUPIOT, Alain, *Trabajo asalariado y trabajo independiente*, Informe para el VIº Congreso Europeo de Derecho del Trabajo, Varsovia 13-17 de setiembre de 1999.

67 SUPIOT, A., *Trabajo asalariado ... (cit.)*.

Los segundos temen, por ejemplo, la proliferación de estas figuras *menos laborales* en perjuicio de los trabajadores dependientes⁶⁸.

d) La nueva apariencia del empleador

Desde la observación de la empresa, dos manifestaciones de ésta, a veces convergentes, operan para que la relación entre el trabajo y el capital, ya enrarecida por las dificultades para identificar al trabajador, torne más improbable la aplicación de la normativa laboral tal como se la conoce hoy: la *empresa no empleadora* y la *empresa alejada*.

e) El no empleador

La primera causa de exclusión es simétrica a la negación de la condición de trabajador dependiente, lo que lleva a que quien recibe la prestación personal no sea considerado *empleador*.

Amén de los supuestos de evasión que, en rigor, sólo se traducen en la falta de aplicación de las normas laborales, pero no despojan al empleador de su condición de tal, sí suponen tal consecuencia la *deslaboralización normativa* y las contrataciones *no laborales*.

La primera, como se vio, suele ser producto de decisiones de política gubernamental o de criterios jurisprudenciales, y es obvio que si la norma es categórica en cuanto a que quien trabaja no es un *trabajador dependiente*, quien recibe su prestación mal podría ser considerado su *empleador*.

Dejando de lado, claro está, los supuestos de fraude, en los que *se viste de autónomo* al trabajador dependiente, el segundo grupo comprende a esas figuras ambiguas – también ya referidas –, en las que por la concurrencia de razones tecnológicas, de reestructuración, de mercado, o de temporalidad de la necesidad, la empresa apela a una contratación que, al respetar importantes esferas de libertad de quien trabaja (horario, lugar de trabajo, criterios técnicos, etc.), aún leída *en clave laboral*, hace dificultosa su inclusión en el ámbito de las relaciones reguladas por el Derecho del Trabajo.

68 Ver ERMIDA URIARTE, O. y HERNÁNDEZ ALVAREZ, O., *Apuntes sobre los cuestionamientos al concepto de subordinación*; ponencia presentada en el IX Encuentro de Ex Becarios de Bologna, Barquisimeto, 14-16 octubre 2000.

f) La empresa separada del trabajo

En cuanto a la segunda manifestación, el abanico de figuras es tan amplio, que ya parece que fuera insuficiente el lenguaje español para describirlas, y es así como el género *descentralización empresaria* aparece desgranado en especies tales como *terciarización, subcontratación, intermediación, filialización, franquiciado, outsourcing*, etc.

Lo cierto es que, por razones técnicas o de mercado y competencia, las empresas hoy aparecen organizadas en dispersión, y las reglas tradicionales del Derecho del Trabajo, que contemplan tales supuestos con una finalidad fundamentalmente desalentadora o preventiva del fraude, ya no parecen proveer la respuesta adecuada para esa nueva realidad.

En los hechos, la segmentación de la actividad de la empresa lleva a una mediatización entre *el trabajo* – esto es, la persona que lo ejecuta – y el beneficiario de su prestación, lo que en muchos casos se traduce en que a mayor distancia del núcleo empresario menor sea el grado de protección del trabajador.

Esta *externalización* del trabajo puede obedecer a dos grandes grupos de razones que, según que se vinculen o no con exigencias operativas de la empresa, pueden ser calificadas como *necesarias* o *ficticias*.

Entre las primeras cabría incluir a las que responden a exigencias de la producción o de la competencia, y que Racciatti, sintetizando las categorías conceptuales de Coriat, Piore y Sabel, divide a su vez en dos tipos, que califica como de *especialización flexible* y de *flexibilidad dinámica*⁶⁹.

Ficticia es, en cambio, la estrategia empresaria que tiene como único propósito excluirse y excluir al trabajador del ámbito de aplicación de la normativa laboral, y que se si se ha difundido – más allá de lo imaginable –, es porque en muchos casos contó con la complicidad de un marco normativo y criterios jurisprudenciales que hacen prevalecer la eficacia económica – de las empresas – sobre la lógica de la protección del Derecho del Trabajo.

Ejemplo grotesco de esta externalización ficticia bien podrían ser los *repositores externos* de los hipermercados en la Argentina.

Ficción ésta a la que no podría reprocharse falta de *sinceridad* ya que, en lo profundo, como expresa Naomi Klein con la dureza que arrastra toda

69 RACCIATTI, Octavio C., *El derecho laboral ante los cambios en el mundo del trabajo*, en Derecho Laboral (Montevideo), t. XLI, N. 190 (abril-junio 1998), p. 564 y ss., esp. p. 570.

ironía, a medida que los antiguos puestos de trabajo se trasladan al exterior, algo más se va con ellos: la anticuada idea de que el fabricante es responsable de sus empleados⁷⁰.

De todos modos, necesaria o ficticia, sincera o falsa, la desconcentración se inscribe en un crescendo de demolición de las estructuras empresarias, cuyo núcleo queda cada vez más distanciado de la mayoría de las personas que trabajan para ellas, y que, en sus modelos extremos, ya no fabrican, no producen, no venden, y sólo *promocionan sus marcas*⁷¹.

g) Actualidad y necesidad de adaptación del Derecho del Trabajo

La consecuencia visible de este nuevo *mundo del trabajo* es que lo que debía ser la excepción tiende a convertirse en regla: *empresas sin trabajadores y trabajadores sin empleadores*.

Cambió así la empresa y cambiaron los vínculos establecidos con las personas que trabajan para ellas.

No cambió, sin embargo, la *persona que trabaja*, no cambiaron las razones que la llevan a trabajar, no cambiaron sus carencias ni sus necesidades.

Es cierto, sí, que por una concurrencia de causas – como en los más graves siniestros laborales –, y en un abanico de situaciones, ya no es fácil reconocer la *dependencia jurídica*.

Sin embargo, una mirada diferente de la tradicional podría llevar a que se considere que si el Derecho del Trabajo jerarquizó a la *dependencia jurídica* como la clave de bóveda que permite el acceso a su ámbito de protección, ello también se debió a que esa *subordinación* permitía suponer la previa *necesidad* de quien no pudo elegir entre trabajar y no hacerlo, así como tampoco pudo optar entre hacerlo en forma autónoma o dependiente y, finalmente, entregó libertad a cambio de salario.

Por eso la *protección*. Y también por eso la *protección frente al empleador*, beneficiario de la prestación personal y titular de los poderes jerárquicos a los que se subordina el trabajador.

70 KLEIN, Naomi, *No Logo; el poder de las marcas*, Paidós, Buenos Aires, 2001, p. 240. Ver además todo el Capítulo 9, *La fábrica abandonada*.

71 KLEIN, N., *No logo ... (cit.)*, p. 237 y ss.

Pero el fundamento último del Derecho del Trabajo podría encontrarse – y allí es donde probablemente haya estado y está – en la *necesidad económica* que provoca la *dependencia económica* y que, a su vez, es la que lleva a la *dependencia jurídica*.

Dependencia económica que, al mismo tiempo, es manifestación y consecuencia de la falta de *independencia económica*. Porque *independiente* económicamente es la persona que puede financiar, con recursos propios o anticipados por terceros, no sólo su *actividad* sino, antes aún, su *inactividad* laboral. Y puede entonces elegir entre trabajar personalmente o no hacerlo. Opción ésta cuya ausencia obliga a *depende*r de otro, que sólo va a satisfacer la *necesidad* – económica – si se compromete a cambio una prestación personal.

En estos términos, si bien la *necesidad* se traduce finalmente en una situación de *desigualdad* – primero negocial y luego en la posición en el vínculo laboral que se establece –, no sería tal *desigualdad* el fundamento final del Derecho del Trabajo⁷², sino la ausencia de *libertad* al celebrar y ejecutar eso que, como observaba Kahn-Freund, sólo por una aceptada ficción se ha acordado en llamar *contrato de trabajo*⁷³.

Pero el cambio producido en la estructura de las empresas y, especialmente, el tipo de vínculo que éstas pretenden establecer con las personas que trabajan para ellas, parecen haber llevado también a la ruptura del que Racciatti califica como el *pacto implícito* del modelo fordista⁷⁴: *una parte reconoce la autoridad empresarial y su derecho de propiedad, de dirección y de organización; mientras la parte de los empleadores acepta integrarse en un esquema de promoción del bienestar de los trabajadores, en el cual el Estado juega un papel importante*.

Sin embargo, la observación de las personas que *trabajan para otro* muestra que, para ellas, si algo ha cambiado, no es la *necesidad de protección*, sino la respuesta normativa y social a esa necesidad.

Bien entendido que, como también se ha visto, y al margen de los supuestos de *evasión, encubrimiento y deslaborización*, las modificaciones en el trabajo y los cambios – cuando *necesarios* – en la organización de las empresas, están reclamando del Derecho del Trabajo su reconocimiento y la consecuente adecuación del *modo de proteger*.

72 Como se afirma en OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *op. cit.*, punto 91.

73 KAHN-FREUND, O., *Trabajo y derecho... (cit.)*, p. 52.

74 RACCIATTI, O., *op. cit.*, p. 567.

DOCTRINA

La mutación de los sujetos tradicionales del Derecho del Trabajo y la consecuente evanescencia de la *relación de trabajo* en los términos en los que se la conoció a lo largo del siglo XX, reclama una recuperación de la reflexión acerca de la razón de ser y el ámbito personal de esta disciplina.

Frente al que el ya referido Documento Técnico de la OIT⁷⁵ califica como *desenfoque*, en la inteligencia de que se ha producido un desplazamiento fuera del ámbito de aplicación de la norma laboral del sujeto que debe ser protegido por ella, las mejores respuestas parecen ser las que propician poner el acento en la *dependencia económica*, antes que en la *jurídica*, para identificar al sujeto que necesita protección⁷⁶.

Sin la pretensión de introducir un debate sobre la técnica de la fotografía o la filmación, y a partir de una coincidencia tanto en la necesidad de un *reenfoque* como en la preferencia por la *dependencia económica* como factor de identificación, parece más adecuado hablar de un *cambio de óptica* antes que de una corrección del *desenfoque*.

Así, con la sustitución del *lente normal* por un *gran angular*, no será necesario desplazar el punto de enfoque – con las consecuentes nuevas exclusiones que esto provocaría⁷⁷ – y sí, en cambio, se ampliará el campo enfocado.

Esta propuesta de ampliar el campo enfocado – en lugar de desplazar el punto de enfoque –, que permitiría incorporar nuevos sujetos al ámbito personal del Derecho del Trabajo, abre las puertas al abordaje de un segundo problema, que también fue planteado ya por la doctrina, y que supone asumir el debate sobre la *diversificación de la protección*.

Raso propone su *teoría de los círculos*⁷⁸ sucesivos y concéntricos con diferentes grados de tutela por el Derecho del Trabajo, pero con el complemento necesario de la Seguridad Social.

También a esta inteligente propuesta podría introducirse una corrección, pues más que la idea de los *círculos* es imaginable la figura de una *estrella*

75 OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *op. cit.*

76 Ver por ejemplo GOLDÍN, O., *op. cit.*, ALIMENTI, J. *op. cit.* y RODRÍGUEZ MANCINI, J. y FONTANA, B., *op. cit.*

77 Y como se evidencia en el gráfico incluido en el punto 134 de OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *op. cit.*

78 RASO, Juan, *Derecho del trabajo, Seguridad Social y Relaciones Laborales: hacia una teoría de los círculos*, en *Derecho Laboral* (Montevideo), T. XLI, N. 190 (abril-junio 1998), p. 583 y ss.

irregular, cuyos rayos de protección tendrán la extensión que reclamen las diferentes situaciones que, en un punto intermedio entre la individualización y la generalización extremas, podrían regularse.

De cara a las muy serias críticas que se han dirigido a esta *segmentación tutelar* de la que previenen tanto Goldín⁷⁹ como Ermida Uriarte y Hernández – que temen a una *migración interna* que lleve a los trabajadores a las franjas de menor protección⁸⁰ –, podría aclararse, una vez más, que el primer condicionante para esta protección diferenciada será la calidad y precisión de la estructura normativa que la instrumente y, producida ésta, deberán operar los medios tradicionales de control administrativo, judicial y sindical. Y, además y especialmente, deberá tenerse presente la necesaria *complementación* que podrá aportar la *Seguridad Social*⁸¹.

En cuanto a la *moderna* estructura organizativa de las empresas, que arroja a los trabajadores extramuros de su esfera de interés y preocupaciones, la respuesta también deberá buscarse distinguiendo las responsabilidades de contenido económico – y en esta materia la técnica de la *responsabilidad solidaria* no parece inadecuada – de las obligaciones relacionadas con el cumplimiento de la prestación del trabajador y los límites al ejercicio de los poderes jerárquicos por su titular directo – y tampoco aquí habría que imaginar demasiadas novedades-.

Pero tanto con relación a las cuestiones que giran en torno de las diferentes modalidades de *descentralización empresarial*, como en orden a la ampliación del *ámbito personal de la relación de trabajo*, y según ya quedó insinuado, no basta con pensar desde el *Derecho del Trabajo*, porque en estas materias mucho es lo que tiene para decir la *Seguridad Social*.

79 GOLDIN, A., *op. cit.*, p. 34/35.

80 ERMIDA URIARTE, O. y HERNANDEZ ALVAREZ, O., *op. cit.*

81 También Casas Bahamonde considera que ... *la técnica de la aplicación parcial y diferenciada sustituiría a la de la aplicación completa y uniforme del ordenamiento jurídico laboral, o si se prefiere, social con integración del Derecho de la Seguridad Social o de la protección social, dependiente de la calificación formal del contrato como de trabajo. Sería preciso componer un nuevo conjunto normativo, internamente diferenciado, con la colaboración de la ley y de la negociación colectiva, a la que también correspondería protagonizar esa ampliación subjetiva del Derecho del Trabajo hacia el trabajo no subordinado o no mercantil.* Y afirma finalmente que *el pluralismo de la realidad socioeconómica no puede revestirse con un ropaje jurídico monolítico* (ver: CASAS BAHAMONDE, María Emilia, *Las transformaciones del derecho del trabajo y el futuro del derecho del trabajo*, en ALARCÓN, Manuel R. y MIRÓN, María del Mar (coord.), *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 189 y ss., esp. p. 206).

DOCTRINA

El diseño protector deberá integrar, en una relación de complementación, los instrumentos del Derecho del Trabajo y los de la Seguridad Social.

Así, desde el reconocimiento del vínculo laboral y la relación de dependencia, podrían operar las reglas de mínimos y máximos del derecho del trabajo – con la necesaria adecuación a las peculiaridades de cada vinculación, como siempre –, los derechos y deberes relacionados con la protección de la integridad psicofísica del trabajador, la limitación a los poderes de quien efectivamente los ejerza y su responsabilidad económica directa.

Y a medida que se verifique el alejamiento de esa órbita nuclear de subordinación, la responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones – para satisfacer las necesidades de los trabajadores – podrá desplazarse hacia las instituciones e instrumentos de la Seguridad Social.

Esta migración tutelar podrá comprender así, por ejemplo, la pérdida de ingresos por incapacidad temporaria o permanente, sea por causa laboral o ajena a ella, las vacaciones remuneradas, la situación de desempleo, etc.

También el sistema de *fondos de garantía* podría no sólo liberar al trabajador del riesgo de insolvencia de su empleador sino, además, complementar – o sustituir – la responsabilidad solidaria de la empresa *descentralizada*.

Debe empero advertirse – como seguramente ya se habrá advertido – que, en rigor, todo esto no remite a un debate *técnico*, sino *axiológico*.

Porque, en lo profundo, esto no supone hablar solamente de proteger a las personas que trabajan sino, antes aún, de *distribución equitativa de la riqueza* y de la función del *Estado*.

IV – EL CAMINO TRAZADO

Una vez más es orientador recordar a Italo Calvino cuando enseñaba que

“La memoria sólo cuenta verdaderamente – para los individuos, las colectividades, las civilizaciones – si reúne la impronta del pasado y el proyecto del futuro, si permite hacer sin olvidar lo que se quería hacer, devenir sin dejar de ser, ser sin dejar de devenir.”⁸²

82 CALVINO, Italo, *Por qué leer a los clásicos*, Tusquets, Barcelona, 1997, p. 22/23.

Mucho ha cambiado el mundo del trabajo, y es tan probable como deseable que las transformaciones no sólo no se detengan sino, antes bien, se aceleren.

La tarea que ahora se reclama al jurista laboral es la de leer adecuada y desprejuiciadamente esa nueva realidad que hoy le presenta – y mañana habrá de agregar – nuevos trabajadores y nuevos empleadores, muchos de ellos con novedosas apariencias y vinculados entre sí por relaciones también diferentes o, cuando menos, ya no tan sencillas y evidentes como aquellas que se trababan entre los sujetos que conocieron los orígenes y el desarrollo del Derecho del Trabajo a lo largo de casi todo el siglo XX.

La preservación de los valores humanistas que subyacen en el derecho laboral, no es compatible, sin embargo, con posiciones o actitudes nostálgicas que pretendan conservar o recuperar mecanismos protectores de las personas que trabajan ya obsoletos e inadecuados para las nuevas realidades.

Pero, al mismo tiempo, esa actualidad real no debe ser la excusa que pretenda justificar la inversión de la *lógica de la protección*, que es el signo de identidad del Derecho del Trabajo.

El desafío es, entonces, imaginar los instrumentos que, adecuando y combinando los institutos del Derecho del Trabajo y los de la Seguridad Social⁸³, permitan diseñar un modelo social que tienda a que el trabajo sea la consecuencia de un acto de *libertad* – y ya no de *necesidad* – de los seres humanos. Y, en el tránsito hacia ese objetivo ideal, habrá que pensar de qué manera el progreso tecnológico y una más equitativa distribución de la riqueza podrían incorporar progresivamente porciones de libertad en la vida de las personas que trabajan, para lograr que sea ésta la que condicione el modo de trabajar y no, como ocurre en estos días – y en particular en estos suburbios de occidente –, que la relación causal sea la inversa⁸⁴.

Así, el reconocimiento de los fundamentos, la razón de ser y las instituciones fundamentales del Derecho del Trabajo permitirán ese ideal de

83 Y, una vez más, es también Supiot quien observa que *El derecho laboral ha sido, con la seguridad social, la gran invención jurídica (del siglo XX) y sus planteamientos generales ... no han perdido ni un ápice de vigencia. Únicamente habrá que adaptarlos de manera continua al cambio socioeconómico, sin dejar de referirlos a los valores que constituyen sus cimientos* (ver: SUPIOT, Alain, *Introducción a las reflexiones sobre el trabajo*, en Revista Internacional del Trabajo, vol. 115 (1996), n. 6, p. 657 y ss., esp. 667).

84 La aspiración puede ser, así, por ejemplo, como lo expresa Casas Bahamonde, *la realización del trabajo elegido en el tiempo elegido, y la acomodación del tiempo de trabajo a quien lo realiza (y no al revés)* (ver: CASAS BAHAMONDE, M. E., *op.cit.*, p. 207).

progreso que supone evolucionar sin perder identidad y, simétricamente, conservar la identidad sin renunciar a la evolución.

ABSTRACTS

- El *trabajo*, en cuanto actividad inseparable de la *persona* que lo ejecuta, obligadamente es *humano*, lo que torna por demás sobreabundante al adjetivo.
- Para el trabajador, normalmente, el *resultado productivo* es apenas una necesidad o una motivación mediata. Cuando no remota. Para él, en principio, el propósito inmediato es que actividad sea *remunerada*.
- La desatención de la trascendencia que tiene para el trabajador la *remuneración* – en cuanto *causa inmediata* que lo impulsa a trabajar –, parece desconocer que *él no posee ningún derecho ni sobre el objeto, ni sobre los métodos, ni sobre el resultado de su trabajo, ya que tan sólo tiene derecho al salario*.
- No hay así, en la irremediable realidad de los hechos, *trabajo dependiente* sino *trabajadores dependientes*.
- ¿Puede acaso afirmarse que sólo la esclavitud o la servidumbre producen la negación de la libertad en el trabajo? ¿Basta con que no exista *violencia física* o *amenaza de muerte* para que el trabajo pueda ser considerado *libre*?
- La anticipada apropiación de los frutos del trabajo, y el consecuente derecho a definir el contenido y la oportunidad de producción éstos, lleva a que se reconozca al empleador sobre su trabajador dependiente una triada de poderes que, al tiempo que *se legitiman recíprocamente*, también *se limitan en cascada*.
- Si bien en algunos casos de trabajadores altamente calificados la tutela que puede aportar el Derecho del Trabajo podría resultar superflua, la cuestión que hoy se plantea es la de las personas que trabajan que, necesiándola, quedan excluidas de tal protección.
- No deja de ser curioso que la política gubernamental de *promoción del empleo*, con acciones diseñadas e instrumentadas por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social se apoye – como ocurre con los *programas de empleo* – en la privación de la protección del Derecho del Trabajo.

DOCTRINA

- Lo cierto es que, por razones técnicas o de mercado y competencia, las empresas hoy aparecen organizadas en dispersión, y las reglas tradicionales del Derecho del Trabajo, que contemplan tales supuestos con una finalidad fundamentalmente desalentadora o preventiva del fraude, ya no parecen proveer la respuesta adecuada para esa nueva realidad.
- La consecuencia visible de este *nuevo mundo del trabajo* es que lo que debería ser la excepción tiende a convertirse en regla: *empresas sin trabajadores y trabajadores sin empleadores*.

PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS PARA A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO PERFIL DE EMPRESA

Eneida Melo Correia de Araújo*

1 – PAPEL DA EMPRESA NO ATUAL MUNDO DO TRABALHO

Os Estados Constitucionais, na atualidade, seguindo as regras traçadas pela Organização Internacional do Trabalho, vêm inserindo em seus diplomas jurídicos regras que procuram assegurar as necessidades a serem realizadas pelo trabalhador. Trata-se de exigências ou premências de ordem material, biológica, cultural, psicológica, tudo revelando planos superiores de satisfação dos indivíduos. E o Direito do Trabalho, banhando-se de uma forte carga ética, atua como mecanismo protetor das relações de produção, na medida em que autoriza a utilização do trabalho humano, mas resguarda a dignidade e a personalidade do indivíduo.

Na lição de Manoel Afonso Olea, as normas gerais de Direito Internacional, relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que venham a ser reconhecidas e acolhidas pela Constituição de um Estado membro da Organização Internacional do Trabalho deverão ser interpretadas de conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os Acordos Internacionais que ratificaram essas matérias¹.

Nessa linha, Daniel Sarmiento afirma que, quando a Constituição estabelece como um dos objetivos fundamentais da República brasileira a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, ela expressa um princípio jurídico e não apenas uma diretriz política desprovida de qualquer eficácia

* Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. Professora adjunta da Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Professora da Escola Superior da Magistratura Trabalhista da 6ª Região. Mestre e doutora em Direito do Trabalho pela Universidade Federal de Pernambuco.

1 ALONSO OLEA, Manuel. *Introducción al Derecho del Trabajo*. 5. ed., rev., ren. e ampl. Madri: Civitas, 1994, p. 373-382.

DOCTRINA

normativa. E esclarece que, apesar da abertura e da indeterminação semântica dessa norma, ela é dotada de um grau de eficácia imediata e que pode atuar, no mínimo, como vetor interpretativo da ordem jurídica como um todo².

A forma moderna de exploração do trabalho do homem, dirigida para os fins de reprodução social, acha-se ligada à figura da empresa. Mais especificamente, é estabelecida uma relação jurídica em que o trabalhador põe suas energias à disposição de outrem, de forma pessoal, subordinada e não eventual.

Entende-se, assim, a assertiva de Robert Kurz, de que o trabalho, dentro de uma formulação específica histórica, configura-se em uma exploração econômica das energias do indivíduo e dos bens materiais e imateriais, pela empresa³.

Como lembram Antônio Houaiss e Roberto Amaral, o fenômeno de produzir, na época moderna, significa criar riquezas, bens e serviços para o mercado, para o homem abstratamente considerado, sem identificação, para a massa, enfim. Essa massa, todavia, nem sempre corresponde à universalidade de indivíduos, podendo referir-se apenas a um grupo de pessoas privilegiadas⁴.

Ocorre que a empresa que oferece bens e serviços para o mercado de massa, mesmo que fracionado, em razão da grande quantidade de excluídos, não dispensa a exploração do trabalho humano, ainda que a ele não recorra de forma exclusiva.

Constata-se que as modernas formas de produção desenvolvem-se no sentido de forçar a exclusão do labor do homem do conjunto de fatores que sempre integraram a organização do trabalho.

Todavia, na medida em que o trabalho humano não pode ser reputado como um elemento dispensável ao processo de criação econômica, é relevante analisar a dimensão do papel da empresa.

2 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 338.

3 KURZ, Robert. *O colapso da modernização: da derrocada do socialismo de caserna à crise da economia mundial*. Trad. Karen Elsabe Barbosa. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993, p. 21.

4 HOUAISS, Antônio & AMARAL, Roberto. *A modernidade no Brasil – conciliação ou ruptura?* Petrópolis: Vozes, 1998, p. 101. Os autores destacam que produzir corresponde, fundamentalmente, à produção de um novo ser que se acha destinado ao consumo, o qual somente existe porque habita em uma sociedade de excluídos. Tal ocorreria porque o consumo seria um privilégio de grupos, de regiões, de nações, de povos, de determinadas classes e camadas sociais de certos países.

DOUTRINA

Tendo em vista que a utilização da energia humana por outra pessoa precisa de uma dimensão ética, é que se procura apresentar uma perspectiva de construção de um perfil de empresa capaz de, no interior do mercado, sem desconsiderar a concorrência, atuar de forma democrática, respeitando a dignidade do trabalhador.

Guillermo Cabanellas alude à importância da empresa, no moderno Direito do Trabalho, ressaltando que não é fato muito antigo, a passagem do conceito econômico de empresa, para o campo das relações jurídicas trabalhistas, haja vista que as influências do liberalismo revelaram seu caráter inorgânico, no século XIX⁵.

Tem sido usual identificar-se uma empresa como uma modalidade de organização, voltada para a produção econômica, quer criando bens, quer oferecendo serviços ao mercado, dotada de uma razoável hierarquia, com um quadro de pessoal definido. Todos estes elementos são reunidos em torno de objetivos traçados pelo detentor do capital ou seus representantes, os dirigentes, realizando-se por meio de determinados instrumentos. Esse conceito tem natureza econômica ampla, não dependendo da inserção do empreendimento em um modelo de relações de produção capitalista ou não capitalista.

Com efeito, evidencia-se a relevância do ente empresarial para o Direito do Trabalho tendo em vista que o complexo de bens organizados pelo empreendedor pode servir de indicativo para demarcar o local da prestação de serviços do trabalhador. Pode ser ainda o elemento definidor do lugar das atividades do empregador e das modificações contratuais que vierem a surgir.

Ademais é em razão da empresa ou das atividades que desenvolve que se definem a função do empregado e a categoria a qual pertence o trabalhador. Também o âmbito de aplicação dos acordos e convenções coletivos e a fixação espacial sobre a paralisação coletiva dos trabalhadores, em face de uma greve, são delineados considerando essa unidade econômica.

O empreendimento também serve para fixar as dimensões do tempo em que o trabalhador se acha à disposição do empregador; estabelecer disciplina interna que sirva de orientação aos trabalhadores quanto ao cumprimento das normas jurídicas sobre segurança e higiene do trabalho; mudança de domicílio; alteração da denominação e da titularidade.

5 CABANELLAS, Guillermo. *Tratado del Derecho Laboral*. Buenos Aires: El Grafico Impresores, 1949, p. 302.

DOCTRINA

O Direito do Trabalho, ao ter como um dos seus objetos de disciplina a empresa, o faz enquanto representação de um organismo de produção que desenvolve suas finalidades empregando o trabalho humano, em suas relações individuais ou coletivas.

A exploração econômica de determinada atividade por um indivíduo, de forma artesanal, ou mesmo como um núcleo familiar, não ingressará na esfera de interesse da regulação do Direito do Trabalho, se ausente um elo indispensável a esse ramo jurídico: a prestação de serviços pessoal do homem, de forma subordinada, continuada e onerosa. Em outras palavras: uma relação entre empregado e empregador.

O empregador é o organizador dos fatores de produção que se relacionam no âmbito do empreendimento. É quem assume os riscos do negócio, ainda que, necessariamente, este poder de direção possa vir a ser exercitado com a participação de empregados, elemento humano que integra a empresa.

O Direito do Trabalho, na elaboração de vários institutos jurídicos, também considera os bens, o patrimônio dos titulares da organização econômica, como dados importantes. Assim ocorre porque o empreendedor, o detentor do capital, define a atividade econômica a ser desenvolvida, auferir os lucros e arca com as perdas, valendo-se, neste processo, do poder de direção disciplinar que o sistema jurídico trabalhista lhe confere.

Constata-se que existem alguns elementos que conferem ao empreendimento um caráter autoritário. Isto se verifica quando as pessoas titulares da empresa, aqueles que possuem o capital, na generalidade das hipóteses, também determinam a organização produtiva, conferindo uma finalidade ao conjunto de bens corpóreos e incorpóreos, tais como máquinas, matéria-prima, patentes, valores, ações, capital, clientela e a própria energia oriunda do trabalho humano.

Em outras palavras, ainda que não seja o aspecto da propriedade sobre os bens e as ações, ou o da detenção da titularidade do conjunto material e imaterial produtivo, o elemento definidor da apropriação do trabalho humano, do ponto de vista estritamente jurídico, é essa situação, dentro de uma visão sociológica, que determina a apropriação.

Observe-se que, em decorrência da situação de proprietário do capital, de organizador das diferentes classes de bens no interior da empresa, voltando-se para um fim lucrativo, em seu proveito (do proprietário), o empreendedor usa o trabalho humano subordinado, mediante um contrato de trabalho.

DOUTRINA

Todavia, como adverte Paulo Emílio de Vilhena, existem limites no ato de disposição do empregador sobre a força de trabalho do empregado. O ser humano é dotado de direitos personalíssimos, insusceptíveis do domínio por outra pessoa, agasalhados no interior do sistema jurídico e universalmente consagrados por inúmeros tratados e convenções internacionais. Assim, nomeadamente, o direito à vida, à intimidade, à privacidade, à liberdade em todas as suas formas de expressão, à dignidade, à cidadania⁶.

Este poder de disposição do empregador corresponde a um ato em que o empreendedor toma como sua propriedade o resultado das energias despendidas pelo trabalhador, mesmo que observe os limites engendrados por qualquer modalidade de posse.

O detentor do capital dispõe do labor do homem a fim de complementar o elo da cadeia produtiva e, nesse quadro, o contrato, regulado pela legislação trabalhista, seria legitimador da disposição sobre o trabalho, dentro do sistema de produção.

Não se pode, portanto, desprezar o aspecto de que uma empresa não autoritária, democrática e participativa, somente pode desabrochar dentro de um Estado que possua essas mesmas características.

É que a empresa se constitui em um dos diversos núcleos existentes na sociedade. Na realidade, um dos mais importantes, pois gera bens, oferece serviços, transforma matérias e ocupa permanentemente homens, que lhe dedicam suas energias, ao longo de suas vidas, mediante uma contraprestação financeira.

O mandamento expresso na Constituição da República, no sentido de assumir o Estado o compromisso de construir uma sociedade justa e solidária, também se estende à empresa porque é detentora, em caráter preferencial, do atributo de realizar a atividade econômica. Assim sendo, a empresa deve ser projetada visando ao atendimento dos seus fins produtivos e fortalecendo as suas responsabilidades e deveres sociais em face de cada trabalhador e da comunidade onde se acha inserida.

6 VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. *Relação de emprego. Estrutura legal e supostos*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 65-96. Considere-se que esse autor, ainda que não admita que o trabalho seja um dado indisponível, reconhece que é economicamente avaliável, enquanto atividade a ser desenvolvida pelo trabalhador. E acrescenta que aquilo que denomina “força-trabalho” do homem integra a dinâmica da empresa, constitui objeto de direito, sem que se deixe de oferecer barreiras a essa cessão em face dos direitos personalíssimos da pessoa humana.

2 – TRANSFORMAÇÃO DO MODELO EMPRESARIAL: NOVOS PARADIGMAS

A história da empresa, nas relações de trabalho, revela-nos um perfil que foi alvo de modificações ao longo dos tempos, sendo dado permanente o fato da apropriação do trabalho do homem, fruto de um vínculo obrigacional legitimado pela ordem jurídica.

O liberalismo econômico apresentou um modelo de empresa de natureza nitidamente econômica, voltado para os interesses pessoais ou do grupo que a compunha, sem qualquer perspectiva de ordem pública ou social.

A característica impessoal da chamada grande indústria, do século XIX, é bem realçada por Paul Pic, ao afirmar a expressiva distância física e de comunicação entre o empresário e os inúmeros trabalhadores a seu serviço. Os possuidores do capital formavam uma sociedade, um conjunto de acionistas, representado por um diretor, executivo das decisões do conselho de administração ou da assembléia geral dos acionistas⁷.

Com efeito, de acordo com Carlos Garcia Oviedo, o empregador detinha a direção, a gestão, a autoridade, a técnica voltada à produção, definindo os rumos do progresso da atividade econômica⁸.

Mariano Tissembaum adverte para o fato de que o mesmo processo que mudou a atitude do Estado, no tocante às relações trabalhistas, operava-se, de forma paulatina, no tocante ao conceito de empresa, como unidade econômica, quanto à sua natureza e os seus fins. E lembra que fatores como a participação dos trabalhadores nos lucros, na gestão e no poder de disciplina do empregador, a par da criação de órgãos no interior do estabelecimento revelou tornar-se inevitável uma reformulação do perfil da empresa⁹.

7 PIC, Paul. *Traite élémentaire de législation industrielle*. 4. ed. Paris: Arthur Rousseau, 1912, p. 8. Explica-se, assim, porque o autor menciona que, considerando esse modelo empresarial, os antagonismos de classe, no interior da empresa, tendiam a ser acirrados. E esses confrontos poderiam ser amenizados mediante uma regulamentação adequada, capaz de melhorar a situação dos trabalhadores.

8 GARCIA OVIEDO, Carlos. *Tratado elemental de Derecho Social*. 3. ed. Madri: Distribuidores Exclusivos para Espana y Extranjero, 1948, p. 164.

9 TISSEMBAUM, Mariano R. *Las controversias del trabajo: la huelga y el lock out ante el Derecho*. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia Editor, 1952, p. 166. Esclarece o autor que a empresa tendia a perder uma concepção autocrática. A reação à exploração do trabalho humano, decorrente do capitalismo, por meio da autodefesa e da luta de classe, a par do exercício da greve, fez brotar, progressivamente, um novo conceito de empresa. E isto se revelava quer no tocante à sua estrutura, quer em face da vinculação dos fatores que participam do processo de produção, quer, ainda, no que diz respeito à finalidade da exploração da atividade econômica.

O modelo empresarial, hoje predominante, indica uma transformação que transborda os limites da empresa entendida em seu sentido histórico, cujos traços foram ressaltados por Mariano Tissembaum, até alcançar um organismo dotado de estrutura técnica.

Nessa transformação, como faz ver Luigi Bagolini, o poder de direção, antes conferido aos indivíduos, passa a ser gerenciado por um organismo de estrutura técnica. Operar-se-ia, desta forma, a transferência do poder, na moderna sociedade econômica, dos indivíduos para essa entidade. E acrescenta que essa constatação, por ser histórica, não prescinde da autonomia política, a qual se realizaria por intermédio da determinação do que o povo de um país vier a definir como problemas que precisem ser solucionados, observando-se uma ordem prioritária nas decisões¹⁰.

Lester C. Thurow também evidencia que houve uma mudança quanto à localização dos centros econômicos, que deixam de ser definidos pela posse do capital e pela situação dos recursos naturais¹¹. Segundo o autor, esses suportes serviram de fundamento para a formulação da teoria clássica da vantagem comparativa, que tentava explicar a área geográfica de atividades nos séculos XIX e XX. A localização da produção era decorrente de dois fatores: dotes de recursos naturais e proporções de elementos referentes à mão-de-obra e ao

10 BAGOLINI, Luigi. *Filosofia do trabalho*. Trad. João da Silva Passos. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 71-73. Para o autor, o poder transfere-se para a sociedade por ações, saindo, assim, das mãos do empresário clássico, que detinha o comando, a definição dos rumos da atividade empresarial, porque possuidor do capital e do mecanismo operacional dos vários fatores de produção. A tecnoestrutura, com sua característica econômica, configura-se em uma estrutura social. Explica-se por que o poder tende a passar do empresário clássico, que detinha o capital e poderia combinar os diversos fatores de produção, para os dirigentes das grandes sociedades por ações. Ressalta ser verdade que a tecnoestrutura tende a anular a função do sindicato, utilizando, para isto, várias técnicas. Mas, prossegue o autor, esse fato não pode tolher o sindicalismo, que deve prosseguir, procurando novos caminhos, capazes de fazer oposição ou de servir de alternativa. E esta investida deve ser política, haja vista que um dos deveres do sindicato é o de impedir a alienação da personalidade do trabalhador, diante do quadro apresentado pelo organismo de estrutura técnica.

11 THUROW, Lester C. *O futuro do capitalismo. Como as forças econômicas de hoje moldam o mundo de amanhã*. Trad. Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 1997, p. 22. Afirma o autor que, nos séculos XIX e XX, os grandes setores econômicos das sociedades industriais tinham as suas sedes ou “lares geográficos naturais”, ofertados por Deus. Assim, as localizações dos centros eram definidas pela situação dos recursos naturais e pela posse do capital. Desta forma, o carvão só poderia ser minerado onde existisse esse mineral; os grandes portos de mar necessitavam de boas enseadas naturais; os produtos intensivos em mão-de-obra eram realizados em países pobres e os produtos intensivos de capital eram elaborados em países ricos. Hoje, diversamente, as chamadas indústrias de poder cerebral, criadas pelo homem, são geograficamente livres, não tendo domicílios naturais, podendo se instalar em qualquer ponto do mundo. Com o que – conclui – quem for economicamente dominante poderá não somente criar, mas, também, mobilizar e organizar o poder cerebral que determina sua localização.

DOCTRINA

capital. Esses paradigmas, ainda de acordo com Thurow, acham-se superados, em face das indústrias de poder cerebral feito pelo homem. Qualificações e conhecimento – que constituem o chamado capital humano – são criados pelos mesmos suportes de investimento que geram o capital físico, representando o conhecimento e as habilidades, as únicas referências de vantagem comparativa. Foram, portanto, os dados utilizados pela atividade econômica para se situar no final do século XX e ainda permanecem no atual¹².

Robert Kurz alerta para o processamento da repartição das funções produtivas na presente fase da história econômica das empresas. É que não se encontra mais concentrada em um único lugar, dispersando-se por várias regiões e países, objetivando melhores vendas e pequenos custos em suas operações¹³. As empresas, na procura de investimentos menos onerosos, deslocam a sua área de atuação para os países ou regiões em que os salários são menores, as leis trabalhistas menos rigorosas, os sindicatos pouco atuantes e, muitas vezes, onde existem incentivos fiscais por parte dos governos, propiciando maiores lucros.

Por sua vez, Evgeny Bronislavovich Pachukanis, ao analisar a transformação do modo de produzir capitalista, ressalta como a figura do proprietário alheia-se das funções técnicas de produção. Ao perder o domínio total sobre o capital, o proprietário deixa, lentamente, de existir. Esse processo decorre da configuração das chamadas sociedades por ações, em face de cuja natureza o capitalista é possuidor apenas de quota-parte do rendimento, sem trabalho que corresponda ao que lhe for destinado¹⁴.

Com efeito, hoje, o modelo tradicional tende a desaparecer, ou, quando muito, presta-se à convivência com uma modalidade nova de poder, como delineada por Pachukanis. Surgem as grandes empresas econômicas privadas, multinacionais ou transnacionais, que estabelecem regras a serem seguidas pelos diversos países do mundo. Essas empresas, portanto, executam suas atividades nos territórios de vários países, sem que se divida seu controle organizacional.

12 Idem, p. 93-96.

13 KURZ, Robert. *Os últimos combates*. Coleção Zero à Esquerda. Coord. Paulo Eduardo Arantes e Iná Camargo Costa. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 137.

14 PACHUKANIS, E. B. *Teoria geral do Direito e marxismo*. Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988, p. 85. Também de acordo com o pensamento desse autor, a massa fundamental do capital transforma-se em uma força de classe impessoal, propriedade de pessoas jurídicas, formadas por um grupo razoavelmente reduzido de capitalistas, atuando por intermédio de procuradores ou representantes.

DOCTRINA

Conforme leciona Georgenor de Souza Franco Filho, a globalização da economia se explicita pela expansão dessas empresas transnacionais e com a multiplicação dos tratados de integração econômica, sendo o Tratado de Roma, de 1957, um desses exemplos¹⁵.

Em uma apreciação crítica, histórica e política ao modelo de capital multinacional, Roberto Aguiar afirma que as organizações que se formam sob tal modelo são concentradoras de renda, restaurando o domínio político e econômico das minorias, tendendo à dominação de pessoas, das instituições e dos Estados. E, nesse exercício de poder, as empresas multinacionais suplantam a cultura, as crenças, as bases econômicas e políticas das sociedades¹⁶.

Importa destacar que a cultura, que se planta no interior dos vários Estados nacionais, pelas empresas multinacionais, alicerça-se numa perspectiva de que o avanço da tecnologia pode dispensar o trabalho humano, antes utilizado em larga escala, com o objetivo de atingir maiores lucros. Tal aspecto contraria os postulados internacionais de respeito à dignidade humana, de justiça, de solidariedade e de democracia.

Jeremy Rifkin diz que o desejo da classe empresarial, de ser proprietário de uma indústria sem trabalhadores, aproximou-se um pouco do que ocorreu no começo dos anos 60, ao ser utilizado o computador nas fábricas. A partir daí, todos os conhecimentos e técnicas obtidos pelo indivíduo foram transferidos para as máquinas, alijando, gradativa e ininterruptamente, o ser humano do processo produtivo¹⁷.

Constata-se um desenho desagregador nas empresas. Todavia, não se pode deixar de considerar que, ao lado dos objetivos econômicos que a atividade empresarial pretende efetivar, como finalidade precípua, as pressões dos grupos

15 FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. "As Empresas Transnacionais e as Entidades Sindicais no Mercosul". In: *Revista do TRT da 8ª Região*, a. 29, n. 56, jan.-jun., p. 37-48. Belém, 1966, p. 38. De acordo com o autor, essas empresas trouxeram alterações no perfil de produção, ao pugnarem pela contratação de mão-de-obra mais barata, ensejando um processo de "dumping" social, a par de procurarem submeter os diversos mecanismos de integração aos seus interesses, haja vista que atuam em vários deles.

16 AGUIAR, Roberto. *O que é justiça? Uma abordagem dialética*. 4. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1995, p. 93. Explica o autor que, por transcenderem o nacional – esse termo entendido como um conjunto de conquistas culturais, econômicas e políticas de uma dada sociedade nacional – as empresas multinacionais determinam as regras das economias nacionais, influenciando diretamente na ascensão de grupos aos órgãos principais de decisão no interior do Estado. Também realça que esses organismos sofisticam a teoria da administração, no intuito de obterem o maior lucro e o menor gasto.

17 RIFKIN, Jeremy. *O fim dos empregos. O declínio inevitável dos níveis dos empregos e a redução da força global de trabalho*. Trad. Ruth Gabriela Bahr. São Paulo: Makron Books, 1995, p. 72-73.

DOCTRINA

sociais e do sindicalismo, e um papel propedêutico do Estado, podem forçar a que incorpore um objetivo moral e social.

Como conseqüência do processo de intervenção estatal e da luta dos trabalhadores, estes passam a ter alguma participação na atividade empresarial. Isto ocorre por intermédio de conselhos, de comitês de empresas, de representação sindical, na criação partilhada dos regulamentos da empresa e, até mesmo, na percepção dos lucros e na ingerência na gestão da empresa.

A co-gestão traduz uma transformação política, jurídica e econômica no interior da empresa, uma vez que possibilita o exercício da democracia interna e a expressão da cidadania pelo trabalhador.

Sem deixar de compreender que esse modelo participativo do trabalhador na empresa, isoladamente considerado, mostra-se insusceptível de alterar o quadro de domínio do capital sobre o trabalho – pois a co-gestão não transfere a propriedade privada dos bens de produção do empresário para os empregados –, ele permite sejam reformuladas as relações de trabalho no sentido de realizar padrões razoáveis de justiça.

No mesmo sentido, acha-se a exposição de Hermainz Marquez. O autor diz que a co-gestão considera a existência de interesses superiores dentro da empresa, que não são, necessariamente, antagônicos. Traduz uma idéia de colaboração entre trabalhador e empregador, na tentativa de realizar objetivos comuns¹⁸.

Essa transformação gradual, que a história vem revelando quanto ao modelo de empresa, fruto das transformações nas relações de trabalho, dos movimentos sociais, do desenvolvimento do sindicalismo, da insistência em elevar o nível de integração dos trabalhadores na atividade produtiva traduz o caráter dinâmico das interações sociais.

Embora não desapareçam os conflitos sociais e os de natureza trabalhista – por conta desse processo histórico –, são apresentadas novas formas de relação entre empregados e empregadores, no interior da empresa e nos núcleos de negociações que cada sociedade comporta.

O empresário, que objetiva, fundamentalmente, os seus interesses privados, dirigidos ao lucro e ao desenvolvimento econômico, deve ter também

18 HERNAINZ MARQUEZ, Miguel. *Tratado elemental de Derecho del Trabajo*. 4. ed., corr. e aum. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1949. p. 220.

DOCTRINA

uma parcela de participação nos encargos e projetos que dizem respeito à manutenção de um sistema mínimo de tutela social.

O atual Estado Constitucional, regendo-se pela prevalência dos direitos humanos, assentando seus fundamentos nos valores sociais do trabalho, na livre iniciativa e na cidadania, segue a doutrina do Direito Internacional do Trabalho. Daí poder-se afirmar que o Direito do Trabalho cuida dos direitos humanos. Seguindo esses pressupostos, é possível demarcar a mudança do perfil e da função da empresa. Essa obra ainda não foi concluída.

3 – PERSPECTIVAS DE UM PERFIL DEMOCRÁTICO DE EMPRESA

A possibilidade de uma transformação democrática da atividade empresarial, no quadro mundial das relações de produção, não pode prescindir, precisamente, do fortalecimento dos grupos sociais; da atuação da sociedade civil; do crescimento dos partidos políticos; da ampliação da dimensão democrática do poder estatal e da pujança do sindicalismo.

Paul Singer argumenta que, embora as relações sociais engendradas no curso do século XX tenham permitido que a classe trabalhadora, nos países capitalistas mais desenvolvidos, fizesse uso de uma parcela da riqueza, como, por exemplo, a oferta de educação aos seus filhos e a participação nos fundos de pensão, nem por isto lograram alterar sua posição nas relações de produção¹⁹.

Carole Pateman, ao analisar o sentido da participação na empresa, ressalta ser necessária a transformação, no tocante à sua estrutura tradicional. Essa mudança deve ser dirigida precisamente ao poder de decisão, o qual se acha concentrado na pessoa do empresário e de seus prepostos²⁰. Refere à necessidade de a mudança estrutural da empresa, que denomina de “ortodoxa”, exigir um aumento de informações aos empregados por parte dos empregadores, sobre a situação que atravessa²¹. E, ao cuidar da participação dos trabalhadores nas

19 SINGER, Paul. *Globalização e desemprego. Diagnóstico e alternativas*. São Paulo: Contexto, 1998, p. 73.

20 PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. Trad. Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 95.

21 Idem, p. 96.

DOCTRINA

empresas, reporta-se à necessidade de que as “relações políticas”, no bojo dos estabelecimentos, sejam democratizadas²².

Há uma clara preocupação de Pateman em mostrar que não é suficiente à participação democrática na empresa a influência dos trabalhadores nas decisões da administração. Faz-se necessário que possam determinar o resultado ou mesmo tomar as decisões no interior do estabelecimento²³.

As Constituições modernas inserem em seus textos, como um dos fundamentos, a dignidade e o valor do trabalho humano. A Carta Magna brasileira seguiu este modelo, sendo alguns dos seus fundamentos: a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, ao lado da livre iniciativa (art. 1º, incisos II, III e IV).

Ademais, a Constituição da República do Brasil, ao cuidar dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, tomou como fundamentos a propriedade privada e a livre concorrência, mas também incluiu os princípios da função social da propriedade, o da redução das desigualdades regionais e sociais e o da realização do pleno emprego (art. 170, incisos II, III, IV, VII e VIII).

É considerando uma ordem de fatos dessa natureza, que importa ressaltar a necessidade de, no desenrolar das modificações do sistema jurídico positivo, poder ser delineado, de forma gradual, mas vigorosa, um perfil novo de empresa: democrática, participativa, capaz de integrar os trabalhadores em suas finalidades econômicas, sociais e morais.

Sendo o trabalhador o pressuposto do crescimento do país, o centro de propulsão da riqueza nacional, a luta para adequar seus conhecimentos aos novos paradigmas tecnológicos, gerados pela globalização, exige ações objetivas, definidas e claras para a elevação das condições de vida e de trabalho.

Como adverte Cabanellas, a dignidade de que se reveste o trabalho o apresenta como um dever e um direito do homem, com uma nítida função social. O trabalho propicia a satisfação dos objetivos individuais e familiares

22 Idem p. 51-61. Explica que, com uma modificação na natureza do modelo subordinativo, seria viável elaborar um processo participativo dos trabalhadores, no qual a ênfase do relacionamento entre o empregador e o empregado residisse na cooperação. É que Carole Patman vê a participação no local de trabalho como uma das formas mais expressivas da democracia participativa, atribuindo-lhe um papel também educativo por excelência. Esclarece que, para que um governo seja considerado democrático, não pode prescindir de uma sociedade participativa, ou seja, uma sociedade em que os diversos estratos políticos tenham sido democratizados, permitindo a socialização de todas as áreas por meio do mecanismo participativo.

23 Idem, p. 96.

DOUTRINA

do indivíduo e, paralelamente, o cumprimento, por cada homem, de uma finalidade geral. Configura-se no mais importante dos elementos necessários para o desenvolvimento da produção²⁴.

A propósito, Flávia Piovesan realça o aspecto de que, após a Primeira Guerra Mundial, ao lado do discurso liberal da cidadania, fortalece-se uma proposta social desse direito individual, não se admitindo como suficiente o primado da liberdade, exigindo-se a presença do cânone da igualdade. E a partir dos meados do século XX, em face da Segunda Guerra mundial, consolida-se o Direito Internacional dos Direitos Humanos²⁵.

Sobre esse tema, Efrén Borrajo Dacruz tem um pensamento que atende a uma perspectiva de participação, de compromisso do empresário com o trabalhador e deste com o empreendimento produtivo. Explica que, não obstante o empregador assuma os riscos do empreendimento, o empregado também se acha exposto aos riscos profissionais, sendo necessário, portanto, um diálogo entre a classe trabalhadora e os que detêm o capital, interferindo aquela, de alguma forma, na atividade empresarial. Esses dois dados confeririam ao Direito uma base sólida para, reconhecendo a solidariedade do trabalhador com o acionista, por exemplo, assegura-lhe, também, o direito de interferir de algum modo na marcha da empresa²⁶.

Neste quadro, entre os novos rumos para as relações de trabalho, se acha o de criar uma nova concepção econômica para a empresa. Um dos paradigmas que justificou o surgimento do Direito do Trabalho, qual seja, o de que o homem deve ser o centro das relações de produção, precisa ser reafirmado. E cabe não somente ao Estado, mas também aos organismos privados, com destaque a empresa, o papel de restauração desse ramo jurídico.

24 CABANELLAS, Guillermo. *Tratado de Derecho Laboral*. v. 1, cit., p. 164.

25 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 158-159. Ressalta a autora que as Constituições denominadas sociais, nascidas a partir do século XX, trazem um conjunto de normas carregadas de conteúdo econômico, social e cultural, primando por uma concepção social do direito de cidadania. Lembra ainda que, presentemente, os direitos humanos e sua proteção não são matéria restrita à esfera interna de cada nação, interessando à sociedade internacional.

26 BORRAJO DACRUZ, Efrén. *Introducción al Derecho del Trabajo*. 7. ed. Madri: Tecnos, 1994, p. 110. Afirma o autor que, efetivamente, o empresário sofre os riscos da empresa, devendo estar autorizado juridicamente para decidir. Todavia, este é apenas um prisma da questão. Assim acontece porque na empresa, vinculada a uma sociedade de capitais, a gestão e a responsabilidade acham-se separadas de fato. Trata-se de um processo novo do sistema capitalista. Com isto, o trabalhador, ao vincular-se a uma dada atividade empresarial, igualmente assume um risco quanto ao seu futuro profissional.

Estaria, assim, delineado um Direito do Trabalho que cuida da existência dos homens, que preserva sua vida, na linha bem exposta por Everaldo Gaspar, ao realçar que o trabalho não deve ser um instrumento nas mãos dos detentores do capital para aumentar a concentração de riquezas, ampliar a fome e a exclusão social²⁷.

Martins Catharino, ao examinar a matéria referente às relações entre o Direito do Trabalho e o progresso econômico, também assevera que, sem a existência de uma empresa de um tipo novo, despojada de excessivo autoritarismo, capaz de democratizar as relações entre empregador e empregados, será difícil de atingir o desenvolvimento integral²⁸.

As novas técnicas e o progresso científico devem permitir o crescimento econômico, edificado com a participação do trabalhador e em seu benefício. Esta seria uma concepção democrática do Estado, da economia e da própria empresa, capazes de concretizar os objetivos fundamentais traçados pela Constituição da República.

Não é outra a visão de Antônio Houaiss e Roberto Amaral, ao afirmarem que é falso qualquer projeto capitalista, em um Estado democrático que seja excludente. E denunciam o fracasso do neoliberalismo e da apologia do chamado Estado mínimo que deixaram de se ocupar com os benefícios sociais que uma sociedade exige para poder funcionar²⁹.

Ao ser humano assiste o direito de utilizar-se dos bens e serviços que cria, na medida em que os faz nascer e na proporção que lhe cabe, para ter respeitada a sua dignidade e exercitada a cidadania.

A empresa deve estar atenta para o fato de que o óbice político a que o indivíduo usufrua do produto de seu trabalho, a par de atingir direitos

27 ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *Direito do Trabalho e pós-modernidade*. São Paulo: LTr, 2005, p. 262. Para o autor, torna-se imprescindível adaptar o Direito do Trabalho às novas exigências sociais, fazendo-o contemporâneo e restaurado. Destaca que o trabalho deve estar desvinculado da escravidão, da dor, do sacrifício, identificando-se com a criatividade, a igualdade de oportunidades, de segurança social, de livre produção dos bens artísticos, culturais e científicos.

28 CATHARINO, José Martins. *Direito do Trabalho. Estudos, ensaios, pesquisa*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1979, p. 16-17. O autor alerta para o fato de que o domínio da empresa por sociedade comercial, principalmente a chamada sociedade anônima, e desta, por integrantes seus, que controlam o poder empresário, é autoritário e, portanto, contrário ao processo democrático.

29 HOUAISS, Antônio & AMARAL, Roberto. *A modernidade no Brasil. Conciliação ou ruptura?* Cit., p. 117-118. Realçam a morte do modelo de modernidade abstrato e indefinido, que sugeriria "... o céu na terra, a riqueza como passe do condão da fada madrinha, o progresso técnico e o crescimento econômico, fartos e universais, pelo simples efeito da livre competição, jamais livre". E esclarecem que os pobres já descobriram que país nenhum é um mercado, ou só um espaço físico.

fundamentais, assegurados na Constituição, impede o crescimento da economia e gera uma ordem jurídica desprovida de uma carga ética. Aliás, uma empresa democrática deve permitir que se torne eficaz o cumprimento constitucional de participação dos trabalhadores na gestão da empresa, o que exige a presença das maiorias nas diversas esferas do empreendimento.

Parece ser equivocada a idéia de que o princípio democrático restringe-se à esfera pública, ao âmbito do Estado, ao argumento de que se estaria a ferir o princípio da livre iniciativa, do respeito à propriedade privada e da liberdade de o empresário dirigir os destinos do seu empreendimento.

Tal sucede porque ao se pretender que as instituições privadas, entre elas a empresa, também observem o princípio democrático, consideram-se as especificidades dessa dimensão, diferente da dinâmica do direito subjetivo na esfera estatal. Acrescente-se que a Constituição também consagra o pluralismo, o que se revela, entre outros aspectos, na possibilidade de organização dos indivíduos, dos grupos e dos empreendimentos, respeitando-se suas características, seus objetivos. O que se está a defender, como um dos novos paradigmas para as relações de trabalho é que, tendo em vista os princípios constitucionais referidos e à luz da ponderação e razoabilidade, compreenda-se a empresa como um espaço privado importante para a efetivação do modelo democrático.

É que a empresa, assim como o sindicato, as associações, a igreja, as organizações não governamentais e os partidos políticos, entre outros núcleos de expressão volitiva, são espaços político-jurídicos dentro de um contexto mais amplo, que é o poder político do Estado.

A ampliação do princípio democrático à esfera privada assenta-se em vários objetivos da República: da solidariedade, da erradicação da pobreza e da marginalização, da redução das desigualdades sociais e regionais, da promoção do bem de todos.

Neste mesmo sentido é a lição de Daniel Sarmiento, ao analisar a presença do princípio democrático nas relações privadas, afirmando que ele se impõe ao legislador na disciplina da organização e funcionamento das instituições privadas³⁰.

30 SARMIENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Cit., p. 356-360. O autor ainda pondera que não desconhece que outros interesses constitucionalmente relevantes, como o pluralismo, a autonomia associativa, a liberdade de empresa e a privacidade devem ser considerados pelo legislador a fim de que sua incidência nas instituições privadas observe o princípio da proporcionalidade. E, sendo assim, um espaço mais abrangente aos particulares deve ser conferido, a fim de que possam definir os termos de suas relações recíprocas.

A propósito, é importante que se afirme que, efetivamente, o princípio democrático revela-se como um processo dinâmico e não estático. Nas palavras de J. J. Gomes Canotilho esse cânone traduz um processo de continuidade, não dizendo respeito apenas a determinadas pessoas, correspondendo a uma sociedade que ele denomina de aberta e ativa. E esclarece que o princípio democrático é informador do Estado e da sociedade³¹.

Tendo em vista que o desenvolvimento nacional não pode ser alcançado sem a participação da atividade econômica, a qual se acha prevalentemente a cargo dos particulares – pois o Estado somente de forma excepcional, nos casos previstos na Carta Constitucional a ela se dedica –, é indispensável que a empresa privada se integre ao projeto republicano, definido no art. 3º, da Lei Maior. Realço que, no sistema jurídico nacional, a função social de que se reveste a empresa, no exercício da atividade econômica, expressa na Constituição da República e no Código Civil, evidencia a premência em se inserir elementos de democracia participativa no empreendimento.

Por outro lado, quando a Constituição da República indica os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como um dos seus fundamentos, demonstra que a concretização de seus objetivos exige um processo de aproximação, mediante mecanismos que possam permitir, em diversas medidas, o exercício da democracia no âmbito empresarial. A esse respeito, diz Manoel Jorge e Silva Neto que a introdução das normas de direito social nas constituições expõe o compromisso assumido entre os detentores do capital e dos trabalhadores para atingir uma sociedade menos desigual, que dignifique o trabalho do homem e que seja viável à atividade empresarial como expressão do livre mercado e da livre iniciativa³².

Ao Direito do Trabalho cumpre garantir que a proposta de acesso ao trabalho e de sua valorização social, de progresso pessoal e de dignidade do

31 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 417-418. De acordo com o autor, o princípio democrático, no sentido constitucional, indica “um processo de democratização aberto a horizontes de esperança nos diferentes aspectos da vida econômica, social e cultural”.

32 SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de Direito Constitucional do Trabalho*. São Paulo: Malheiros, 1998, p.54-55. O autor, ao cuidar da importância do constitucionalismo social, considera que o embate ideológico, referido como a associação da concepção de ideologia à de sistema de crenças de grupos sociais não se traduz em empecilho à valorização do trabalho e da livre iniciativa, sendo elemento de uma sociedade pluralista, democrática. Destaca que essa inserção de normas sociais e sua organização nas constituições traduzem a vinculação ao princípio da não-neutralidade, expressa no compromisso filosófico da ordem jurídica constitucional com os desfavorecidos.

homem, pilares do Estado Constitucional, sejam ponderados pelo novo modelo de empresa que a sociedade está a exigir.

Merece realce o aspecto de que, como direito social, acha-se esse ramo jurídico permeado da idéia oriunda da Declaração Universal: a concepção da igualdade e da proteção ao ser humano, havendo uma tendência a se conservar esses postulados nas Cartas Constitucionais.

A propósito, lembra Orlando Teixeira da Costa que o moderno Direito do Trabalho não objetiva apenas a proteção do trabalhador, sendo uma das suas metas a promoção social do empregado. Acrescenta que as instituições trabalhistas atuais preocupam-se com a superação das desigualdades econômicas, o estabelecimento de mecanismos de incentivo para a melhoria do desempenho do trabalhador e a restrição dos poderes de decisão do empregador³³.

A participação dos trabalhadores, na administração e na exploração do empreendimento, configura uma modalidade eficaz de concretizar novas formas de administração da empresa, atendendo ao compromisso da República do Brasil no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

É possível que a classe trabalhadora, enquanto se revela como um grupo social de pressão e de decisão, influencie o conteúdo do regulamento interno da empresa. Os trabalhadores poderiam ter direito de obter informações acerca dos lucros e perdas, bem como das propostas empresariais dentro do mercado. Mostra-se também viável que os empregados possam definir, conjuntamente com os empresários, sobre os critérios de promoção, assim como a respeito das admissões, punições e rescisões contratuais. Isto traduz uma perspectiva de organização social da empresa capaz de permitir a irradiação do cânone democrático sobre as relações de produção.

A perspectiva de serem destinados também aos trabalhadores os ganhos de produtividade propiciaria uma melhor distribuição de renda, fazendo com que os homens ingressem no mercado de consumo, adquirindo bens e serviços, ao menos os essenciais à sua sobrevivência. E as empresas poderiam criar mais postos de trabalho e favorecer o crescimento econômico. Essa também é

33 COSTA, Orlando Teixeira da. "Participação dos trabalhadores nos lucros e resultados da empresa". In: *Revista do TST da 8ª Região*, a. 29, n. 57, jul.-dez., Belém, 1996, p. 11-12. Essa visão contemporânea do Direito do Trabalho, que apontaria para a diminuição do poder diretivo, vai traduzir-se na repartição das decisões com os empregados da empresa, na medida em que integram a ordem jurídica e econômica desse núcleo, que é a sociedade. Surgiria, assim, um cidadão de uma esfera de sociedade organizada.

DOCTRINA

a opinião de Paul Singer, ao cuidar da acumulação e distribuição de renda³⁴. Ademais, a repartição de renda, ao permitir ao ser humano que abandone a posição de excluído, inserindo-o na sociedade, dá ensejo a que assuma ou reencontre a cidadania perdida.

Uma empresa de índole democrática não comporta exclusão, mas, sim, partilha, o que exige a conservação dos direitos sociais dos trabalhadores, universalmente consagrados e inseridos no sistema jurídico como uma garantia do Estado de direito e da cidadania.

Esta perspectiva também atende ao princípio do não-retrocesso social, em respeito ao qual, determinados direitos assegurados aos trabalhadores, inseridos no texto constitucional, não podem ser alijados do ordenamento jurídico, pois são marcos históricos dos direitos dos homens, integrados à sua sobrevivência e cidadania. Tal princípio atua também no sentido de inibir a ação do legislador de forma não fundamentada. Tem por escopo evitar que, atendendo a interesses momentâneos, pessoais ou de grupos não legitimados, o criador da norma jurídica positiva proceda a uma mudança que traga prejuízo à coletividade.

A observância do princípio do não-retrocesso social também permite a efetivação dos postulados democráticos no interior do Estado e no âmbito das instâncias públicas e privadas existentes na sociedade. Assim ocorre porque algumas expressões da democracia, tais como a valorização do trabalho, o pleno emprego e a cidadania, representam objetivos que a República compromete-se em realizar, a fim de construir uma sociedade justa e solidária, promotora do bem de todos, incorporando normas jurídicas consagradas pelo Direito Internacional. E essas finalidades não dispensam a colaboração efetiva da empresa privada. Neste mesmo sentido, também é a lição de J. J. Gomes Canotilho³⁵.

Esses passos indicam o que Michel Zaidan Filho denomina de uma nova reconstrução da ética, situação que não se dirigiria apenas aos trabalhadores,

34 SINGER, Paul. Cit., p. 128.

35 CANOTILHO, J.J. Gomes. Cit., 1993, p. 468-469. Afirma o autor que o princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. Esclarece que a idéia que expõe também tem sido designada como proibição de “contra-revolução social” ou da “evolução reacionária”. E explica que os direitos sociais e econômicos, tais como direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação, uma vez alcançados ou conquistados passam a constituir uma garantia institucional e um direito subjetivo. Esse princípio, na visão do autor, justificaria, pelo menos, a subtração à livre vontade do legislador a restrição dos direitos adquiridos.

DOUTRINA

nem, exclusivamente, ao Estado. Essa “reconstrução” seria – como explica o autor – abrangente, dotada de caráter universal, capaz de envolver as esferas públicas e privadas, ao mesmo tempo. Reportar-se-ia ao viver diário do homem, ao seu cotidiano, sem perder de vista o elo da comunicação³⁶.

O quadro esboçado implica mudança, a qual deve estar alinhada ao desenvolvimento. Sem dúvida que nas sociedades mais produtivas economicamente existe um espaço mais propício à transformação social, em face da mais rápida e contínua elaboração de padrões básicos de vida de seu povo, tais como saúde, saneamento, habitação, educação, emprego, cultura, transporte, assistência às crianças e aos idosos.

Todavia, deve existir também nas sociedades mais pobres economicamente uma pressão em torno da concretização de um desenvolvimento que efetive a consolidação da democracia e a cidadania. Um desenvolvimento econômico e social entendido não apenas como o referente ao progresso material, mas, igualmente, ao crescimento no plano inerente à criação interior dos homens. No Direito do Trabalho e nas relações de produção, no cotidiano dos empregadores e dos empregados, os valores da ética e da justiça se fazem presentes de forma viva e pungente, demarcando novas formas de organização, mais democráticas, mais humanas, enfim.

São inúmeras as questões que circundam as relações de trabalho na atualidade, a sugerir a elaboração de novos paradigmas. Uma concepção crítica permite que os estudiosos do Direito possam se unir àqueles que têm uma proposta democrática de participação do homem não apenas no interior da empresa, mas nos destinos do país e na reconstrução do Direito do Trabalho.

36 ZAIDAN FILHO, Michel. “Ética, trabalho e cidadania”. In: *Jornal Diário de Pernambuco*. Recife, 13 ago. 1998, Opinião, p. A-5.

ALÉM DOS PORTÕES DA FÁBRICA: O DIREITO DO TRABALHO EM RECONSTRUÇÃO

Paulo Gustavo de Amarante Merçon*

“como rosas sem pétalas, mas rosas”

(Jorge de Lima)

1 – INTRODUÇÃO

Em estudo anterior¹, confrontamos a idéia da relação de trabalho *lato sensu* com a dos serviços de consumo, na perspectiva da direção do proveito econômico: na relação de consumo, o favorecido economicamente é o prestador dos serviços, daí a proteção jurídica conferida ao tomador/consumidor; na direção inversa, o proveito econômico principal da relação de trabalho beneficia o tomador, razão pela qual as normas trabalhistas amparam o prestador dos serviços.

Distinguimos então a essência da relação de trabalho na *expropriação do trabalho alheio, com finalidade produtiva*.

A noção de trabalho produtivo, contudo, ainda evolui na ciência econômica e filosofia política. Por considerarmos que a relação de trabalho é um conceito jurídico de conteúdo essencialmente social e econômico², e com o objetivo de consolidar as proposições de nossa tese, apresentamos no presente estudo noções de economia política acerca da relação capital/trabalho no capitalismo industrial, dissecando-as à luz da ciência social e política da era pós-industrial.

* Juiz Titular da 4ª Vara do Trabalho de Coronel Fabriciano (MG).

1 *Relação de trabalho – contramão dos serviços de consumo*.

2 O que, a nosso ver, faz com que o *Direito do Trabalho pós-EC 45/04* assuma uma dimensão sociológica muito mais profunda, e revele, sob arranhada superfície justtrabalhista, um oceano inexplorado em *biologia microeconômica*.

O leitor mais impaciente ou apressado poderá saltar direto ao item 5, a partir do qual formulamos um desenho teórico da relação de trabalho *lato sensu*, e o colocamos à prova analisando formas específicas de prestação pessoal de serviços.

Por fim, sugerimos um conceito legal à relação de trabalho *lato sensu*, e um esboço de modelo extensivo de normas trabalhistas aos *trabalhadores à margem da CLT*.

Como uma resposta ao monólogo neoliberal e ao *slogan* da desregulamentação, o processo de reconstrução do Direito do Trabalho afigura-se-nos medida indispensável à efetividade da ampliação da competência material trabalhista, evitando que a relação de trabalho deságüe em conceito teórico vazio.

Assim vislumbramos o Direito do Trabalho dos novos tempos: um direito do trabalho *essencialmente – emprego – mas não exclusivamente – emprego*.

2 – TRABALHO PRODUTIVO: DO PRODUTO DA FÁBRICA AO TRABALHO IMATERIAL

A economia política clássica reduz a noção de *trabalho produtivo* à atividade humana que se incorpora em mercadoria palpável.

Na lição de Adam Smith³, o trabalho produtivo “fixa-se e se realiza num objeto particular ou mercadoria vendável, que perdura, pelo menos, durante algum tempo após o término do trabalho”, ao contrário do trabalho improdutivo, que “perece no instante mesmo de sua produção”. Smith qualificava como improdutivo o trabalho dos advogados, médicos, servidores públicos, todos os gêneros de letrados e artistas.

Karl Marx, em sua *crítica da economia política*, grifou o conceito de trabalho produtivo com o traço da mais-valia:

“Ademais, restringe-se o conceito de trabalho produtivo. A produção capitalista não é apenas produção de mercadorias, ela é essencialmente produção de mais-valia. O trabalhador não produz para si, mas para o capital. (...) Só é produtivo o trabalhador que produz mais-valia para o capitalista.”⁴

3 SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. Freitas Bastos, vol. I, 1960, p. 413-415.

4 MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. Civilização Brasileira, livro I, vol. 2, 2005, p. 578.

DOCTRINA

É importante sublinhar que ambas as doutrinas (a economia política clássica e a teoria marxista) foram concebidas à época da dominação industrial. Daí a análise de Marx, na mesma direção de Smith, de que os serviços, não se transformando em mercadorias autônomas, constituíam (ainda que exploráveis pelo capital) magnitudes insignificantes, se comparados com o volume da produção capitalista à época.

O mesmo Marx, todavia, fez questão de ressaltar: “Para se falar em produção deve-se ou buscar o processo de desenvolvimento histórico através de suas diferentes fases, ou declarar de antemão que se está lidando com uma época específica”⁵.

Como observam Michael Hardt e Antonio Negri⁶, a evolução dos paradigmas econômicos desde a Idade Média demarca-se em três momentos distintos: um primeiro paradigma no qual a agricultura e as atividades extrativas dominaram a economia; um segundo, no qual a indústria e a fabricação de bens duráveis foram hegemônicas; e um terceiro (e atual) paradigma, no qual a oferta de serviços, a troca de informações e a informatização são o coração da produção econômica.

Nessa nova paisagem socioeconômica, soa antiquado o conceito clássico de trabalho produtivo, restrito à materialização de mercadorias. Na sociedade pós-industrial, o conhecimento e o trabalho intelectual produzem ainda mais valor econômico que o trabalho material ou imediato, mesmo no âmbito industrial, na medida em que a informação e a informatização potencializam a própria produção dos bens materiais. Fora da fábrica, a notável expansão do setor de serviços apenas confirma a produtividade do trabalho imaterial na economia pós-moderna⁷.

5 MARX, Karl. *Grundrisse: foundations of the critique of political economy*. London: Penguin Books, 1993, p. 85.

6 HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. *Império*. 7. ed. Record, 2005, p. 302.

7 Não poderíamos deixar de registrar nossa crítica aos teóricos do imaterial, no ponto em que sustentam que o trabalho interativo em rede das comunidades da Internet e as qualidades cooperativas da força de trabalho imaterial subverterão gradualmente a lógica capitalista que perdura desde a Revolução Industrial: a separação entre os trabalhadores e o produto do seu trabalho. Tal análise direciona-se claramente às economias dominantes. De todo modo, mesmo nos países de economia central a *produção interativa/cooperativa e emancipada do capital* (de que cogita Antonio Negri) esboça-se como uma força produtiva secundária, que se circunscreve ao ciclo do trabalho imaterial (particularmente o mais-qualificado), não elidindo a lógica da produção capitalista. Por outro lado, nos países periféricos (mesmo os emergentes) prolifera e se intensifica o trabalho menos qualificado – justamente o mais explorado pelo capitalismo neoliberal. Eis a realidade que interessa ao Direito do Trabalho brasileiro.

3 – O VALOR-TRABALHO NA SOCIEDADE PÓS-INDUSTRIAL

3.1 Teoria do valor-trabalho. Smith, Ricardo, Marx

Aprimorando a doutrina de Adam Smith, David Ricardo⁸ formulou sua *teoria do valor*, segundo a qual o valor de troca⁹ de uma mercadoria derivaria de duas fontes: sua *escassez* e a *quantidade de trabalho necessário* à sua produção.

Partindo da teoria do valor de Ricardo, e retomando Smith, Marx observou que a troca das mercadorias, como produtos do trabalho e reflexo da *divisão social do trabalho* (cada homem depende do esforço alheio para satisfazer suas necessidades, ninguém produz tudo o que necessita) consiste na troca do próprio trabalho, que seria, portanto, o conteúdo do valor.

Em objeção a Ricardo (que a confundia com o lucro), Marx formulou sua própria concepção de mais-valia, sintetizando-a na idéia de *trabalho alheio não-pago*. A quantidade de trabalho prestada pelo trabalhador seria dividida em duas partes: uma equivaleria ao valor pago, pelo capitalista, por aquela força de trabalho (*trabalho necessário*); a outra figuraria o *trabalho excedente*, ou mais-valia. Ou seja, o capitalista paga o preço da força de trabalho e recebe em troca o direito de dispor daquela *força viva*, excluindo o trabalhador da participação no *produto excedente* o conteúdo do valor¹⁰.

A *teoria do valor-trabalho* investiga, portanto, a atividade econômica e o valor a partir das relações sociais e da divisão social do trabalho. Nessa perspectiva, o valor econômico não surge no mercado, mas na produção; o trabalho é o centro da criação de valor na economia, advindo daí a idéia de *centralidade do trabalho*.

3.2 Teoria do valor-utilidade

Em abordagem completamente distinta, a *teoria do valor-utilidade* atribui a fonte do valor na economia à *utilidade subjetiva* do bem. O valor, nessa

8 RICARDO, David. *Princípios de Economia Política e Tributação*. Victor Civita, 1982, p. 43-44.

9 A utilidade de uma coisa faz dela um *valor de uso*. Somente se afigura como *mercadoria* o bem que, além do valor de uso, adquire *valor de troca*, expresso na proporção de sua troca por outras mercadorias ou dinheiro. Smith (in: *A riqueza das nações*, op. cit., p. 36) observou que as coisas com maior valor de uso têm freqüentemente pequeno ou nenhum valor de troca (como a água e o ar) e, ao contrário, as que têm maior valor de troca podem ter pouco valor de uso (por exemplo, o diamante).

10 MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. Civilização Brasileira, livro I, vol. 1, 2006, p. 63-68 e 605-609.

concepção, é definido pelo comportamento do consumidor, por suas necessidades subjetivas.

No final do século XIX, desenvolve-se a idéia do *valor-utilidade marginal*: com o aumento do consumo de um bem, a satisfação por ele proporcionada (utilidade marginal) diminui. Em outras palavras, o grau de utilidade do bem varia em decorrência do aumento ou diminuição de sua oferta. Surgia a tese de que o preço de um bem é definido pelo encontro das *curvas de demanda e oferta* – ou seja, pelo *mercado*. O trabalho é considerado não o conteúdo do valor de troca, mas mero fator de produção, ao lado do capital e dos recursos naturais.

Se é certo que a escola marginalista contrapõe-se à teoria marxista, refutando a centralidade do trabalho na economia, em certo ponto as duas abordagens tendem a uma complementaridade, como observa Paul Singer, na medida em que a concepção do valor-trabalho é essencialmente macroeconômica, sendo pouco operacional em relação ao cotidiano e à individualidade da economia – exatamente onde a teoria do valor-utilidade oferece contribuições válidas para o conhecimento econômico.¹¹ Por outro lado, se o preço dos produtos é ditado pelo mercado, é evidente que tal definição não é aleatória, tampouco deriva exclusivamente da curva de demanda e oferta – antes considera uma complexidade de fatores, que incluem logicamente o valor da força de trabalho.

3.3 A crise da medição do trabalho na economia pós-industrial

Se nos primórdios do capitalismo industrial o valor de troca de uma mercadoria equivalia, em regra, à quantidade de trabalho social necessário para produzi-la, na *pós-grande indústria* o preço do produto irá refletir uma complexidade de forças produtivas heterogêneas e não-mensuráveis – além da própria curva da demanda e oferta.

Exemplifiquemos. A quantidade de trabalho necessária à fabricação da Coca-Cola é a mesma do refrigerante de marca desconhecida. O produto da Coca-Cola, no entanto, além de vender mais, possui maior valor de troca, o que se explica por sua maior qualidade – resultante do conhecimento *tecnocientífico* desenvolvido e patentado pela empresa – e pelo valor comercial da marca, fruto de longo e intenso trabalho de *marketing*.

11 SINGER, Paul. *Curso de introdução à economia política*. Op. cit, p. 24.

De todo modo, mesmo na pós-grande indústria *o trabalho vivo é elemento indispensável à produção capitalista*. Apenas já se torna inviável mensurar o valor-trabalho agregado ao preço do produto – da mesma forma que não é quantificável a influência das demais forças produtivas na definição daquele preço pelo mercado.

Partindo-se da premissa de que todas as forças produtivas têm o potencial de influir na estipulação do preço do produto pelo mercado – e, por conseguinte, na geração do lucro do capitalista –, e reduzindo-se a análise ao trabalho vivo, deduz-se que a lógica da extração de mais-valia subsiste no capitalismo contemporâneo¹². Apenas, a mais-valia pós-industrial será sempre *não-mensurável* (ainda que se trate de produção material, que terá, de todo modo, algum traço ou componente imaterial, além de sujeitar seu valor de troca às flutuações do mercado). Será, ainda, mais-valia *potencial*, que decorre do fato de o capitalista ter à sua disposição a força de trabalho alheia, com a potencialidade de extrair dali um *produto excedente*, do qual se apropria. Por outro lado, será extraível de todo e qualquer trabalho alienado à produção capitalista, seja ele material ou imaterial; braçal, afetivo ou intelectual.

3.4 Pós-modernidade econômica e centralidade social do trabalho

Claus Offe, André Gorz, Jürgen Habermas e Dominique Méda, dentre outros pensadores europeus de renome, vislumbram que a revolução tecnológica resultará no progressivo desaparecimento do trabalho imediato ou material e na diminuição generalizada do tempo de trabalho necessário, em proveito do *não-trabalho* e do tempo livre. Apregoando o *fim do emprego*, o *adeus ao proletariado* e o *desaparecimento do trabalho*, dentre outros clichês do gênero, na realidade o que aqueles intelectuais decretam é o *fim da centralidade do trabalho*¹³.

Ricardo Antunes¹⁴ admite que o avanço tecnocientífico, a automação e a correspondente redução do trabalho imediato acarretam uma *crise do trabalho abstrato*. Mas enfatiza, com propriedade, que o capital não pode se reproduzir sem alguma forma de interação entre trabalho vivo e trabalho morto. E aduz

12 O que resta evidenciado pelo deslocamento da produção material do capital global para os países periféricos, onde a mão-de-obra é mais barata, extraíndo-se máxima mais-valia.

13 ANTUNES, Ricardo. *O caracol e sua concha: ensaios sobre a nova morfologia do trabalho*, Boitempo, 2005, p. 23-25.

14 ANTUNES, Ricardo. Op. cit., p. 23-63.

DOCTRINA

que a reestruturação produtiva do capital altera qualitativamente e ao mesmo tempo amplia as formas de exploração do trabalho, com apropriação crescente da dimensão intelectual do trabalho, seja nas atividades industriais informatizadas, seja no setor de serviços. Em contraponto à tese do fim da centralidade do trabalho, Antunes propõe uma concepção mais abrangente do trabalho, contemplando sua nova morfologia e caráter multifacetado.

Parece-nos interessante, a essa altura, uma dissecção da idéia de centralidade do trabalho em dois prismas: o puramente econômico e o social. Se é inegável certa retração da centralidade do trabalho abstrato enquanto fonte de criação de valor (diga-se, valor de troca das mercadorias), torna-se fundamental, no momento histórico-social que presenciamos, um resgate da centralidade do trabalho enquanto elemento primordial de realização da pessoa humana e do ser social, meio fundamental de integração social – sem perder de vista seu papel na sobrevivência e dignidade da pessoa humana. Na era do individualismo, do estímulo à competitividade, do império do capital financeiro e oligopolista, vemos como essencial tal reflexão sobre a *centralidade social do trabalho*.

Nesse sentido, *Maurício Godinho Delgado* pondera que a centralidade do trabalho e do emprego no sistema capitalista desponta, essencialmente, como uma escolha, uma perspectiva, e ressalta que, “acolhido o núcleo neoliberal de reflexão, com desprezo pelo trabalho e pelo emprego e o conseqüente superprivilégio conferido ao capital financeiro-especulativo, restarão evidentemente menos espaços, iniciativas, recursos e energia para a geração de empregos e disseminação da renda nos respectivos países e economias.”¹⁵

Lamentavelmente, o que se verifica nas últimas décadas é a generalização mundial da concepção econômica neoliberal, com o domínio da dinâmica econômica privada e a filosofia do *Estado mínimo*, reduzindo sua política econômica à gestão monetária.

Fica, portanto, a indagação sobre o caminho que o Estado brasileiro optará por seguir, no que se refere à sociedade do trabalho: se o do abstencionismo neoliberal ou o da intervenção e regulação, em observância aos preceitos constitucionais insculpidos nos arts. 1º, III e IV, 3º, III e 6º, *caput*.

15 DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, Trabalho e Emprego*. LTr, 2006, p. 35-45 e 95-99.

4 – NEOLIBERALISMO E A NOVA MORFOLOGIA DO TRABALHO. A EC 45/04

A grande indústria dos países desenvolvidos, ao longo do século XX e até o início da década de 1970, consagrou o modelo produtivo *taylorista/fordista*, centrado na fabricação em massa de mercadorias padronizadas e na mão-de-obra pouco qualificada, mas estável. O símbolo do fordismo é a *grande planta industrial*, a imagem dos trabalhadores conectados à linha de montagem por uma esteira rolante, exercendo funções mecânicas e repetitivas.

A partir da década de 1970, as instabilidades da demanda e o aumento da competitividade impõem a necessidade de maior qualidade e flexibilidade na produção. A economia ocidental importa então o paradigma *toyotista* de organização produtiva, oriundo do capitalismo japonês pós-2ª Guerra Mundial. Induzida diretamente pelo consumo, a produção toyotista é flexível, diversificada e enxuta; minimizam-se os estoques, as mercadorias são produzidas na medida exata, em pronto atendimento à demanda (sistema *just in time*); a mão-de-obra é multifuncional e mais qualificada; a empresa concentra-se em sua atividade produtiva essencial, terceirizando as atividades acessórias.

Ricardo Antunes¹⁶ argumenta que, precisamente por atender às exigências de maior competitividade e *qualidade total*, o toyotismo supõe uma intensificação da exploração do trabalho e uma flexibilização da força de trabalho, definida a partir de um número mínimo de trabalhadores e ampliada através de sobrejornada, trabalho parcial, temporário ou, ainda, de subcontratação.

Outro traço marcante da economia pós-industrial é a *mundialização do capital*. O avanço tecnológico nos transportes e telecomunicações encurta as distâncias, e o resultado é a *desterritorialização da produção* e a *internacionalização dos ciclos produtivos*, desenvolvendo-se nas economias dominantes as atividades mais complexas, e concentrando-se nos países periféricos a exploração do trabalho menos qualificado.

Antunes¹⁷ descreve, como resultado dessa reestruturação do capital, uma *nova morfologia do trabalho*, destacando a redução do proletariado fabril estável

16 ANTUNES, Ricardo (últ. op. cit., p. 28-45). O autor salienta que o apregoado sistema de “qualidade total” na realidade segue a lógica de uma produção supérflua e descartável.

17 ANTUNES, Ricardo. *O caracol e sua concha: ensaios sobre a nova morfologia do trabalho*, p. 41-44 e 59-65.

(em especial nos países de capitalismo avançado), a intelectualização do trabalho na indústria e a expansão do trabalho assalariado no setor de serviços; ao mesmo tempo, na periferia do sistema produtivo dissemina-se o *trabalho precário*, sob a forma de contratação a termo, parcial, temporária, terceirizada ou informal. Antunes acrescenta que tais mutações provocam uma crise sindical, decorrente do abismo no interior da própria classe trabalhadora, envolvendo trabalhadores estáveis e precários. Como reflexos de tal crise, Antunes destaca a crescente individualização das relações de trabalho, a desregulamentação e a flexibilização trabalhistas.

Feitas tais considerações, cumpre situar a Emenda Constitucional nº 45 no novo contexto das relações de produção. Reportando-se a dados do IBGE, Gabriela Neves Delgado pondera que “a proteção formal ao trabalho, via relação de emprego, não é mais no mundo contemporâneo a forma preponderante de inserção econômico-social do indivíduo trabalhador no mercado de trabalho”.¹⁸

Entendemos, contudo, que na análise da morfologia do trabalho os números percentuais da relação empregatícia devem englobar os das fraudes e contratações informais. Desta forma, embora acarretando um crescimento percentual das relações de trabalho não-empregatícias no mercado de trabalho, a precarização do trabalho, no mais das vezes, não transmuda a natureza da prestação, que subsiste substancialmente nos moldes da relação de emprego, ainda que sob novo formato (contratação a termo, parcial, temporária, subcontratação ou vínculo informal).

Do que se conclui que a nova morfologia do trabalho em regra não lhe desvirtua a essência, tampouco pulveriza a supremacia da relação de emprego ante as demais espécies de relação de trabalho. Por isso é importante atentar para o risco de a EC 45/04 servir de instrumento à flexibilização do conceito de relação de emprego e à relativização da fraude, em verdadeira *precarização jurídica* do trabalho – o que ocorrerá, por exemplo, toda vez que o juiz do trabalho acolher a *fôrma* de trabalho autônomo forjada pelas partes para desfigurar autêntica relação de emprego.

Em contrapartida, se bem manejada pelo legislador e pelo juiz, a competência trabalhista ampliada pode se constituir em eficiente antídoto contra a precarização do trabalho, além de precioso instrumento de inclusão social de trabalhadores anteriormente desprotegidos, como veremos no item 15.

18 DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. LTr, 2006, p. 227. Eis os dados do IBGE: 43,6% da população economicamente ativa trabalham com carteira de trabalho assinada; 27,5% laboram sem carteira, em fraude à lei ou na informalidade; e 23,3% são autônomos.

5 – RELAÇÃO DE TRABALHO: ESSÊNCIA, ELEMENTOS, TRAÇOS DISTINTIVOS

5.1 Destinação produtiva dos serviços: a ótica justralhista

Na perspectiva da teoria do imaterial, a produção não mais se restringe à fábrica; todas as formas de trabalho com eco ou rastro social são *socialmente produtivas*¹⁹.

Tal concepção é pertinente enquanto mira a face social (ou mesmo político-cultural) do trabalho. Omite, todavia, o enfoque econômico e, por conseqüência, o alcance justralhista da prestação do serviço, ao não diferenciar o *trabalho em proveito econômico próprio* daquele cujo produto é alienado à produção do tomador²⁰. E tal distinção vem a ser a *pedra de toque* na caracterização jurídica da relação de trabalho.

Vamos por partes.

Se todo trabalho que reproduz a sociedade é socialmente produtivo, a abordagem justralhista deve mirar o escopo produtivo da prestação na perspectiva de seu tomador. Isso porque, como um negócio jurídico bilateral, uma relação jurídica que envolve trabalho humano somente se perfaz, *enquanto relação*, quando aquele trabalho deixa a esfera do prestador e alcança a do tomador. Por conseguinte, a destinação produtiva do trabalho (que definirá a relação de trabalho) deve ser aferida *na ótica do tomador dos serviços*.

Agora tomemos emprestada a anotação de Maurício Godinho Delgado acerca do valor econômico da força de trabalho colocada à disposição do empregador, salientando que a relação empregatícia é uma relação de fundo essencialmente econômico, modalidade principal de conexão do trabalhador ao processo produtivo²¹ – análise que, a nosso ver, é extensiva à relação de trabalho *lato sensu* (da espécie para o gênero).

Ora, se o conteúdo da relação de trabalho é essencialmente econômico, deduz-se que, na perspectiva justralhista, a prestação pessoal de serviços terá destinação produtiva sempre que existir, na relação jurídica, *potencial de proveito ou excedente econômico*²² em favor do tomador. E isso ocorrerá quando

19 HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. *Multitude: war and democracy in the age of empire*. The Penguin Press, 2004, p. 106.

20 Deve-se considerar que a abordagem de Hardt e Negri é político-filosófica, e não justralhista.

21 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed., LTr, 2004, p. 298.

22 Consiste o excedente econômico na parte da produção não absorvida por seus gastos. Na produção capitalista, aparece sob a forma de mais-valia (SINGER, Paul. Op. cit., p. 42-49).

o tomador tiver a *capacidade de dispor da força de trabalho* contratada, ou de outra forma se *apropriar do trabalho alheio*²³. Em genuína relação de consumo, tal condição não se verifica, na medida em que, não detendo os meios de produção, o consumidor não se apropria ou dispõe do trabalho do fornecedor dos serviços – apenas o consome. É o que ocorre, por exemplo, quando um paciente é atendido pelo dentista em seu consultório particular – o contrário do que sucede quando o mesmo dentista presta serviços em proveito econômico de uma clínica odontológica.

A relação de trabalho é, portanto, *relação social de produção*, em que o trabalhador não detém os meios de produção. Ou, se os possui, subjuga-os à produção mais poderosa do tomador dos serviços (é o que se verifica no trabalho autônomo). Por isso afirmamos que é da substância da relação de trabalho a *separação entre o trabalhador e os meios de produção*.

Frise-se ainda que tal proveito econômico potencial deverá ser deduzido em abstrato, sendo desnecessário investigar, *in concreto*, se o serviço prestado por determinado trabalhador efetivamente conferiu proveito econômico ao seu tomador (v. tópico 3.3). Se na prática aquele proveito econômico irá ou não se realizar, é o risco da iniciativa, assumido pelo detentor dos meios de produção.

Reportamo-nos, por fim, à conclusão mais importante de nosso estudo anterior: *a prestação pessoal e onerosa de serviços em favor de pessoa jurídica ou outra organização produtiva configura sempre relação de trabalho, mesmo que eventual*. Tal ilação simplifica de forma considerável a atividade do operador do Direito do Trabalho, porquanto somente no âmbito doméstico será necessário investigar se os serviços prestados tiveram ou não escopo produtivo.

5.2 Alienação e estranhamento: essência da relação de trabalho

A idéia de *alteridade* (trabalho por conta alheia) não nos parece apropriada à caracterização da relação de trabalho *lato sensu*, por excluir a figura do trabalhador autônomo. Mais precisos e adequados à essência da relação de trabalho nos parecem os conceitos de *alienação e estranhamento* do trabalho, elaborados por Marx.

A alienação do trabalho decorre da lógica capitalista segundo a qual os meios de produção não são propriedade de quem produz. Por conseguinte, o resultado do trabalho (o produto) aparece como algo alheio ao trabalhador²⁴.

23 As expressões são de Marx: *the capacity of disposing over the worker; appropriation of alien labour* (in: *Grundrisse*, p. 301 e 307).

24 MARX, Karl. *Manuscrisos Econômicos-Filosóficos*, p. 147 e 158, *apud* ANTUNES, Ricardo, op. cit., p. 124.

DOUTRINA

O estranhamento do trabalho é a impressão subjetiva da alienação: o trabalho alienado deixa de ser forma de realização da pessoa humana e do ser social, reduzindo-se a meio de subsistência. A força de trabalho torna-se mercadoria. Se a alienação consiste na ruptura entre o trabalhador e o produto do seu trabalho, o estranhamento é a *separação entre o trabalhador e sua força de trabalho*²⁵ (esta a face objetiva do estranhamento), podendo ser percebido no curso da própria atividade laboral.

Vislumbramos no binômio alienação/estranhamento do trabalho a própria essência da relação de trabalho.

Na relação de consumo, inexistente alienação ou estranhamento do trabalho por duas razões correlatas: 1) o fornecedor do serviço trabalha em proveito econômico próprio; 2) não detendo os meios de produção, o tomador do serviço não se apropria ou dispõe daquela força de trabalho, que permanece no domínio do fornecedor.

Frise-se que um mesmo serviço, executado pelo mesmo prestador a tomadores distintos, poderá caracterizar ora relação de trabalho, ora relação de consumo. O serviço ocasional de um encanador no âmbito doméstico, por exemplo, configura relação de consumo, porquanto a pessoa ou família que contrata o serviço, não detendo meios de produção, não lhe confere destinação produtiva. O mesmo trabalho, contudo, prestado em favor de uma empresa, beneficia a dinâmica do empreendimento econômico, sendo (ainda que por via indireta), apropriado pelo detentor dos meios de produção. Ao contrário do que possa parecer, tal dissecção não é meramente teórica, podendo-se constatar, na prática, a diversidade no modo da prestação eventual ou autônoma (e na própria negociação de suas condições), quando o tomador é pessoa jurídica ou outro ente produtivo.

A intensidade do estranhamento atinge seu clímax no trabalho subordinado, quando o trabalhador *aliena diretamente sua força de trabalho*, submetendo o *modo de ser* da prestação ao poder diretivo do empregador²⁶. A subordinação jurídica é traço fundamental da relação de emprego, mas transparece em outras espécies de relação de trabalho, como o trabalho eventual e o estágio de estudante.

25 Novamente ressaltamos o trabalho autônomo, onde tal separação adquire contornos mais sutis.

26 Ainda que o trabalhador não se sujeite ao cumprimento de ordens, horário, etc., haverá trabalho subordinado sempre que *a força de trabalho se inserir na organização produtiva alheia*. Esse conceito mais amplo de subordinação converge com a proposição da doutrina trabalhista mais avançada (v. item 14).

DOCTRINA

O trabalhador autônomo, por sua vez, mesmo dispondo dos próprios meios de produção, ao alienar o produto de seu trabalho à organização produtiva alheia os reduz a um papel mediato e coadjuvante. Por não ocorrer a alienação direta da força de trabalho, o estranhamento do trabalho autônomo adquire nuances peculiares (abordaremos o tema no item 6).

Finalmente, na relação de trabalho doméstico a alienação e, principalmente, o estranhamento do trabalho verificam-se com quase a mesma nitidez da produção capitalista, com o diferencial de que a pessoa ou família não apenas se apropriam do produto daquele trabalho – como também o consomem.

5.3 Pessoaalidade e onerosidade da prestação

Circundando a essência da relação de trabalho, despontam como seus requisitos configuradores a *prestação por pessoa física/pessoaalidade* e a *onerosidade* da prestação. A *não-eventualidade* da prestação e a *subordinação jurídica* serão elementos alternativos da relação de trabalho. O trabalho autônomo, por exemplo, poderá ser habitual; o trabalho eventual poderá ser subordinado; como poderá haver trabalho autônomo/eventual, contendo apenas os dois elementos essenciais à relação trabalhista.

No tocante à pessoaalidade, reportamo-nos ao item 4 de nosso estudo anterior, destacando a mitigação do caráter personalíssimo da obrigação de prestar os serviços.

Entendemos ainda que o conceito de relação de trabalho não pode desprezar a figura da “empresa de uma pessoa só”, comum especialmente na prestação de serviços mais qualificados, como os intelectuais e artísticos. É certo que, uma vez preenchidos os requisitos do art. 3º da CLT, estará configurada a fraude na constituição daquela pessoa jurídica prestadora de serviços, apenas mascarando o vínculo empregatício existente entre as partes (art. 9º da CLT). Haverá, contudo, hipóteses em que o profissional liberal, intelectual ou artista prestará efetivamente serviços *eventuais* ou *autônomos* em proveito de ente produtivo. Nesses casos, desde que seu titular preste pessoalmente os serviços (ainda que contando com auxiliares), entendemos que estará caracterizada a relação de trabalho, eventual ou autônomo.

A onerosidade, por sua vez, exprime a substância da qual se modelam as normas trabalhistas. O trabalho prestado com caráter de *pura benevolência* poderá gerar obrigações de natureza civil – jamais atrairá, contudo, a aplicação de normas trabalhistas. Cumpre ressaltar, ainda, que a *graciosidade da oferta*

*do labor*²⁷ subtrai-lhe a impressão do estranhamento. Esse tipo de trabalho é marcado precisamente por aquilo que o trabalho estranhado turva: a *realização da personalidade humana*. Ademais, o prestador desse tipo de serviço não se submete ao mesmo tipo de exigência e cobrança por parte do tomador de trabalho oneroso. Assim sendo, mesmo que configure trabalho em proveito econômico alheio, entendemos que a prestação com ânimo puramente benevolente escapa ao conceito da relação de trabalho.

Por outro lado, no tocante especificamente ao trabalho voluntário disciplinado pela Lei nº 9.608/98, os arts. 3º e 3º-A autorizam a previsão de ressarcimento do prestador por despesas efetuadas, além do pagamento de auxílio financeiro. Mesmo não se tratando de parcelas trabalhistas em sentido estrito, tanto que insuscetíveis de gerar obrigações de natureza trabalhista ou previdenciária (art. 1º, parágrafo único da lei citada), pode-se entrever traços de onerosidade nesse tipo de trabalho, sendo sustentável o entendimento no sentido de se caracterizar relação de trabalho. Até de estranhamento do trabalho é razoável se cogitar, em especial na hipótese do trabalho de jovens egressos de unidades prisionais (art. 3º-A, I). Trata-se de questão intrigante, e não cairemos na tentação da opinião definitiva. Aguardemos a sedimentação doutrinária e jurisprudencial.

5.4 Dependência ou subordinação econômica do trabalhador

Se a essência da relação trabalhista é o trabalho em proveito econômico alheio, em regra o trabalhador será a parte vulnerável daquela relação, submetendo-se ao poderio econômico do detentor dos meios de produção. Sendo habitual a prestação (ainda que autônoma) irá advir ainda a dependência econômica do trabalhador em relação ao tomador, a fonte pagadora.

Erigir, contudo, a dependência ou a subordinação econômica do trabalhador à condição de requisitos da relação de trabalho *lato sensu* pode criar um complicador no exame do caso concreto, porquanto haverá hipóteses de genuína relação de trabalho em que aqueles traços surgirão rarefeitos, ou mesmo inexistirão²⁸. É o que ocorrerá no trabalho eventual em que a prestação seja singularmente efêmera, ou em que o prestador ostente destacada afirmação socioeconômica.

27 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 343.

28 Délio Maranhão pondera que mesmo na relação de emprego pode inexistir a dependência econômica do empregado (in: *Instituições de Direito do Trabalho*, 15. ed., LTr, vol. I, 1995, p. 240).

Por essa razão, identificamos a dependência e a subordinação econômica do trabalhador não propriamente como elementos, mas como importantes traços distintivos da relação de trabalho, especialmente em seu confronto com os serviços de consumo.

6 – O ESTRANHAMENTO DO TRABALHO AUTÔNOMO

Analisando as metamorfoses no modo de produção, Márcio Túlio Viana ressalta a utilização crescente de trabalhadores autônomos, não só os falsos, mas também os reais, observando que, graças aos avanços da técnica, a nova empresa pode controlar à distância o processo produtivo, como em retorno ao modelo capitalista primitivo, no qual o capitalista distribuía a matéria-prima entre os camponeses e suas famílias, encomendando-lhes o tecido. E pondera que “nem sempre esses trabalhadores à distância são empregados. Em muitos casos, realmente assumem os riscos do negócio. Seja como for, porém, devem sempre se adequar às rígidas diretrizes da empresa-mãe, da qual dependem economicamente”.²⁹

Sérgio Bologna (um dos autores italianos citados por Viana) entrevê igualmente, nesse *trabalho autônomo de segunda geração*, um retorno às formas de exploração pré-fordista. Bologna ressalta o lado obscuro do trabalho autônomo pós-industrial, que vislumbra como novo filão de produtividade e forma renovada de exploração³⁰.

Pode-se questionar se o trabalho desse “autônomo de segunda geração”, de que cogitam Viana e Bologna, não se enquadra nos conceitos de trabalho por conta alheia e de relação de emprego.

De todo modo existirá a figura do trabalhador que, como um “pequeno empresário”, detém os meios de produção e ao mesmo tempo presta os serviços, por conta própria, ou seja, sem qualquer ingerência do tomador. Ao invés de alienar sua força de trabalho, esse *autônomo genuíno* organiza sua própria produção, alienando apenas o produto do seu trabalho a consumidores ou empresas. Se o tomador dos serviços for empresa ou outro ente produtivo, ainda que a prestação seja genuinamente autônoma restará caracterizado o trabalho em proveito econômico alheio, uma vez que os meios de produção do tomador ativarão o produto daquele trabalho.

29 VIANA, Márcio Túlio. As relações de trabalho sem vínculo de emprego e as novas regras de competência. In: *Nova competência da Justiça do Trabalho*, São Paulo, LTr, 2005, p. 261-262.

30 *Apud* LAZZARATO, Maurício e NEGRI, Antonio. *Trabalho imaterial*, p. 92-93.

É fácil perceber que, no trabalho autônomo, a alienação do trabalho se verifica com mais limpidez que o seu estranhamento. A razão é que a força de trabalho autônoma é alienada ao tomador apenas de forma indireta – e na maior parte das vezes à distância. Ao invés de fiscalizar o trabalho, o tomador controla a qualidade e a quantidade do produto.

Márcio Túlio Viana pondera que, se antes o trabalho por conta própria era uma escolha dos trabalhadores com melhor condição financeira ou aptidão muito especial, hoje ele resta como única opção para um número crescente de trabalhadores³¹.

Pode-se entrever, portanto, no processo de pós-modernização econômica, certa tendência migratória para o trabalho autônomo (já desconsiderados dessa perspectiva os *falsos autônomos*). Como já salientamos, no Brasil a *pós-grande indústria* ainda se infiltra na produção capitalista. Mesmo assim, o trabalho autônomo já representa 23,3% de nossa população economicamente ativa (v. item 5). Por isso vislumbramos no trabalhador autônomo (em especial o autônomo dos dias futuros) o grande *legatário* da ampliação da competência material trabalhista.

7 – PARCERIA RURAL

Ante a ausência de disciplina específica no novo Código Civil, a parceria rural passou a ser regulada exclusivamente pelos arts. 92 a 96 da Lei nº 4.504/64 (Estatuto da Terra).

Entendemos que a hipótese é de autêntica relação de trabalho, porquanto o trabalhador aliena parte do produto de seu trabalho ao parceiro-proprietário, o qual, por sua vez, concorre com a terra nua e, facultativamente, com as instalações e insumos – fazendo, portanto, as vezes do capitalista.

Parte da doutrina enxerga na parceria (agrícola ou pecuária) verdadeiro contrato de sociedade, análogo ao da *sociedade de capital e indústria* – igualmente não regulada pelo atual Código Civil. Divergimos, todavia, dessa interpretação, uma vez que a idéia de uma sociedade é a partilha dos lucros entre os sócios (art. 981 do Código Civil), e não a *repartição dos frutos do trabalho exclusivo de um dos sócios*. É certo que, na sociedade de capital e indústria, a quota de lucros do sócio de indústria será normalmente inferior à dos sócios capitalistas, mesmo porque sua responsabilidade perante os credores

31 Op. cit., p. 269.

será mais restrita. Tal participação, contudo, alcança os *resultados integrais da atividade econômica da sociedade* (e não apenas os ganhos para os quais o sócio concorreu), não se configurando mera alienação (ainda que parcial) do trabalho – como ocorre na parceria rural.

Frise-se que, se os serviços forem dirigidos pelo parceiro-proprietário, a hipótese será de *falsa parceria*, mascarando autêntica relação de emprego (art. 96, parágrafo único, da Lei nº 4.504/64).

Interessante paradigma urbano da parceria rural é o arrendamento de táxi, ambos configurando modalidades de trabalho autônomo em proveito econômico alheio.

8 – COOPERATIVAS DE TRABALHO

Anteriormente sustentamos que, na hipótese de *genuína* cooperativa de trabalho, na qual os cooperados ostentem a condição de autênticos sócios, atendidos os princípios da *dupla qualidade e retribuição pessoal diferenciada*, não haveria relação de trabalho entre o cooperado e a cooperativa, tampouco entre o cooperado e o tomador dos serviços da cooperativa.

O tema merece algum aprofundamento.

O grande óbice à configuração de relação de trabalho entre os (genuínos) cooperados e a empresa tomadora dos serviços reside em que a contraprestação por esta assumida, ao contratar os serviços da cooperativa, abrange o *trabalho de todos os cooperados*. Não parece plausível, portanto, individualizar em relação de trabalho uma *obrigação em si indivisível* (art. 258 do Código Civil). Cogitar, por outro lado, de relação de trabalho entre o cooperado e a cooperativa (referimo-nos novamente à autêntica cooperativa) seria tão ilógico quanto fazê-lo entre o sócio e a sociedade em nome coletivo.

Ocorre que cooperativismo e capitalismo rimam apenas na fonética. A idéia do trabalho cooperado é a produção de bens ou serviços para *autoconsumo* ou consumo alheio³². A partir do momento em que sua produção é apropriada pelo capital (com a contratação dos serviços cooperados por empresa tomadora), o trabalho passa de cooperado a *alienado*.

Tal paradoxo explica por que a quase totalidade das cooperativas contratadas por empresas não passam de sociedades igualmente capitalistas,

32 É o caso das cooperativas de taxistas.

meras agências intermediadoras de mão-de-obra ou, na melhor das hipóteses, empresas prestadoras de serviços. Na segunda hipótese, entre o “cooperado” e a *falsa cooperativa* forma-se vínculo de emprego, podendo ser responsabilizado, de forma subsidiária, o tomador dos serviços (Enunciado nº 331 do C. TST); no primeiro caso, a relação de emprego configura-se diretamente entre o *falso cooperado* e a empresa tomadora dos serviços.³³

9 – TRABALHO EVENTUAL E DESTINAÇÃO PRODUTIVA DIFUSA

Como já assinalamos, mesmo não se incorporando diretamente ao *ciclo produtivo* do tomador, o trabalho eventual beneficia de forma mediata a dinâmica do empreendimento econômico.

Se a exploração do trabalho no capitalismo pós-industrial se exprime em mais-valia não-mensurável, o excedente econômico extraível da prestação de serviço eventual será ainda mais difuso, mas nem por isso deixará de configurar mais-valia apropriável pelo capital.

No exemplo do encanador ou eletricista que prestam serviços ocasionais a uma empresa, o trabalho não se incorpora diretamente ao ciclo produtivo. É inegável, contudo, que com o encanamento dos banheiros e a rede elétrica funcionando, a empresa produzirá mais. Ocorre que o valor pago pelo capitalista por aquele serviço corresponde apenas ao *valor da força de trabalho* – englobando sua natureza e qualificação técnica, mas desprezando o proveito econômico mediato que a empresa irá auferir daquela prestação. Tal excedente econômico, obtido por via reflexa, consistirá na mais-valia que o tomador dos serviços irá extrair daquela prestação de serviço eventual.

Haverá hipóteses de trabalho eventual em que o excedente econômico será ainda mais rarefeito, e a destinação produtiva da prestação dos serviços será ainda mais *difusa*. É o caso, por exemplo, dos serviços de jardinagem prestados por pessoa física a empresa que não explore atividade econômica correlata – por exemplo, um prédio comercial em cuja área externa sejam plantados jardins. Um exame superficial poderá sugerir que a hipótese é de mero consumo dos serviços, inexistindo escopo produtivo naquela prestação. A análise, contudo, deve ser menos simplista, para figurar a complexidade da dinâmica do empreendimento econômico. Se a empresa houve por bem plantar ou reformar seus jardins, ou mesmo embelezá-los com flores exóticas, algum

33 Serão indícios de fraude o trabalho subordinado dos cooperados e a inexistência de retribuição diferenciada.

intento produtivo existiu naquela ação, ainda que o mais oculto e sutil: por exemplo, aumentar o bem-estar e em consequência a produtividade de seus empregados; ou mesmo conquistar mais clientes³⁴. O mesmo raciocínio pode ser aplicado aos serviços de decoração de interior, nas dependências da empresa.

10 – PROFISSIONAIS LIBERAIS

Na linha do que sustentamos no item anterior, a prestação pessoal de serviço, ainda que eventual, por profissional liberal em favor de pessoa jurídica ou outro ente produtivo configura relação de trabalho. É o caso de uma empresa que contrata a prestação pessoal e ocasional de serviços médicos ou odontológicos, com o intuito de resguardar a saúde (e em consequência a produtividade) de seus empregados ou diretores.

O que suscita controvérsia na doutrina é o fato de os profissionais liberais serem, tanto no enfoque histórico quanto no socioeconômico, *trabalhadores emancipados*. Na lúcida análise de *Mauricio Godinho Delgado*, trata-se de profissionais que detêm parte significativa dos meios de sua própria produção. Em consequência, “afirmam-se melhor no contexto socioeconômico circundante”.³⁵

Entendemos, no entanto, que tal aspecto não configura elemento definidor de competência. Mesmo sendo, em tese, economicamente emancipado e detendo seus próprios meios de produção, ao prestar serviço pessoal (mesmo que eventual) em favor de pessoa jurídica ou outro ente produtivo, o profissional liberal *aliena* o produto do seu trabalho àquela organização produtiva. Configura-se, portanto, o *trabalho em proveito econômico alheio* e, por consequência, a relação de trabalho, atraindo-se a competência material da Justiça do Trabalho.

É certo que, se aquela prestação for eventual, irá adquirir contornos peculiares, como a ausência de dependência ou subordinação econômica do profissional liberal ao tomador do serviço. O estranhamento do trabalho será tênue. Tais elementos, porém, concernem à esfera do direito material, e por isso entendemos que devem ser determinantes na fixação dos critérios de regulamentação das relações de trabalho *lato sensu*, matéria que abordaremos no item 14.

34 Como enfatizam os consultores de empresas, a aparência é fundamental numa estratégia eficaz para conquistar e manter clientes.

35 DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. *Revista LTr*, v. 70, n. 6, p. 666.

Com referência à cobrança de honorários decorrentes do exercício de mandato oneroso, reportamo-nos ao item 8 de nosso estudo anterior.

11 – TRABALHO EM PROVEITO ECONÔMICO DE INSTITUIÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS

Como já tivemos a oportunidade de salientar, as instituições sem fins lucrativos ocupam posição ativa na economia: são entes produtivos³⁶. Mesmo desenvolvendo-se *à margem da produção capitalista*, as atividades do *terceiro setor* – de caráter predominantemente assistencial – têm conteúdo econômico, produzindo bens ou serviços para a satisfação de necessidades humanas. Para tal fim, aquelas entidades utilizam-se da força de trabalho alheia como fator de produção³⁷.

O conceito justrabalhista de *instituição sem fins lucrativos* deve abranger, além das associações, fundações e entidades filantrópicas, também os partidos políticos, entidades sindicais e condomínios residenciais. Inexistindo finalidade lucrativa naquelas atividades, tampouco há que se cogitar de *mais-valia* – o que não inibe tais entidades de extrair proveito econômico da relação de trabalho, na medida em que têm a seu dispor a força de trabalho e os meios de produção.

Cumprе salientar que certas instituições não-lucrativas produzem valor de troca (é o caso das instituições de ensino). Outras, como as entidades beneficentes, somente podem comercializar bens ou serviços para a manutenção de sua obra social. De todo modo, toda instituição sem fins lucrativos gerenciará seus gastos e sua receita, podendo acumular reservas – apenas não as distribuirá sob a forma de lucros entre seus dirigentes. Ou seja, o eventual *superávit* da produção não-lucrativa será revertido integralmente à manutenção e desenvolvimento de seus objetivos sociais, ou ao incremento de seu ativo imobilizado (art. 12, § 2º, *b* e § 3º da Lei nº 9.532/97).

Por outro lado, mesmo que inexista excedente econômico na produção não-lucrativa, a relação de trabalho confere-lhe *proveito econômico potencial*, na medida em que o valor de uso da força de trabalho possibilita à entidade sem fins lucrativos a consecução de seus objetivos sociais. Em tal hipótese, o

36 Conforme dados publicados pela *PrimaPagina* em 24/03/2006, as atividades das organizações sem fins lucrativos representam 5% do PIB do Brasil, superando a indústria extrativa mineral.

37 MARANHÃO, Délio, SÜSSEKIND, Arnaldo e VIANNA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. I, p. 290.

proveito econômico auferido pela instituição não-lucrativa é o *óleo* que *faz sua máquina produtiva funcionar*, ativando os serviços de assistência social, caridade, lazer, etc., prestados à comunidade.

Quanto ao trabalho voluntário prestado ao *terceiro setor*, vide tópico 7.3.

12 – TRABALHO DOMÉSTICO *VERSUS* SERVIÇOS DE MERO CONSUMO

A doutrina trabalhista é unânime em afirmar que o trabalho doméstico configura atividade de mero consumo. Tal concepção deriva de uma idéia de atividade produtiva direcionada ao mercado, isto é, vinculada à criação de valores de troca. É certo que *o trabalho doméstico produz apenas valores de uso*, suprimindo necessidades de consumo do próprio tomador (pessoa ou família). Mas isso não anula seu escopo produtivo, como procuraremos demonstrar nas próximas linhas.

Sabe-se que o consumidor é a parte vulnerável em sua relação jurídica com o fornecedor dos serviços. Ora, em se adotando a premissa de que o trabalho doméstico configura atividade de *mero consumo*, a conclusão inevitável e paradoxal a que se chega é que o empregador doméstico é a parte vulnerável no vínculo mantido com seu empregado.

Há mais. Como observou Marx, existe uma mútua dependência e mediação entre produção e consumo. “Sem produção, nenhum consumo.”³⁸ Pois bem, se o trabalho doméstico cinge-se à economia de consumo da pessoa ou família, pergunta-se: – *De que atividade produtiva resulta então o objeto daquele consumo?*

Eis a nossa leitura: quando a família recorre, por exemplo, aos serviços de lavanderia ou restaurante para prover sua subsistência, está consumindo serviços produzidos pelo mercado. Ao contratar o trabalho doméstico, o que faz a família é substituir a atividade produtiva do mercado pela apropriação do valor de uso da força de trabalho contratada. A produção é então deslocada ao âmbito residencial, assumindo nova roupagem, não-lucrativa. Não se destinando ao mercado ou à comunidade, a *produção doméstica* resta invisível nos gráficos do PIB (do mesmo modo que o produto da agricultura de subsistência, comum no meio rural). Mas, como já ressaltamos, a destinação produtiva dos serviços, para o fim de caracterização da relação de trabalho, é aferida em análise

38 MARX, Karl. *Grundrisse: Foundations of the Critique of Political Economy*, p. 93.

microeconômica. Logo, se o trabalho doméstico é improdutivo para a economia do país, no âmbito da relação de trabalho por certo ele é produtivo.

Na relação de trabalho doméstico, *o trabalhador aliena sua força de trabalho à pessoa ou família* e esta, detendo atípicos “meios de produção”³⁹, adquire a *capacidade de dispor daquela força de trabalho*.

Estudando o processo de produção da mais-valia, Marx⁴⁰ enfatiza que o valor de uso específico da força de trabalho consiste em ser ela fonte de valor, e de mais valor que o pago por ela. Como o vendedor da força de trabalho aliena seu valor de uso, o tomador do trabalho paga o valor diário (ou semanal, ou mensal) da força de trabalho e *adquire seu uso pela jornada inteira*.

Mesmo mirando a produção capitalista, os ensinamentos de Marx elucidam com perfeição o *duplo aspecto do proveito econômico* auferível da relação de trabalho doméstico. Assim é que, mediante um pagamento estipulado, o empregado ou diarista doméstico aliena diretamente à pessoa ou família o uso de sua força de trabalho pela inteira jornada contratada (dia, semana ou mês). Trata-se, portanto, de *valor de uso expansível*, que não se exaure em um serviço individualizado. Imagine-se, por exemplo, que a família receba um parente em sua casa, por uma semana. A empregada doméstica lavará e passará mais roupas, terá mais trabalho na cozinha, o valor de uso de sua força de trabalho será estendido – mas o valor pago por ela não irá variar. Isso porque o valor de uso da força de trabalho já não pertence à empregada doméstica, mas à família que dele se apropriou. Eis o *proveito econômico qualitativo* extraível pelo tomador na relação de trabalho doméstico.

Mas o processo de trabalho doméstico também contém *valor*. Apenas, não sendo a produção doméstica direcionada ao mercado (isto é, não produzindo valor de troca), o *proveito econômico quantitativo* dela extraível, além de não-mensurável, só poderá ser inferido de forma oblíqua, pela diferença potencial entre o custo dos serviços de subsistência oferecidos no mercado e os gastos do tomador doméstico na *produção de subsistência* correlata, que compreenderão – além das despesas com mantimentos e provisões domésticas –

39 Imagine-se o lar como uma *fábrica anômala*, que produzisse apenas para *autoconsumo*. Comporiam seu “capital fixo” o fogão, a geladeira, o ferro e a tábua de passar roupas, a máquina de lavar. Os alimentos *in natura*, detergentes e demais mantimentos, que a família adquire toda semana no supermercado, seriam o “capital circulante”. Apenas, ao invés de ser direcionada ao mercado (o trabalhador poderia estar prestando aqueles mesmos serviços a um hotel ou restaurante, por exemplo), a *produção doméstica* supre necessidades próprias do tomador. Ou seja, a figura do detentor dos “meios de produção” e a do consumidor misturam-se na mesma pessoa: a do tomador dos serviços.

40 MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*, livro I, vol. 1, p. 227-228.

os encargos trabalhistas e previdenciários decorrentes da contratação do trabalho doméstico⁴¹. A potência desse proveito econômico terá ainda mais magnitude nos grandes centros urbanos, onde o custo dos serviços é mais elevado. Pode-se invocar aqui, como mera ilustração, o *princípio da vantagem comparativa*⁴², utilizado pelos economistas para explicar os ganhos de comércio.

Alguém irá argumentar que a família poderia executar os serviços domésticos por conta própria, sem recorrer ao mercado – por exemplo, cozinhando, lavando e passando suas próprias roupas⁴³. Ora, mas também o *microempresário* (por exemplo, o proprietário de um pequeno estabelecimento comercial) seria capaz de, em tese, exercer as funções do balconista ou caixa que contratou, e isso não invalida a lógica de que existe proveito econômico naquela relação de emprego, em favor do empregador.

Precisamente por configurar *mera potência*, o proveito econômico extraível do trabalho doméstico poderá não se verificar no caso concreto⁴⁴.

Quanto ao argumento de que a economia política clássica e a teoria marxista consideravam improdutivo o trabalho dos criados, há que se considerar que, à época, a exploração capitalista dos serviços era insignificante. Por conseguinte, o trabalho no âmbito residencial não substituiu a atividade produtiva do mercado, apenas servia ao luxo e à preguiça da elite; não havia naquela prestação conteúdo econômico, sequer presumível. Diversamente, na sociedade pós-moderna a vertiginosa expansão do setor de serviços valoriza cada vez mais a força de trabalho doméstica.

Assunto dos mais intrigantes é a distinção entre o trabalho doméstico e o fornecimento de serviços de consumo no âmbito residencial.

Veja-se: na relação de trabalho doméstico o tomador apropria-se do valor de uso da força de trabalho contratada em substituição à atividade produtiva do mercado. Por se tratar de *valor de uso expansível*, que não se consome em um serviço ocasional, o trabalho doméstico atenderá sempre *necessidade normal*

41 Ou seja, o trabalho doméstico não enriquece a família, mas pode lhe ser econômico.

42 Em *A riqueza das nações*, Adam Smith assim ilustrou o princípio: “a máxima que todo chefe de família prudente deve seguir é nunca tentar fazer em casa o que lhe custará mais caro fazer do que comprar”. (apud MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia*. Thomson Learning, 2006, p. 53).

43 Aqui, pode-se argumentar que a contratação do trabalho doméstico propicia ao seu tomador maior tempo e disponibilidade física e mental para se dedicar à sua atividade profissional, na qual auferir remuneração mais vantajosa que aquela paga ao empregado ou diarista doméstico.

44 Como poderá acontecer de alguém contratar o empregado ou diarista doméstico sem pretender extrair proveito econômico obliquo daquela prestação – mas sempre com o *potencial* de obter aquela vantagem.

da pessoa ou família, no âmbito residencial (isto é, *não profissional ou comercial*). É o caso dos serviços de cozinheira, lavadeira e passadeira de roupas, faxineira, caseiro, jardineiro, motorista, segurança, enfermeiro, babá ou acompanhante, dentre outras formas menos comuns de trabalho doméstico.

Na relação de consumo, ao contrário, o serviço supre, em geral, *necessidade fortuita* do tomador. O valor de uso produzido pelo fornecedor do serviço é *não-expansível*, esgotando-se em um serviço específico – e por isso o tomador não tem a capacidade de dispor daquela força de trabalho. O fornecedor detém, em regra, os meios de produção (ferramentas), exercendo sua atividade produtiva em proveito econômico próprio, e *alienando apenas o produto do serviço ao tomador* – e como este não detém os meios de produção adequados para ativá-lo, não pode extrair proveito econômico da relação jurídica. Por estar resolvendo um problema ocasional no âmbito residencial, o tomador, ao invés de substituir a atividade produtiva do mercado, *traz o mercado para dentro de sua casa e consome ali dentro o mesmo serviço ofertado lá fora*. O consumidor doméstico é a parte vulnerável da relação jurídica. É o caso dos serviços de encanador, eletricista, conserto de utensílios domésticos em geral – muitos dos quais poderiam ser fornecidos ao tomador fora do âmbito doméstico.

Por outro lado, a contratação direta dos serviços de arquiteto ou engenheiro em obra residencial configura, a nosso ver, relação de trabalho (*não-doméstica*), considerando que a construção, adquirindo valor no mercado, confere proveito econômico ao dono da obra.

Por fim, é interessante observar que a categoria do trabalhador doméstico biparte-se nas figuras do empregado e do diarista – ambos prestando serviços de forma subordinada⁴⁵. *A subordinação jurídica é, portanto, pressuposto da relação de trabalho doméstico*. Isto porque, diversamente do que ocorre na atividade econômica (onde o produto do trabalho pode ser apropriado à distância e destinado à produção de valores de troca), no âmbito residencial (onde só se produzem valores de uso) somente o valor de uso da força de trabalho diretamente alienada (isto é, subordinada) é expansível e capaz de conferir proveito econômico ao seu tomador. O que significa dizer que, no âmbito doméstico, o trabalho autônomo configura sempre relação de consumo⁴⁶.

45 Distinguindo-se o vínculo de emprego doméstico pela *continuidade* da prestação dos serviços (art. 1º da Lei nº 5.859/72).

46 Divergimos, portanto, dos doutrinadores que classificam o diarista doméstico como trabalhador doméstico autônomo.

DOCTRINA

De todo modo, a subordinação será presumida na prestação pessoal de serviços que atendam necessidade normal da pessoa ou família, incumbindo a esta, conforme o caso, demonstrar em Juízo que a hipótese era de mero consumo (ainda que continuado) de serviço prestado sem subordinação. É o que ocorre, por exemplo, na contratação de aulas particulares no âmbito residencial⁴⁷.

13 – SUGESTÃO DE UM CONCEITO LEGAL À RELAÇÃO DE TRABALHO *LATO SENSU*

Partindo da assertiva de que o serviço prestado por pessoa física a ente produtivo, de forma onerosa, configura sempre relação de trabalho (ainda que eventual), formulamos nossa proposta de um conceito plástico e abstrato da relação de trabalho *lato sensu*:

Caracteriza relação de trabalho a prestação onerosa de serviço por pessoa física em proveito de pessoa jurídica, profissional liberal, instituição sem fins lucrativos ou outro ente que produza bens ou serviços para o mercado.

Parágrafo único. Não descaracteriza a relação de trabalho a constituição de pessoa jurídica para a prestação de serviços intelectuais, científicos ou artísticos, desde que seu titular preste pessoalmente os serviços, ainda que contando com auxiliares.

Repare-se que o conceito proposto abrange a empreitada contratada a pessoa física (ainda que no âmbito residencial), porquanto, em tese, a obra valoriza o bem no mercado.

Nossa proposição de um conceito legal da relação de trabalho doméstico:

Caracteriza relação de trabalho doméstico a prestação onerosa e subordinada de serviços por pessoa física, no âmbito residencial, atendendo necessidade normal de pessoa ou família, sem finalidade lucrativa.

14 – EXTENSÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS ÀS RELAÇÕES DE TRABALHO *LATO SENSU*

Passados quase três anos da publicação da EC 45/04, pouco se vê o genuíno trabalhador autônomo, o eventual ou o estagiário nos corredores e

47 Frise-se que as aulas poderiam ser tomadas na residência do professor, ou em qualquer outro local, sem se transfigurar a natureza da prestação.

salas da Justiça do Trabalho, pleiteando seus direitos como “trabalhadores não-empregados”. E a razão é singela: aqueles direitos não existem. Se a ampliação da competência material trabalhista configurou inegável avanço político, ao concentrar no âmbito jurisdicional trabalhista as lides envolvendo a relação de trabalho, não menos certo é que, sem normas de direito material trabalhista a preenchê-la, a relação de trabalho *lato sensu* não passará de um conceito teórico, e a ampliação da competência trabalhista, norma vazia.

Maurício Godinho Delgado observa que “a oferta de trabalho no capitalismo, inclusive o brasileiro, tende a não gerar para o prestador de serviços vantagens econômicas e proteções jurídicas significativas, salvo se induzidas ou impostas tais proteções e vantagens pela norma jurídica”. E cogita a possibilidade da extensão de alguns dos direitos fundamentais trabalhistas aos trabalhadores eventuais e “certa fração hipossuficiente dos autônomos”.⁴⁸ Gabriela Neves Delgado⁴⁹ acentua que a regulamentação das relações de trabalho, sobretudo em tempos de flexibilização e desregulamentação de direitos, serviria de importante instrumento de consolidação da *identidade social do trabalhador* e de viabilização do *trabalho digno*.

É interessante observar que art. 7º da Constituição Federal, ao elencar os direitos fundamentais trabalhistas, nomina os *trabalhadores urbanos e rurais* como seus titulares. Ao não se referir restritivamente aos empregados, o texto constitucional abre uma porta à extensão, por via legislativa, de alguns daqueles direitos às “relações trabalhistas não-empregatícias”.

O que se cogita é autêntico processo de *reconstrução do Direito do Trabalho*, que deve ser cercado de toda a cautela necessária a evitar o risco de um abalo ou trinca no ordenamento justtrabalhista e na própria estrutura do mercado de trabalho.

Com muita propriedade, Maurício Godinho Delgado alerta que “a idéia de extensão dos direitos fundamentais a todo tipo de trabalho, *se não manejada com sensatez e prudência*, poderia simplesmente agregar força à tendência de desregulamentação e flexibilização do Direito do Trabalho. É que esta extensão tenderia a supor, por óbvio, a diminuição do rol de tais direitos, em face das inúmeras especificidades dos distintos segmentos de prestadores de serviços.”⁵⁰

48 DELGADO, Maurício Godinho. *Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho*, p. 667.

49 DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*, p. 221.

50 Op. cit., p. 666.

DOCTRINA

Há ainda o risco de uma formalização excessiva acarretar o *engessamento* de algumas relações trabalhistas, depreciando o patamar remuneratório e afetando a *desenvoltura* de alguns trabalhadores no mercado, particularmente os autônomos e eventuais.

Não obstante, se bem projetada e implementada, a regulamentação das relações de trabalho *lato sensu*, além de assegurar a inclusão social dos trabalhadores não-empregados, poderá servir de poderosa ferramenta no combate à fraude e à precarização da relação de emprego, considerando que ambas são estimuladas exatamente pelo vazio normativo que cerca o trabalho autônomo, eventual, de estagiário, etc.

Entendemos que a idéia aventada por Gabriela Neves Delgado⁵¹ de uma *renda social garantida*, criada e mantida pelo Estado, não se confunde com o propósito de regulamentação das relações de trabalho não empregatícias, que é eminentemente contraprestativo. Tampouco nos parece conveniente a criação de um *valor mínimo hora* para o trabalho autônomo ou eventual, medida que, como salientamos acima, poderia *engessar* tais relações de trabalho. A nosso ver, a questão não reside no *valor* da contraprestação, mas no vazio normativo que desprotege aqueles profissionais, enquanto vendedores da própria força de trabalho.

Nessa perspectiva, entendemos mais apropriado um mecanismo de extensão normativa *parcial e escalonada*, que considere as peculiaridades de cada espécie de relação de trabalho. Não se trata de criar subclasses de trabalhadores, muito menos de discriminar os trabalhadores não-empregados. Apenas, se as relações de trabalho não-empregatícias jamais conterão todos os elementos da relação de emprego, a extensão de direitos fundamentais aos trabalhadores à margem da CLT deverá observar essa lógica proporcional.

Como já acentuamos, trata-se de tema delicado, devendo o processo legislativo ser precedido de amplo debate e amadurecimento no meio jurídico trabalhista. Por isso limitaremos-nos aqui à proposição de um esboço de diretrizes para o alargamento da tutela material trabalhista, abertas a complementações e críticas:

- a) *não-regulamentação do serviço eventual prestado por profissional liberal;*
- b) *aplicação dos princípios do Direito do Trabalho à relação de trabalho lato sensu;*

51 Op. cit., p. 228.

DOUTRINA

c) *FGTS: direito fundamental do trabalhador;*

d) *o direito a férias e parcelas resilitórias deve decorrer do trabalho não-eventual a um mesmo tomador.*

Revela-se fundamental, ainda, uma política oficial de incentivo à filiação dos trabalhadores não-empregados à Previdência Social – em especial do trabalhador eventual, que seria inserido em categoria própria, como sugere Gabriela Godinho Delgado⁵².

Concluindo, entendemos plenamente aplicável às relações de trabalho *lato sensu*, independentemente de alteração legislativa, o capítulo V da CLT, referente à saúde e segurança no trabalho (direitos de indisponibilidade absoluta), bem como a responsabilidade do tomador dos serviços pela indenização por danos materiais ou morais decorrentes de doença profissional ou acidente do trabalho, na hipótese de trabalho subordinado ou trabalho autônomo realizado nas dependências do tomador.

52 Op. cit., p. 229.

A CONSTITUCIONALIDADE DO PISO SALARIAL PAULISTA E SUA REPERCUSSÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Manoel Carlos Toledo Filho*

Raul de Mello Franco Júnior**

I – ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

Em face da coexistência de uma multiplicidade de entes federativos autônomos dentro dos mesmos limites territoriais (União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios), obrigou-se o constituinte originário a engendrar a partilha detalhada de suas competências.

Serviu de critério norteador dessa partilha a predominância do interesse a ser atendido ou regulado. Desse modo, é possível verificar entre as competências da União o signo do interesse geral e entre aquelas outorgadas aos Estados, o interesse regional. Também é de fácil constatação, por leitura direta do art. 30 do Texto Maior, que onde se destaca o interesse local emparelham-se as competências municipais. Ao Distrito Federal permitiu-se cuidar de competências regionais e locais.

A técnica de que lançou mão o constituinte, nessa meticulosa tarefa, foi a de enumerar competências em extensas listas, estatuidando regra de fundo para colmatar as hipóteses sem expressa referência, o que se convencionou chamar de competência residual ou remanescente (outorgadas aos Estados-Membros).

As competências foram, por fim, distribuídas em dois grandes grupos: administrativas (exclusivas e comuns) e legislativas (privativas, concorrentes, suplementares e exclusivas).

* *Juiz do trabalho. Mestre e doutor em Direito pela USP. Professor da Escola Paulista de Direito Social.*

** *Promotor de justiça no Estado de São Paulo. Mestre em Direito pela UNESP. Professor de Direito Constitucional do Centro Universitário de Araraquara.*

DOUTRINA

Essa breve e necessária digressão acerca da repartição constitucional de competências (assentada, sobremaneira, nos arts. 21 a 30 da Constituição da República) parece-nos suficiente para compreender a constitucionalidade das leis que passaram a instituir pisos salariais no âmbito estadual, sendo do Estado de São Paulo a iniciativa mais recente.

A abordagem do tema obriga, preliminarmente, traçar a distinção entre salário mínimo e piso salarial. O salário mínimo (salário suficiência) e o piso salarial (salário profissional) são apontados na Constituição Federal como direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais. Nos termos da norma programática do art. 7º, inc. IV, o primeiro tem contornos de salário familiar. Deve ser fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às necessidades vitais básicas desses trabalhadores e de suas famílias, considerando os dispêndios com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. A preservação de seu valor aquisitivo exige reajustes periódicos. O piso salarial, por sua vez, deve ser proporcional à extensão e à complexidade do trabalho (art. 7º, inc. V, CF). A fixação do piso salarial depende de lei, convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa (sucedâneo heterônomo natural da negociação coletiva malfadada), sendo oportuno destacar que a utilização da lei para esse fim já foi objeto de calorosos debates no passado. Hoje, entretanto, é pacífico o entendimento de que o legislador, em iniciativa de caráter protetivo do trabalhador ou para atender certas políticas públicas, pode fixar o piso salarial das categorias profissionais que indicar.

A lei é (no caso do salário mínimo) ou pode ser (no caso do piso salarial), o instrumento formal de imposição de limites compulsórios à autonomia da vontade, no que tange à remuneração do trabalhador. E embora seja possível traçar outras substanciais diferenças entre o salário mínimo (para os trabalhadores em geral) e o piso salarial (para os trabalhadores de profissão, função ou categoria determinadas), é indiscutível que a lei fixadora de um ou de outro é de competência da União. Tal conclusão pode ser extraída da generalidade do interesse e, sobretudo, da inserção da matéria no âmbito do Direito do Trabalho, um dos focos da competência legislativa privativa da União, enumerada no art. 22, inc. I, da Constituição da República.

Mas não há que se confundir competências exclusivas e competências privativas. As últimas, diversamente do que ocorre com as primeiras, são delegáveis. Esta delegação, permitida exclusivamente em favor dos Estados (embora dela também possa usufruir o Distrito Federal, nos moldes do art. 32, § 1º, CF), depende de lei complementar federal. Tal diploma, espraiando autorização a todos os Estados (negar idêntico tratamento a qualquer deles significaria afrontar a vedação do art. 19, inc. III, do texto matriz), pode

DOCTRINA

franquear-lhes o exercício de competência legislativa sobre questões específicas das matérias relacionadas no reportado art. 22. Esta é a dicção do parágrafo único do mesmo dispositivo, estuário do que se convencionou denominar “competência privativa delegada”.

A lei complementar federal nº 103, de 14 de julho de 2000, lavrou autorização expressa aos Estados e ao DF para “instituir, mediante lei de iniciativa do Poder Executivo, o piso salarial de que trata o inciso V do art. 7º da Constituição Federal para os empregados que não tenham piso salarial definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho”. Pelo menos uma categoria profissional foi expressamente referida na lei autorizadora: a dos empregados domésticos, já anteriormente amparados, no texto constitucional, com a garantia do salário mínimo (art. 7º, parágrafo único, da CF).

O exercício dessa competência, que é facultativo, sofre ainda algumas limitações expressas: a lei estadual não pode ser produzida no segundo semestre do ano em que se verificar eleição para os cargos de Governador dos Estados e do Distrito Federal e de Deputados Estaduais e Distritais e também não pode alcançar a remuneração de servidores públicos municipais. Válidas as cautelas da lei autorizadora, seja como forma de obstar o uso eleitoral da normatização, seja para preservar a autonomia administrativa dos Municípios. É necessário acrescentar, ainda, que o piso remuneratório estabelecido para qualquer categoria indicada na lei não poderá ser inferior ao salário mínimo estabelecido pela legislação federal, sob pena de evidente inconstitucionalidade da regra, haja vista que a idéia norteadora da fixação do piso salarial é ampliar o arco de proteção do trabalhador.

Nesse espaço criado pela autorização federal é que veio a lume, no Estado de São Paulo, a *Lei nº 12.640, de 11 de julho de 2007*, instituindo, no âmbito estadual, pisos salariais para os trabalhadores de diversas categorias, e cujos efeitos, no âmbito específico das relações de trabalho, serão objeto de análise a seguir.

II – ASPECTOS TRABALHISTAS

Dentro da órbita das relações de *trabalho subordinado* – vale dizer, das *relações de emprego* – não pode haver dúvida de que o seu ponto mais importante, o seu eixo central, está diretamente relacionado à *remuneração* devida pelo empregador àquele que lhe presta serviços.

Remuneração é um termo *equivoco*. Costuma ser utilizado tanto para significar o conjunto de prestações pecuniárias devidas ao empregado, sejam

DOUTRINA

elas fixas ou variáveis, e sujeitas ou não à implementação de condições especiais (horas extras, comissões, gratificações, gorjetas, adicionais), quanto para expressar a contrapartida direta e elementar a ser paga ao laborista (o seu salário, ou ainda, o seu *salário-base*).

De todo modo, é irrefragável que o pagamento feito ao empregado funciona como justificativa política e jurídica do estado de *sujeição fática* em que este se coloca. As limitações que o contrato naturalmente estabelece à sua *liberdade pessoal* – obediência a horários, observância de regras ditadas pelo ambiente patronal, acatamento de uma disciplina mais ou menos rígida de mourejo, inclusive, por vezes, com drástica redução dos momentos de lazer e convivência familiar – somente poderão ser reputadas legítimas na exata medida em que o prestador de serviços seja devidamente remunerado por elas. Do contrário, não se estará diante de uma relação de índole contratual, mas de uma mera *exploração abusiva* de mão-de-obra, apta inclusive a sofrer reprimenda penal.

Do exposto acima facilmente se extrai que, se pagar é importante, mais ainda o será o *valor mínimo* a ser pago. Remunerar menos do que se deve, adimplir um importe insatisfatório, concretizar uma contraprestação pecuniária insuficiente, representa um comportamento que pode ocasionar efeitos tão deletérios quanto nada pagar. E, como corolário, sobressai deste contexto a pertinência e a relevância da referida lei estadual paulista nº 12.640, que criou três diferentes pisos salariais nesta unidade da Federação (R\$ 410,00, R\$ 450,00 e R\$ 490,00).

Seu objetivo é claro: busca proteger certas categorias específicas de trabalhadores os quais, porque supostamente menos organizados no plano institucional (esfera heterônoma de regulação) ou sindical (esfera autônoma de regulação), necessitariam de uma postura mais pró-ativa do ente federado no resguardo de seus interesses, notadamente do maior deles, a saber, o seu *salário* (com evidente destaque para os *empregados domésticos*, uma categoria historicamente desprotegida e, por isto mesmo, sem dúvida, a principal beneficiada pela inovação). Daí o motivo, igualmente, da ressalva expressa feita aos servidores públicos, mercê da presunção de que estariam os mesmos desde logo amparados por um arcabouço suficiente de proteção ao conteúdo de sua relação laboral. Tal é o quanto dimana do teor de seu art. 2º, que ademais apenas reproduz a limitação contida no art. 1º da supra-examinada lei complementar nº 103 (valendo assinalar que a menção ao contrato de aprendizagem seria inclusive desnecessária, visto que sua disciplina, como ali mesmo se esclarece, é inteiramente regida por lei federal).

DOCTRINA

E aqui emerge um aspecto bastante importante do novel diploma: ele tem sua eficácia restrita, *exclusivamente*, àqueles segmentos que, nesta dimensão particular, *não possuam normas estatais ou convencionais que lhes sejam específicas*. Sem a prévia consecução desta circunstância, o piso salarial estadual *não terá incidência*. Ou seja, se uma determinada classe de trabalhadores possuir um patamar mínimo remuneratório previsto em lei, convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa, estará, *ipso facto*, afastada a possibilidade de aplicação do preceito estadual. Em outros termos, a disposição estadual atua somente no *vácuo* das demais fontes jurígenas que a esta temática sejam correlativas.

Este ponto, porém, é mais complexo do que à primeira vista possa parecer.

Com efeito: um dos *princípios universais* informadores do Direito do Trabalho é o *princípio de proteção*, em cujo contexto se insere a regra da *norma mais favorável*, segundo a qual, em havendo dois dispositivos *potencialmente* incidentes sobre uma determinada relação de emprego, prevalecerá, *sempre*, aquele que se demonstre *mais vantajoso* para o empregado. Assim, havendo, por exemplo, uma norma convencional prevendo um adicional de periculosidade da ordem de 30%, e uma norma do regulamento da empresa prevendo este mesmo adicional à razão de 50%, incidirá o último, justamente porque mais favorável ao obreiro.

A regra da norma mais favorável se sedimenta, outrossim, na premissa de que a legislação estatal representa, a rigor, um *patamar mínimo*, um *núcleo pétreo*; diante dele, por conseguinte, se poderiam estabelecer *mais direitos*, ou os mesmos direitos, mas com *magnitude superior*; nunca menos direitos, ou direitos com magnitude inferior. E, neste passo, cabe então formular a seguinte indagação: se houver, por exemplo, uma convenção coletiva, concernente a uma das categorias profissionais identificadas pela Lei nº 12.640, estabelecendo um piso salarial *menor* do que aquele garantido pela norma estadual, qual deverá prevalecer? Vale dizer: a norma incidente, nesta hipótese concreta, poderá ser a menos vantajosa ao trabalhador? Estaríamos aqui, enfim e ao cabo, diante de uma exceção à regra da norma mais favorável?

A rigor, duas linhas de raciocínio podem ser desenvolvidas, em ordem a responder a esta perquirição.

Por primeiro, pode-se argumentar que, na verdade, a regra da norma mais favorável não estaria em questão. E isto porque, como já esclarecido, ela necessita, para a sua aplicação, da existência de pelo menos duas normas *potencialmente* incidentes sobre a relação jurídica de trabalho, o que não se verificaria aqui, na medida em que a lei paulista explicitamente dispõe que seu

âmbito de aplicação não atinge relações que já estejam protegidas pela ação de outra fonte legislante. Logo, em se fazendo presente esta, não ocorreria a *potencialidade de incidência* do piso estadual, vale dizer, não haveria duas normas em conflito.

A nosso ver, todavia, a conclusão acertada é outra: como a Lei nº 12.640 se vincula à Lei Complementar Federal nº 03, e como esta, por sua vez, se vincula ao art. 7º da Constituição Federal, não há como perder de vista o que esclarece o *caput* deste preceito: “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à *melhoria de sua condição social*” (destacamos). Ou seja, o constituinte deixou patenteado que qualquer direito que viesse a ser inserido ou criado pela legislação infraconstitucional, deve, *impreterivelmente*, propiciar um *incremento* ao patrimônio jurídico do trabalhador. Assim, tendo vigência uma norma prevendo um determinado nível salarial, ela somente poderá ser afastada da relação jurídica que discipline pelo advento de outra norma que, proveniente embora de fonte distinta, *auente* o nível salarial em questão. Em suma: a regra da norma mais favorável representa, na realidade, a própria *matriz institucional* da Lei nº 12.640.

Por tudo isto, o art. 2º deste diploma somente pode ser interpretado no sentido de que os pisos nele previstos não se aplicam aos trabalhadores que tenham outros pisos definidos em lei federal, convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa, desde que, *em todos estes casos*, os empregados atingidos disponham de níveis salariais mínimos *superiores* àqueles estabelecidos pelo legislador paulista.

III – CONCLUSÕES

1. A Lei Estadual nº 12.640 consubstancia um exemplo típico de exercício, pelo legislador federado, da figura da *competência privativa delegada*;

2. Tal competência, nesta situação específica, tem sua origem e legitimidade calcadas na Lei Complementar Federal nº 103 de 2000, a qual, por sua vez, dimana da autorização contida no parágrafo único do art. 22 da Constituição Federal, que representa, destarte, sob o aspecto constitucional, a *matriz formal* de ambos os diplomas;

3. Já a *matriz constitucional material* de ambas as leis reside no art. 7º da Constituição Federal, cujo *caput* incorpora o princípio universal de proteção, na sua vertente interpretativa de aplicação da norma mais favorável ao trabalhador;

D O U T R I N A

4. Disto resulta que os patamares remuneratórios criados no âmbito estadual somente poderão ser afastados da esfera jurídica de incidência de seus destinatários, quando os mesmos já possuam ganhos salariais superiores por força de fonte legislativa distinta, seja ela de natureza autônoma ou heterônoma.

RELAÇÕES DE TRABALHO: NOVOS PARADIGMAS

Maurício Crespo Rangel*

INTRODUÇÃO

A revolução técnico-científica e gerencial, ativada a partir de fins dos anos 70 com o duplo objetivo de aumentar a produtividade do trabalho e quebrar o poder de negociação do sindicato, resultou em uma sensível alteração na estrutura do mundo do trabalho, com alterações no perfil profissional derivadas da desqualificação, fragmentação e precarização nas relações de trabalho, além de uma desocupação estrutural massiva. Além disso, será possível verificar que a crise do capital gerou novas figuras como a financeirização e a desterritorialização que permitem uma aceleração no processo de centralização e concentração, assim como uma reprodução ampliada que tende a se desmaterializar e se reduzir à fórmula do dinheiro que produz dinheiro.

A partir das mudanças ocorridas nos anos 70, com o advento do Estado neoliberal, intimamente vinculado às necessidades do capital em crise, vislumbra-se a necessidade de se resolver o déficit fiscal, cujas incursões incidem sobre as relações sociais de produção e sobre a correlação de forças entre as classes sociais. O Estado neoliberal surge como instrumento da mundialização do capital. A transferência do patrimônio público/estatal para a gestão direta do capital privado, fazendo largo uso de subsídios, é uma das mudanças básicas, juntamente com a flexibilização dos direitos sociais do trabalho. A crise induzida aos sindicatos e partidos operários e a fragmentação dos sujeitos coletivos reforçam a tendência ao esvaziamento das instâncias de representação política democrática. Assim, verifica-se que a globalização como forma de unificação mundial da circulação de mercadorias e de fluxos financeiros impede a unificação da força de trabalho.

* *Mestrando em Constituição e Relações Privadas. Especialista em Direito do Trabalho. Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Campos/RJ.*

DOCTRINA

O estudo do processo de terceirização comprova a existência de duas modalidades de terceirização, uma ligada à reestruturação produtiva, justificada pela busca de produtividade, qualidade e competitividade, que inclui a transferência de inovações tecnológicas e de políticas de gestão da qualidade para as empresas subcontratadas, e outra, predominante entre as empresas brasileiras, identificada pela redução de custos e pela precarização das condições de trabalho e de emprego.

O impacto da globalização nas sociedades poderá ser avaliado determinando-se em que condições históricas ela vem se desenvolvendo e para quais problemas específicos ela traz uma solução e, também, distinguindo-se o processo atual da tendência de longo prazo que acompanha o capitalismo desde seu princípio, a saber, a expansão dos mercados e do espaço de vigência da relação entre o capital e o trabalho assalariado.

Dois questões emergem como resultados das práticas de globalização e se tornam objeto de preocupação no cenário político, social e econômico dos países: as mudanças no conteúdo do trabalho, face às inovações tecnológicas e organizacionais introduzidas nos processos produtivos, e as mudanças nas formas de emprego.

Entender o processo da globalização poderá conduzir à solução dos problemas relacionados à formação de uma mão-de-obra suficientemente escolarizada, com iniciativa, autônoma, competente e em condições de fazer frente às mudanças decorrentes desse fenômeno e dos problemas relacionados ao desemprego tecnológico e derivados do aumento de produtividade das empresas, problemas esses sentidos, em maior ou menor grau, por todas as comunidades mundiais.

A GLOBALIZAÇÃO

A partir do grande golpe no capitalismo causado pela crise do petróleo de 1973, vivenciam-se várias transformações nas relações entre capital e trabalho, dada sua íntima interdependência. Surgiram, assim, dois movimentos que se entrelaçam e não se separam: a globalização e o regime de acumulação flexível de capital, esse obtido através da reorganização ou reestruturação produtiva.

No problema da globalização, ainda em processo de desenvolvimento, porém, há alguma semelhança com o Império Romano, não somente pelo predomínio generalizado do latim, mas também pela forma como os herdeiros

DOUTRINA

de César tratavam os povos a eles submetidos, respeitando seus usos e costumes, o que favoreceu a grande influência de seu Direito na sociedade ocidental.

Por outro lado, a globalização não resulta do poderio militar e mesmo da hegemonia econômica de dado povo, mas, ao contrário, do progresso das ciências positivas. Foram estas que vieram instaurar uma nova era, caracterizada pela universalização das informações graças aos processos eletrônicos de comunicação, como o demonstra a Internet, processos esses que não se referem a um rei ou a um País, mas representa uma compressão impessoal de todos para todos, em rápido progresso. Ela atinge todas as formas do pensamento humano, todos os setores da cultura, entendida esta como o conjunto complexo de todas as objetivações do espírito no espaço e no tempo.

O primeiro campo por ela atingido foi o econômico, e, mais predominantemente, o mundo financeiro, até o ponto de não haver grandes empresas que sejam apenas nacionais, organizando-se como entidades internacionais em sua estrutura e em seu programa. Basta pensar, por exemplo, na produção de automóveis, cujas peças são feitas em diversas nações, conforme os dados e vantagens dos mercados.

Exemplo de globalização é a União Européia, que chegou à aceitação de uma só moeda, sendo antes a moeda uma monopolizadora expressão da soberania nacional. Por sinal que esta perde força em todos os países, até o ponto de haver uma superconstituição continental com organização própria, inclusive quanto ao Poder Legislativo com seu inovador Parlamento, que é supranacional porque formado por representantes de todos os Estados.

A globalização é fenômeno mundial que interfere em vários aspectos da vida moderna dentre eles nas relações de trabalho. Definir globalização não é tarefa simples, uma vez que ela se apresenta sob várias nuances e em circunstâncias distintas. Arion Sayão Romita¹ auxilia na identificação de vários aspectos que são comuns a esse fenômeno atual. O citado autor esclarece que não é possível definir globalização, mas que é possível identificar vários aspectos que lhe são comuns:

“Trata-se, na verdade, de um conjunto de fatores que determinaram a mudança dos padrões de produção, criando uma nova divisão internacional do trabalho. Poderia ser denominada, mais propriamente, internacionalização da produção e do trabalho. Essa ‘globalização’ será entendida com mais facilidade

1 ROMITA, Arion Sayão. *Globalização da economia e Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 55.

DOCTRINA

se, em vez de se tentar uma definição descritiva, forem relacionados os traços característicos do fenômeno.”² Ainda enumera alguns desses elementos caracterizadores da globalização, são eles:

- A substituição da concepção fordista de produção, embasada em fábricas classicamente organizadas, por organizações flexíveis, sem rigidez, à base de relações contratuais flexibilizadas entre capitalistas e trabalhadores (toyotismo).
- Os meios de transporte e de comunicação facilitam a exploração de atividades econômicas em várias partes do mundo. Há, portanto, maior troca de capitais entre os países.
- A economia passa a se desenvolver em escala mundial, como nunca antes se verificara. Fala-se em mundialização da economia. Os mercados de insumos, consumo e financeiro se internacionalizam, de sorte que a fronteira geográfica torna-se obsoleta.
- O Estado se internacionaliza, mediante processos de integração regional e celebrações de tratados de livre comércio.
- As atividades produtivas se fragmentam e se espalham por vários países e mesmo por continentes, permitindo às corporações multinacionais distribuir seus investimentos pelos territórios onde a legislação lhes seja mais favorável.
- Observa-se uma tendência mundial à democratização da vida política, ganhando relevo a consciência da necessidade de garantia dos direitos humanos, bem como do controle de políticas arbitrárias.

A globalização é fenômeno que atinge o Direito do Trabalho e deve ser estudada com o escopo de compreender essa realidade e propor alternativas ao trabalhador, uma vez que a concepção de trabalho em grandes empresas, durante longos períodos, com produção em massa de bens está em franca decadência. Atualmente, fala-se em flexibilização das relações trabalhistas. Daí a conclusão de Miguel Reale de que, no futuro, não haveria mais Estados nacionais, mas governos executores das diretrizes e determinações comuns, sendo o direito de cada nação a elas sujeito.³

2 Ob. cit., p. 29.

3 REALE, Miguel. *Notas sobre globalização*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/notasglob.htm>>.

DOUTRINA

Do ponto de vista econômico, temos as conseqüências piores, estando os mercados nacionais sujeitos a interferências financeiras externas, de difícil localização, que subvertem, de um dia para outro, a livre concorrência, impondo sua vontade anônima incontrolável. É uma forma de novo imperialismo, contra a qual não foram encontradas medidas de controle eficaz, capaz de dominar uma nação sem ocupar seu território.

A globalização econômica tem, nos últimos dez anos, contribuído para uma profunda mudança das relações sociais do trabalho. Novas técnicas de administração de empresas, geralmente chamadas de “descentralização produtiva”, e os recursos da informática estão sendo empregados em larga escala para racionalizar a atividade empresarial. Se, de um lado, a descentralização produtiva e o uso de uma nova tecnologia geram um aumento de competitividade das empresas, de outro lado reformulam completamente as relações de trabalho e, por conseqüência, as normas jurídicas trabalhistas. Se o modelo “fordista” de organização da empresa pressupõe a subordinação direta dos trabalhadores concentrados em grandes estabelecimentos, o modelo “toyotista”, que em menor ou maior escala, está sendo adotado pelas empresas no mundo inteiro, baseia-se na acumulação flexível e com isso conta apenas com um núcleo de trabalhadores polivalentes.

O acréscimo de demanda de trabalho, na empresa administrada com o método toyotista, é suprido por empresas que fornecem serviços ou peças “just in time”. A empresa organizada dessa forma agrega em volta de si uma série de empresas satélites para as quais ela terceiriza os serviços. O fenômeno da descentralização produtiva, dessa maneira, é chamado também de terceirização. As relações de trabalho nessa nova organização da atividade empresarial sofrem grandes mudanças que se desdobram também no direito do trabalho. A descentralização produtiva recorre a relações de trabalho triangulares capazes de envolver a empresa principal com uma verdadeira rede de subcontratadas que muitas vezes atuam, conforme o caso, na ilegalidade.

Essas mudanças promoveram a desintegração e a desarticulação da cadeia produtiva, acarretando a destruição de parte significativa da estrutura produtiva e do emprego, ao invés de gerá-los. De um lado, houve falência, fusões, aquisições de empresas, privatizações contribuindo para redução dos postos de trabalhos, do outro lado, as empresas buscam se adaptar às novas exigências de competitividade, para aumentar a produtividade e qualidade dos produtos.

A reestruturação produtiva, também, tem implicações espaciais, ocorrendo assim a descentralização produtiva ou realocação industrial, em

DOCTRINA

que as empresas passam a buscar lugares onde a mão-de-obra seja mais barata e não tenha “deseconomias de aglomeração”.

Outro elemento a ser destacado na conjuntura da reestruturação produtiva é a participação da mulher na força de trabalho e o incremento do trabalho em domicílio e da terceirização em vários setores produtivos. A terceirização é vista como solução para a redução dos custos e do aumento da competitividade, porém multiplica-se o número de subempregados ou mesmo de desempregados, de trabalhadores temporários e de prestadores de serviços em domicílio (ou no país distante da sede), gerando fragmentação da classe trabalhadora, dispersada geograficamente, redução das relações e das garantias sociais.

Há nos dias atuais outras formas de relação de trabalho, fruto da reestruturação produtiva, chamadas parassubordinação jurídica, como, por exemplo, os representantes comerciais, trabalho em domicílio, teletrabalho e outros, em que a subordinação jurídica é mitigada, mas ainda existe a dependência ao empresário (art. 3º da CLT).

A parassubordinação é figura conhecida da legislação italiana, reunindo “*una serie di rapporti di collaborazione che, pur formalmente autonomi, presentano (apresentando) affinità col lavoro subordinato specialmente sotto (sop) il profilo socio-economico*”.⁴ A figura veio desmistificar, no século XX, o maniqueísmo do trabalho subordinado *versus* trabalho autônomo. No Brasil, seu melhor exemplo está na Lei nº 4.886/65, que disciplina as relações de representação comercial autônoma. Com efeito, o Estado, cada vez mais, deixa de ser fonte principal de normas no âmbito do Direito do Trabalho.

REESTRUTURAÇÃO PRODUTIVA

A passagem do modelo rígido fordista de acumulação de capital passa a ser substituído pelo modelo flexível do toyotismo muito utilizado no Japão e difundido em todo o mundo globalizado. A flexibilidade é o ponto chave desse novo sistema como solução para uma nova escalada do capitalismo em busca da acumulação de capital.

Para alcançar tal objetivo, busca-se a inclusão de países do terceiro mundo como fornecedores de produtos industrializados, onde exista menor regulamentação com relação ao trabalhador e ao meio ambiente, para que se obtenha um baixo custo de produção e uma maior competitividade internacional. Isso

4 NICOLINI, Giovanni. *Manuale di diritto del lavoro*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2000, p. 64.

DOCTRINA

foi mais facilmente alcançado com o advento da Internet e com o desenvolvimento dos meios de comunicação e de transporte no mundo.

O toyotismo também é conhecido como “lean production”, ou produção enxuta, que combina a produção em massa, caracterizada pela rapidez e custo baixo, com produção artesanal, caracterizada pela flexibilidade e qualidade, a fim de adaptar o produto às necessidades dos consumidores, agora em mundo globalizado.

A estrutura verticalizada, onde todas as etapas de produção são ocupadas pela empresa, é substituída pela estrutura horizontalizada, descentralizada e externalizada, cujas características são:

- a) O trabalho em equipe e de cooperação, onde os trabalhadores são responsáveis por si mesmos, organizam seu trabalho e se autocontrolam, para um melhor acabamento do produto, chamados círculos de controle de qualidade (CCQs). Nesse sistema, os trabalhadores são polivalentes e plurifuncionais;
- b) O processo de aperfeiçoamento continuado “kaizen” insere-se na tradição japonesa de aperfeiçoamento do produto, através de pequenas modificações, ao contrário das empresas americanas, que utilizam grandes modificações com o fito de aperfeiçoar e inovar o produto. No modelo japonês o próprio trabalhador sugere as modificações no produto, acumulando as tarefas de execução e de controle de qualidade. É o que se conhece, em tese, como qualidade total;
- c) O “just in time”, que é o fundamento do sistema de produção toyotista, prega o princípio da redução dos estoques ao mínimo possível, sendo a produção, aquisição de matéria-prima e alocação de mão-de-obra regidas diretamente pela demanda e conforme as exigências dos clientes.

Assim, observa-se uma flutuação do número de trabalhadores na empresa conforme o aquecimento ou desaquecimento da produção. Para que esse método funcione, é utilizado um controle de estoque chamado “kaban”, que é um sistema de informação através de cartões colocados nos estoques, contendo informações sobre os mesmos. Quando um determinado produto diminui no estoque, o seu “kaban” retorna para seu departamento responsável e outra remessa é providenciada para recompor o estoque.

Verifica-se, com isso, uma fragmentação estrutural das empresas composta de uma empresa-rede, que centraliza as atividades-fim, e uma série de empresas satélites, que realizam outras atividades intermediárias, mas neces-

DOCTRINA

sárias para a composição do produto final, gerando o fenômeno da terceirização ou externalização.

Os trabalhadores, que no fordismo realizavam somente algumas atividades de sua especialidade, no toyotismo são polivalentes, podendo atuar com certa autonomia e poder de iniciativa. É aparentemente uma evolução, porém existem aspectos negativos. O toyotismo previa um núcleo base de trabalhadores detentores de emprego estável, porém isso não se verificou na prática e mesmo nas atividades nucleares utiliza-se uma alta rotatividade de trabalhadores. Com isso, o desemprego estrutural atinge também os países desenvolvidos.

OS NOVOS CONCEITOS DE EMPREGADO E EMPREGADOR

Ora, a doutrina e jurisprudência majoritárias afirmam que, para que reste configurada a relação de emprego, é necessária a presença de todos os requisitos dela configuradores, insertos no art. 2º da CLT, quais sejam: pessoa física, serviços de natureza não eventual, subordinação e pagamento de salário, além da pessoalidade na prestação dos serviços, este extraído do conceito de empregador, inserto no art. 2º do mesmo diploma legal.

É verdade que a evolução do processo produtivo e das relações comerciais acaba por interferir nas atividades humanas, criando, por vezes, situações híbridas, entre relação de emprego e relação de trabalho autônomo. Também não é menos verdade que estas situações estão a exigir do Direito do Trabalho um posicionamento que contemple esta nova realidade. Esta situação foi brilhantemente expressada pela juíza relatora Alice Monteiro de Barros, do TRT da 3ª Região, em primoroso acórdão prolatado pela 2ª Turma, nos autos do RO nº 17.231/2000, do qual peça vênia para transcrever parte da ementa:

“Relação de emprego e trabalho autônomo. A contraposição trabalho subordinado e trabalho autônomo exauriu sua função histórica e os atuais fenômenos de transformação dos processos produtivos e das modalidades de atividade humana reclamam também do Direito do Trabalho uma resposta à evolução desta nova realidade. A doutrina mais atenta já sugere uma nova tipologia (trabalho coordenado, ou trabalho parassubordinado), com tutela adequada, mas inferior àquela prevista para o trabalho subordinado e superior àquela prevista para o trabalho autônomo. Enquanto continuam as discussões sobre esse terceiro gênero, a dicotomia trabalho subordinado e trabalho autônomo ainda persiste no nosso ordenamento jurídico e, ao lado dos casos típicos, que não ensejam dúvidas, surgem figuras intermediárias que se situam nas

chamadas ‘zonas grises’, cujo enquadramento apresenta-se difícil, denotando certa complexidade e conduzindo a jurisprudência à fixação de alguns critérios práticos para definir a relação concreta...” (publicado no DJMG de 01.11.2000 – *Revista de Direito do Trabalho*. Volume 12, Brasília/DF, Editora Consulex, 2000, pág. 19).

Novas formas de trabalho emergem desse contexto como o teletrabalho ou trabalho à distância, diferente do trabalho em domicílio, pois pode ser realizado também em uma unidade satélite da empresa, longe da sede, mas utilizando-se dos meios tecnológicos para o controle do trabalho, sua principal característica é a parassubordinação. Conforme Antônio Baylos, a parassubordinação, portanto, seria uma categoria intermediária entre a subordinação e autonomia privada.

A PARASSUBORDINAÇÃO

Passou o critério da subordinação jurídica por um processo de revisão crítica, argüindo-se que ele reunia em seu âmbito pessoas de condição social muito diferente, levando o *Direito do Trabalho* a tutelar pessoas que, conquanto subordinadas, não necessitam de proteção, enquanto deixa desamparadas outras que, embora autônomas, padecem de debilidade econômico-social. Assim, houve o reconhecimento de uma espécie de trabalho, constituída pelos elementos de continuidade, coordenação, prevalência pessoal da prestação, desenvolvida sem subordinação, além da debilidade econômico-social do trabalhador, *ratio* da disposição legal mas não componente da nova categoria que ela criou: o trabalho parassubordinado ou a *parassubordinação*.

A parassubordinação, de acordo com Pinho Pedreira, seria admissível no direito brasileiro, a princípio, porque tem como essência a debilidade contratual do trabalhador derivada da sua inferioridade econômica. E a sua inserção em um ordenamento jurídico, ao lado da subordinação, representaria a admissão do critério da dependência *social*, expressão devida a René Savatier e que se traduz num critério segundo o qual o contrato de trabalho, e, por conseguinte, a aplicação do *Direito do Trabalho*, tanto pode resultar da subordinação como da dependência econômica. Não exclui a parassubordinação o critério da subordinação como determinante da aplicação do Direito do Trabalho, mas, ao contrário, a ele se acopla. Portanto, se pudessem a subordinação e a dependência econômica, alternativamente, fundamentar a aplicação daquela disciplina, a parassubordinação se confundiria com a dependência econômica. E seria recepcionada no direito brasileiro, pois o art. 3º da CLT adota como critério de caracterização do empregado, e,

conseqüentemente, do contrato de trabalho, a dependência, que pode ser jurídica ou econômica, embora a jurisprudência brasileira tenha se fixado unicamente no primeiro significado.

Ocorre que não há equivalência entre parassubordinação e dependência econômica. Basta recordar que esta última exige a absorção integral e regular da atividade do prestador de serviço, de modo a tomar aquele todo o seu tempo.

O contrário ocorre na parassubordinação, em que, nos termos do projeto aprovado pelo Senado italiano, como regra geral não pode ser imposto ao trabalhador horário algum, ficando o usuário dos serviços impossibilitado de absorver totalmente a atividade do prestador de serviços. Ademais, a dependência econômica e a dependência social determinariam a aplicação do Direito do Trabalho porque configurariam o contrato de trabalho, enquanto a parassubordinação necessita do contrato de trabalho para a aplicação do direito laboral.

Como se observa, nada obsta o acolhimento da parassubordinação pelo direito brasileiro, pela mesma razão que vem conduzindo a Itália à sua aceitação, pelo fato da necessidade de proteção legal a trabalhadores autônomos dela necessitados ou mais do que trabalhadores subordinados, prevalecem também aqui, podendo-se citar como exemplos deles trabalhadores a domicílio, parceiros rurais, sócios de cooperativas, certos agentes ou representantes comerciais, dentre outros. Apesar disso, a legislação brasileira precisará ser modificada para adotar a parassubordinação, pois, no seu estado atual, ela condiciona a aplicação do Direito do Trabalho aos trabalhadores que prestem serviços sob dependência, entendendo os tribunais esse vocábulo como subordinação. A lei que incorporar ao nosso direito o critério da parassubordinação deverá dizer quais as normas do Direito do Trabalho estendidas aos trabalhadores parassubordinados.

A TERCEIRIZAÇÃO

Outra emergente forma de trabalho é a terceirização, que pode ser adotada por uma empresa não apenas quanto aos serviços, mas também quanto a bens ou produtos. Assim, podem ser estabelecidos contratos de natureza civil – empreitada, subempreitada, prestação autônoma de serviços e parceria – ou contratos de natureza mercantil – *engineering*, *franchising*, contrato de fornecimento, concessão mercantil, consórcio, assistência técnica e representação comercial autônoma.

Não é um fenômeno recente, pois já na época das Corporações de Ofício praticava-se o “putting-out system”, segundo o qual os comerciantes usavam a

subcontratação de camponeses, fornecendo a matéria-prima e até mesmo as ferramentas, para que os trabalhadores do meio rural retornassem esse material acabado ou semi-acabado, burlando, dessa forma, o monopólio das corporações.

Mauricio Godinho Delgado define a terceirização como “*fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justrabalhista que lhe seria correspondente*”.⁵ Carmen Camino enfatiza que na terceirização os elementos típicos da relação de emprego são analisados de modo mais flexível, a fim de permitir a delegação de certas atividades da empresa a terceiros.⁶

Daí dizer-se que a terceirização integra o processo de “flexibilização do direito do trabalho”. Para arrematar, José Martins Catharino, acrescenta que “*‘terceirização’ é meio da empresa obter trabalho de quem não é seu empregado, mas do fornecedor com quem contrata. Ter quem trabalhe para si, sem ser empregado, é a razão básica da ‘terceirização’.*”⁷ Em princípio, a base da terceirização é o repasse de serviços ou atividades especializadas para outras empresas que detenham melhores condições técnicas para realizá-los. É técnica de administração e não de gestão de pessoal.⁸

A Suécia, a Espanha e a Itália proíbem a terceirização sob a forma de trabalho temporário. A Bélgica, a Dinamarca, a Noruega, os Países Baixos e a França têm regulamentação para a matéria. A Alemanha, a Inglaterra, a Suíça, a Irlanda e Luxemburgo permitem a terceirização, embora sendo desregulamentada, com espaço para a negociação coletiva.

A Argentina, a Colômbia e a Venezuela admitem a terceirização. O México a proíbe, salvo restritas exceções legais, e o Peru limita a possibilidade dessa contratação.

No Japão e nos “tigres asiáticos” (Coréia do Sul, Taiwan, Hong Kong, Cingapura, dentre outros) a terceirização é prática comum e amplamente utilizada. Há no Japão lei específica, existindo sindicato dos trabalhadores subcontratados e necessidade de autorização do Ministério do Trabalho para o funcionamento das fornecedoras de mão-de-obra.

5 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 417.

6 CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 235-6.

7 CATHARINO, José Martins. *Neoliberalismo e seqüela: privatização, desregulação, flexibilização, terceirização*. São Paulo: LTr, 1997, p. 72.

8 CARELI, Rodrigo Lacerda. *Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 74-77.

DOCTRINA

Merece destaque o art. L 125-1 do Código do Trabalho francês:

“Toda operação com fim lucrativo de fornecimento de mão-de-obra que tiver por efeito causar um prejuízo ao trabalhador afetado ou frustrar a aplicação das disposições da lei, do regulamento ou da convenção ou acordo coletivo de trabalho é proibida.”

O nosso ordenamento jurídico não disciplina a totalidade das situações existentes na sociedade brasileira envolvendo a terceirização de serviços, mas prevê algumas situações em que tal instituto é permitido: o trabalho temporário, tratado na Lei nº 6.019/74, e o trabalho de vigilância bancária, na Lei nº 7.102/83.

Com a Lei nº 8.863/94 a hipótese de terceirização na área de vigilância foi ampliada para toda a área de vigilância patrimonial, pública ou privada, inclusive para pessoa física. Portanto, trabalho temporário e vigilância patrimonial são as duas hipóteses expressamente previstas em lei para a terceirização, sendo o serviço de conservação e limpeza autorizado de forma anômala pelo TST, através de enunciado.

A Lei nº 8.949/94 introduziu na CLT um parágrafo único em seu art. 442, estimulando as terceirizações por meio de cooperativas. Deve-se ter presente que a utilização de cooperativas de trabalho em atividade-meio é plenamente viável, com o trabalho por conta própria dos cooperativados. No entanto, a terceirização por meio de cooperativas de mão-de-obra é temerária, pois a fraude é praticamente certa, visto que haverá intermediação de mão-de-obra sem que a cooperativa esteja enquadrada na Lei nº 6.019/74, que admite essa intermediação apenas por meio das empresas de trabalho temporário.

Para tentar preencher o enorme vácuo legislativo, o TST publicou, em 1986, o Enunciado 256 de sua Súmula de Jurisprudência:

“Nº 256 – Contrato de prestação de serviços. Legalidade:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.”

Extremamente restritivo, o entendimento sumulado sofreu fortes críticas do setor empresarial e, cedendo às pressões, o TST revisou o Enunciado 256, publicando o desastroso Enunciado 331 em fins de 1993:

“Nº 331 – Contrato de prestação de serviços. Legalidade:

DOUTRINA

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).”

Até os dias de hoje a jurisprudência está se debatendo na tentativa de definir o que seja “atividade-meio do tomador” para fixar os limites da licitude da terceirização. Além disso, com a previsão de responsabilidade subsidiária do tomador de serviços o processo de execução tem se delongado desnecessariamente.

A RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS NA TERCEIRIZAÇÃO

a) Subsidiária – item IV do Enunciado 331 do TST

Ainda que regular a terceirização, com a manutenção do vínculo empregatício entre o trabalhador terceirizado e a prestadora de serviços, o item IV do Enunciado 331 do TST prevê a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços diante do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, desde que tenha participado da relação processual e conste do título executivo judicial (exigência inspirada no Enunciado 205 do TST, cancelado em 21.11.03, o que pode refletir no Enunciado 331). A condenação subsidiária decorre da culpa *in eligendo* e da culpa *in vigilando*, com base no *caput* do art. 927 do Código Civil de 2002.

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

DOCTRINA

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Deve ser observado que o verbete jurisprudencial prevê tão-somente o “*inadimplemento das obrigações trabalhistas*” para a condenação subsidiária do tomador. Logo, verificado o inadimplemento, o tomador de serviços é, de plano, responsável subsidiariamente. Não há necessidade de “*prova efetiva da inidoneidade financeira da real empregadora*”, como sustenta corrente minoritária da doutrina e jurisprudência. As sentenças trabalhistas costumam demonstrar a inidoneidade das prestadoras de serviços pela revelia ou ausência a audiências de prosseguimento – o que é usual na prática forense – bem como pela ausência de documentação exigida por lei, quando tais fatos são meros reforços de argumentação diante do inadimplemento constatado nos autos do processo, que é suficiente para a condenação subsidiária do tomador.

b) Solidária – fraude

Na hipótese de fraude aos preceitos trabalhistas pela prática de terceirização ilícita incidirá o art. 9º da CLT, sendo considerados nulos de pleno direito os atos relativos à “terceirização”, formando-se o liame empregatício diretamente com o tomador. O terceiro que participou da fraude como “empresa prestadora de serviços” responderá solidariamente, com base no art. 942 do Código Civil de 2002.

“Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.”

c) Solidária em todos os casos

Jorge Luiz Souto Maior⁹, partindo da idéia de que tanto na terceirização como no grupo econômico é verificada a formação de uma cadeia produtiva que se aproveita conjuntamente da força de trabalho fornecida pelo trabalhador, ainda que de forma horizontal na terceirização, defende a responsabilidade solidária do tomador e do prestador de serviços em todos os casos de descumprimento à legislação trabalhista.

9 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Trabalho descentralizado. A terceirização sob uma perspectiva humanista*. Disponível em: <<http://www.jusvi.com.br>>.

DOUTRINA

Ataca o benefício de ordem da responsabilidade subsidiária sustentando que, a par do que ocorre no art. 827 do nosso Código Civil de 2002, este deve ser invocado pela parte, que deverá nomear bens do devedor principal suficientes para solver o débito:

“Art. 827. O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor.

Parágrafo único. O fiador que alegar o benefício de ordem, a que se refere este artigo, deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito.”

Diante da exigência do art. 265, do Código Civil brasileiro de 2002:

“Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes...”

Propõe a aplicação analógica do art. 455 da CLT, que se ajusta perfeitamente à situação de terceirização:

“Art. 455. Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

Parágrafo único. Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.”

Propõe o abandono do elemento culpa, quer *in eligendo* ou *in vigilando*, atraindo a noção de culpa objetiva decorrente da responsabilidade civil prevista no parágrafo único do art. 927 do Código Civil:

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Destaca, ainda, o disposto no art. 187 do CC/02:

DOCTRINA

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Souto Maior, repudiando a responsabilidade subsidiária e o benefício de ordem em favor do tomador dos serviços, conclui: “Não há incidência possível nesta situação da regra de que ‘a solidariedade não se presume, resultando da lei ou da vontade das partes’ (art. 896, antigo CC; art. 265, atual Código), porque a solidariedade em questão é fixada por declaração judicial de uma responsabilidade civil, decorrente da prática de ato ilícito, no seu conceito social atual. Aliás, neste sentido, a regra do artigo 265 não parece nem mesmo ser afastada, vez que a solidariedade declarada, com tais parâmetros, decorre, agora, da própria lei (art. 942, atual Código)”.

“Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.”

A TERCEIRIZAÇÃO PELAS ENTIDADES ESTATAIS

Por força do art. 37, II e § 2º, da Constituição Federal, é vedado o estabelecimento de vínculo empregatício com o ente público tomador de serviços, ainda que na realidade dos fatos muitas vezes seja possível constatar a existência de típica relação de emprego entre o trabalhador “terceirizado” e o tomador de serviços.

A Administração Pública é o exemplo mais recorrente de abusos quando se fala em terceirização. Terceirizam-se serviços públicos intrinsecamente ligados à sua atividade-fim, de forma escancarada e indiscriminada, como a coleta do lixo urbano. Desenvolve-se a relação com o “terceirizado” com acentuado poder de comando *versus* subordinação jurídica, renovando infinitamente aquele mesmo funcionário naquele mesmo posto de serviço “porque trabalha tão bem há tantos anos”. Basta alterar a prestadora de serviços de tempos em tempos, mediante licitação, mas com a indicação do profissional para determinadas atividades.

Portanto, não-eventualidade, subordinação jurídica, pessoalidade e onerosidade não resultam em reconhecimento de vínculo empregatício com a Administração Pública porque não houve prévia aprovação em concurso público. É que a Constituição Federal de 1988 moralizou e democratizou o acesso ao serviço público, dando uma lição de ética que deve prevalecer sobre o direito fundamental ao reconhecimento da relação de emprego estampado

DOCTRINA

no inciso I de seu art. 7º. É uma questão de sopesar valores, quando entram em aparente conflito duas regras constitucionais.

A responsabilidade da Administração Pública na terceirização é subsidiária, como os demais tomadores de serviços, ainda que tenha tentado esquivar-se por meio do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93. A Resolução 96/2000 do TST alterou o item IV do Enunciado 331 para fazer constar expressamente que a responsabilidade subsidiária estende-se *“inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista”*. Deve ser ressaltado que o § 2º do referido art. 71 prevê a *responsabilidade solidária* da Administração Pública pelos encargos previdenciários resultantes da execução dos contratos por ela firmados:

“Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 28.04.95)

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 28.04.95)”

Em casos de fraude à terceirização, como o desvirtuamento do instituto no intuito de esquivar-se de deveres próprios da Administração Pública, deve ser cogitada a responsabilidade solidária, principalmente diante do previsto no § 6º do art. 37, que adota a teoria do risco administrativo com a responsabilidade civil objetiva. Diz o preceito constitucional:

“Art. 37, § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

CONCLUSÃO

O conceito de trabalho formal está mudando devido às modificações advindas da evolução tecnológica, que tornará cada vez mais informal as relações entre empregado e empregador.

DOCTRINA

O papel tradicional dos sindicatos está em crise devido ao paradoxo entre defender os salários e seu poder aquisitivo ou defender o emprego, seja pela sua manutenção, seja pela geração de novos postos. O sindicato perde sua unidade e força diante do mundo globalizado e produtivamente descentralizado.

Há necessidade emergencial de um tratamento legal à terceirização em nosso ordenamento. As relações jurídicas estabelecidas por meio da terceirização já estão disseminadas em nossa sociedade e presentes em nosso cotidiano. Nesse setor, o Direito não tem acompanhado a dinâmica dos fatos. E a situação fica ainda pior quando o Tribunal Superior do Trabalho tenta legislar sobre a matéria, baixando Enunciados descompassados. Primeiro (Enunciado 256) restringe ao máximo as hipóteses cabíveis, para depois escancarar as porteiras da terceirização, com o parâmetro indefinido da “atividade-meio” (Enunciado 331).

A previsão expressa de responsabilidade solidária das empresas participantes da terceirização, para afastar o obstáculo da responsabilidade subsidiária que vem protelando a efetividade do processo de execução trabalhista. E há muito mais amparo legal para a condenação solidária das empresas do que para a subsidiária.

Antônio Baylos Grau chamou a atenção do público presente à palestra “Direito do Trabalho e democracia”, realizada no Tribunal Superior do Trabalho (TST)¹⁰, para a necessidade de amplo debate a respeito da flexibilização dos direitos dos trabalhadores antes que ela seja incluída na Reforma Trabalhista.

Ele apresentou o exemplo da Espanha como um parâmetro a ser analisado por patrões, empregados e governo Federal no Brasil. Segundo Baylos Grau, a flexibilização de direitos começou na Itália em 1978, com as mudanças nas regras de indenização por demissão – que passaram a ser regidas por acordos coletivos. “A fórmula, para o sistema espanhol, se revelou uma desgraça”, afirmou. “E a Espanha perseverou 20 anos no erro”, acrescentou o professor da Universidade de Castilha – La Mancha. De acordo com ele, o nível de desemprego permaneceu em 15% durante todo o período, “apesar do crescimento econômico registrado nos anos 80”.

Baylos contou que o novo momento vivido na Espanha é de fortalecimento dos contratos de emprego por tempo indeterminado. Isto porque os contratos temporários resultantes da flexibilização acabaram favorecendo a

10 GRAU, Antônio Baylos. Palestra “Direito do Trabalho e Democracia”, realizada no Tribunal Superior do Trabalho (TST), em 20 de outubro de 2004.

DOCTRINA

terceirização e a precarização das relações de trabalho, com a redução cada vez maior dos benefícios concedidos ao trabalhador.

REFERÊNCIAS

- CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.
- CARELI, Rodrigo Lacerda. *Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CATHARINO, José Martins. *Neoliberalismo e seqüela: privatização, desregulação, flexibilização, terceirização*. São Paulo: LTr, 1997.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.
- GRAU, Antônio Baylos. O redimensionamento do Direito do Trabalho na atualidade. Algumas peças do modelo. In: *Direito do Trabalho: modelo para armar*. São Paulo: LTr, 1999.
- _____. Palestra “Direito do Trabalho e Democracia”, realizada no Tribunal Superior do Trabalho (TST), em 20 de outubro de 2004.
- NICOLINI, Giovanni. *Manuale di diritto del lavoro*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2000.
- PINHO PEDREIRA, Luiz de. *Um novo critério de aplicação do Direito do Trabalho: a parassubordinação*. Unifacs.br/revistajuridica/edicao_abril2005.
- REALE, Miguel. *Notas sobre globalização*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos>>.
- ROMITA, Arion Sayão. *Globalização da economia e Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Trabalho descentralizado. A terceirização sob uma perspectiva humanista*. Disponível em: <<http://www.jusvi.com.br>>.

Jurisprudência

CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. ACIDENTE DE TRABALHO. ESTABILIDADE

CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. ACIDENTE DE TRABALHO. ESTABILIDADE. A extinção do contrato de trabalho a prazo determinado típico, ante a intercorrência do acidente de trabalho, coincidirá com o término do período de afastamento para gozo do benefício previdenciário. Em se tratando, todavia, de contrato de experiência – contrato a termo atípico, considerado o ânimo de permanência da relação jurídica que o distingue dos demais –, afigura-se inafastável a conclusão de que a intercorrência do acidente atrai a aplicação do disposto no art. 118 da Lei nº 8.213/91 e dá azo ao reconhecimento do direito à estabilidade ali prevista. A vocação natural do contrato de experiência é converter-se em contrato a prazo indeterminado (tanto que a conversão dar-se-á naturalmente, desde que as partes não se manifestem em sentido contrário), justificando-se plenamente a incidência da proteção legal em favor do empregado acidentado, mormente em se considerando a responsabilidade objetiva do empregador, a quem incumbe zelar pela segurança e higiene do ambiente de trabalho. Recurso de revista conhecido e provido.

(Processo nº TST-RR-65.844/2002-900-04-00 – 1ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso de Revista nº TST-RR-65.844/2002-900-04-00.8, em que é recorrente JORGE DE OLIVEIRA e são recorridas ENGECAMPO ENGENHARIA LTDA. e PERDIGÃO AGROINDUSTRIAL S.A.

“Irresignado com o v. acórdão proferido pelo Eg. Quarto Regional (fls. 173/177), interpõe recurso de revista o Reclamante (fls. 180/191).

O Eg. Tribunal *a quo*, ao julgar o recurso ordinário interposto pelo Reclamante, assim se posicionou: negou-lhe provimento, mantendo a r. sentença no que julgou totalmente improcedentes os pedidos formulados na petição inicial da ação trabalhista.

Insiste agora o Reclamante no acolhimento do recurso de revista quanto aos seguintes temas: contrato de experiência – acidente de trabalho – estabilidade no emprego; e responsabilidade solidária – empresa tomadora de serviços.

Admitido o recurso (fls. 193/194), foram apresentadas contra-razões às fls. 196/200.

É o relatório”, na forma regimental.

JURISPRUDÊNCIA

VOTO

1. CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos comuns de admissibilidade, examino os específicos do recurso de revista.

1.1. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. ACIDENTE DE TRABALHO. ESTABILIDADE NO EMPREGO

“A Eg. Corte Regional, ratificando a r. sentença, entendeu que o Autor, admitido mediante contrato de experiência, não ostenta direito à estabilidade provisória no emprego resultante de acidente do trabalho. A propósito, asseverou:

‘O reclamante foi admitido em 14.01.98 para exercer a função de ‘encanador’, através de contrato de experiência de trinta (30) dias, sendo o término do contrato estipulado para 12.02.98 (fls. 40/41).

O acidente que vitimou o reclamante ocorreu em 21.01.98 (fl. 44). O documento colacionado aos autos à fl. 47 revela que o reclamante ficou afastado em gozo de auxílio-doença acidentário até 16.11.99, configurando-se, neste período, a suspensão do contrato de trabalho.

Em primeiro lugar, há de se referir que o contrato de trabalho celebrado entre o reclamante e a primeira reclamada foi contrato de experiência, como já referido.

Contrato de experiência é modalidade de contrato a prazo certo, que se resolve com o advento do termo final. O fato de o reclamante ter sofrido acidente de trabalho não implica, no caso, na incidência do art. 118 da Lei nº 8.213/91, extinguindo-se o contrato a prazo determinado no seu termo final. Isso significa que ele não se subordina a qualquer outro fator interruptivo ou suspensivo, porque insuscetível de ter seu termo final prorrogado, a não ser pela vontade das partes, porém nos limites estabelecidos em lei (prazo máximo de 90 dias, nele computado uma só prorrogação, arts. 445 e 451 CLT).

Esta, inclusive, é a lição do mestre Arnaldo Süssekind, extraída de sua obra ‘Instituições de Direito do Trabalho’, vol. 1, 16ª edição, p. 701:

JURISPRUDÊNCIA

‘Cabe analisar que no contrato de trabalho a termo, ainda que de experiência, o acidentado não terá garantia de emprego além do prazo estipulado’.

Cita-se, ainda, por oportuno, jurisprudência emanada deste E. TRT a respeito da matéria:

‘CONTRATO DE EXPERIÊNCIA – O contrato de experiência é um tipo de contrato por prazo determinado, a teor do art. 443, § 2º, letra c, da CLT. Por conseguinte, durante seu curso, não há como se falar de aquisição de estabilidade, ainda que provisória, pelo empregado’ (TRT 4ª R., RO 13.848/92, 2ª T., Rel. Juiz Sebastião Alves de Messias, DOE 16.05.1994).

‘ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ACIDENTE DO TRABALHO. Ocorrência de acidente do trabalho na vigência de contrato a prazo determinado, não enseja a incidência do art. 118, da Lei nº 8.213/91. Recurso provido’ (TRT 4ª R, RO 96.027226-7, 1ª T, Relª Maria Helena M. Sulzbach, julgado em 04/2098 (*sic*) – informa jurídico 14).

‘CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. ART. 118 DA LEI Nº 8.213/91. Incompatibilidade do instituto da estabilidade provisória com o da predeterminação do prazo nos contratos de emprego’ (RORA 00293333.950, julgado pela 5ª Turma em 22.10.1998, Rel. Paulo José da Rocha).

Entende-se, pois, que o contrato de experiência, com determinação do seu termo final, não assegura ao empregado a garantia de que trata o art. 118 da Lei nº 8.213/91, incompatível com a contratação por tempo determinado.

Destarte, por todos os fundamentos expostos, não há que se falar em estabilidade provisória do art. 118 da Lei nº 8.213/91, com redação alterada pela MP nº 1.729/98.” (fls. 176/177)

Nas razões do recurso de revista, o Reclamante alega, em síntese, ser viável o reconhecimento da estabilidade ao empregado que sofre acidente de trabalho no curso do contrato de experiência, na medida em que o art. 118 da Lei nº 8.213/91 não distingue a modalidade de contrato de trabalho para esse fim. Transcreve arestos para a caracterização de divergência jurisprudencial.

O segundo aresto de fl. 185 é divergente e específico ao assinalar que ‘a norma legal garantiu a manutenção do contrato de trabalho do acidentado por doze meses, após a concessão do auxílio-doença acidentário, sem distinção

JURISPRUDÊNCIA

quanto à modalidade do ajuste celebrado (art. 11 da Lei nº 8.213/91). Assim, ainda que o acidente ocorra no período de experiência, haverá a garantia de emprego e a conseqüente indeterminação do pacto laboral ex vi legis’.

Conheço, pois, do recurso, por divergência jurisprudencial.”

1.2. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EMPRESA TOMADORA DE SERVIÇOS

“O Eg. Regional manteve a r. sentença no que não reconheceu a pretendida responsabilidade da Segunda Reclamada (PERDIGÃO AGROINDUSTRIAL S.A.) pelo pagamento das verbas trabalhistas porventura reconhecidas ao Reclamante.

Decidiu com espeque no entendimento assim ementado:

‘DONA DA OBRA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre a dona da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro. Orientação jurisprudencial de nº 191 da SDI do C. TST, que se adota como razão de decidir.’ (fl. 173)

No recurso de revista, o Reclamante argumenta que o contrato firmado entre as empresas Reclamadas é de prestação de serviços, e não de empreitada. Transcreve arestos para o cotejo de teses.

Inadmissível, todavia, o recurso.

Sucede que o Reclamante sequer ostenta interesse em obter o reconhecimento da responsabilidade solidária ou subsidiária da Segunda Reclamada, tendo em vista a ausência de condenação ao pagamento de qualquer verba trabalhista na presente ação, julgada totalmente improcedente.

Não conheço.”

2. MÉRITO DO RECURSO

CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. ACIDENTE DE TRABALHO. ESTABILIDADE

Discute-se nos presentes autos se o empregado submetido a contrato de experiência e vitimado por acidente de trabalho tem jus à estabilidade provisória de que trata o art. 118 da Lei nº 8.213/91.

JURISPRUDÊNCIA

Cabe ressaltar, de início, a substancial diferença que separa o contrato de experiência dos demais contratos a termo. Nos contratos celebrados a prazo determinado, não há ânimo de permanência da relação jurídica após o termo final respectivo, previamente avençado. Nesses casos, efetivamente, a consagração do direito à estabilidade constituiria exagero, na medida em que protrairia os efeitos do contrato para período que as partes jamais avençaram. Nos contratos de experiência, ao revés, o ânimo é de permanência da relação contratual; apenas se estabelece um período de prova, por assim dizer, para que as partes possam ajustar-se (ou não) à vinculação laboral. Pode-se dizer, assim, que o contrato de experiência revela-se atípico em relação aos demais contratos a prazo determinado, dadas as peculiaridades que encerra.

De modo geral, esteja em curso um contrato a termo ou um contrato a prazo indeterminado, a intercorrência do acidente de trabalho tem sempre o condão de suspender o curso da relação jurídica laboral. Por incidência do princípio da responsabilidade objetiva, quem responde pelas conseqüências daí resultantes é a empresa, a quem incumbe adotar as medidas necessárias à garantia da segurança e da higiene no ambiente de trabalho. Logo, não é possível a extinção do contrato, independentemente de sua modalidade, no curso do gozo do auxílio-acidente. Tal entendimento encontra guarida na Súmula nº 371 do Tribunal Superior do Trabalho, cujo teor é o seguinte:

“Aviso prévio indenizado. Efeitos. Superveniência de auxílio-doença no curso deste.

A projeção do contrato de trabalho para o futuro, pela concessão do aviso prévio indenizado, tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso, ou seja, salários, reflexos e verbas rescisórias. *No caso de concessão de auxílio-doença no curso do aviso prévio, todavia, só se concretizam os efeitos da dispensa depois de expirado o benefício previdenciário.*” (grifos meus)

Forçoso concluir, em face de tal entendimento, que, verificada a ocorrência do acidente de trabalho no curso de contrato a prazo determinado típico, a extinção contratual coincidiria com o término do período de afastamento para gozo do benefício previdenciário. Em se tratando, todavia, do *contrato de experiência* – contrato a termo atípico, considerado o já referido ânimo de permanência da relação jurídica que o distingue dos demais –, afigura-se inafastável a conclusão de que a intercorrência do acidente atrai a aplicação do disposto no art. 118 da Lei nº 8.213/91 e dá azo ao reconhecimento do direito à estabilidade ali prevista. A vocação natural do contrato de experiência é converter-se em contrato a prazo indeterminado (tanto que a conversão dar-

JURISPRUDÊNCIA

se-á naturalmente, desde que as partes não se manifestem em sentido contrário), justificando-se plenamente a incidência da proteção legal em favor do empregado acidentado, mormente em se considerando a responsabilidade objetiva do empregador, a quem incumbe zelar pela segurança e higiene do ambiente de trabalho.

O entendimento ora esposado encontra respaldo na abalizada doutrina de Mauricio Godinho Delgado, como se vê do seguinte excerto de sua excelente obra “Curso de Direito do Trabalho” (ed. LTr, São Paulo, 3ª edição, p. 570/571 – os destaques são do original):

“Uma última observação deve ser efetivada no tocante à ruptura do contrato de trabalho provisório por implemento de seu termo final ou dispensa antecipada obreira: trata-se das situações laborativas envolvendo afastamento por *acidente do trabalho ou doença profissional*. Há possibilidade de se vislumbrar aqui uma exceção à regra rescisória específica aos contratos a termo (regra também inerente ao pacto da Lei nº 9.601).

Conforme já exposto neste Curso, regra geral, as causas suspensivas do contrato podem atuar, no máximo, como fatores de prorrogação do vencimento dos pactos a prazo, estendendo seu termo final à data do retorno do obreiro ao serviço, sempre sem prevalência de qualquer das garantias de emprego legalmente tipificadas.

Entretanto, nas situações de afastamento por acidente de trabalho ou doença profissional pode-se apreender da ordem jurídica a existência de uma exceção a essa regra geral do art. 472, § 2º, da CLT.

De fato, nesta situação excepcional enfatizada a causa do afastamento integra a essência sociojurídica de tal situação trabalhista, já que se trata de suspensão *provocada por malefício sofrido estritamente pelo trabalhador em decorrência do ambiente e processo laborativos, portanto em decorrência de fatores situados fundamentalmente sob ônus e risco empresariais*.

Ora, sabe-se que no Direito a causa somente afeta de modo substantivo as regras e efeitos do ato caso seja tida como *fator determinante* de sua ocorrência (art. 90, CCB/1916; art. 140, CCB/2002); na presente situação suspensiva, a causa do afastamento obreiro é, inegavelmente, fator determinante da regência e efeitos normativos especiais resultantes da ordem jurídica.

Note-se que a CLT, em sua origem, não previa a situação excetiva enfocada (§ 2º do art. 472, CLT), assim como também a Lei do Contrato

JURISPRUDÊNCIA

Provisório não parece comportar tal leitura excetiva (§ 4º do art. 1º da Lei nº 9.601/98).

Contudo, nesse aspecto os dispositivos legais mencionados têm de se ajustar ao comando mais forte oriundo da Constituição de 1988, que é incompatível com essas restrições infraconstitucionais. É que o Texto Magno determina *tutela especial* sobre as situações envolventes à saúde e segurança laborais (art. 7º, XXII, CF/88) – a Carta de 1988, afinal, fala em *redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*. Em tal quadro, a garantia de emprego de um ano que protege trabalhadores acidentados ou com doença profissional, após seu retorno da respectiva licença acidentária (art. 118, Lei nº 8.213/91), incidiria em favor do empregado, ainda que admitido, na origem, por pacto empregatício a termo, em qualquer de suas modalidades.”

Conquanto não se compartilhe do entendimento do ilustre doutrinador em toda a sua extensão, tem-se por aplicável o lúcido raciocínio ao menos às hipóteses de acidente de trabalho ou doença profissional verificados no curso do contrato de experiência, pelas razões já expendidas.

Colhe-se, igualmente, da jurisprudência da egrégia SBDI-I deste Tribunal Superior precedente absolutamente coerente com a tese ora sufragada:

“VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT. ACIDENTE DE TRABALHO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. AGÊNCIA BANCÁRIA. FECHAMENTO NA LOCALIDADE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. O fechamento do estabelecimento bancário na localidade em que trabalhava a empregada não implica extinção do seu contrato de trabalho se, no mesmo período, encontrava-se afastada do emprego em decorrência de acidente de trabalho. *O contrato nesse período fica suspenso e garantida a estabilidade provisória no emprego*” (E-RR-586324/1999, DJU de 30.01.2004, Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira – os grifos são meus).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, reconhecendo o direito do reclamante à estabilidade prevista no art. 118 da Lei nº 8.213/91, condenar a primeira reclamada ao pagamento do valor correspondente aos salários e consectários devidos no período de 12 (doze) meses contados da cessação do auxílio-doença acidentário.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, unanimemente, conhecer do recurso de revista apenas quanto ao

JURISPRUDÊNCIA

tema “contrato de experiência – acidente de trabalho – estabilidade no emprego”, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, por maioria, vencido o Exmo. Ministro João Oreste Dalazen, dar-lhe provimento para, reconhecendo o direito do reclamante à estabilidade prevista no art. 118 da Lei nº 8.213/91, condenar a reclamada ao pagamento do valor correspondente aos salários e consectários devidos no período de doze meses contados da cessação do auxílio-doença acidentário, com ressalva de fundamentação do Exmo. Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho.

Brasília, 28 de fevereiro de 2007. *Lelio Bentes Corrêa*, redator designado.

DANO MORAL. AGRESSÕES VERBAIS CONTÍNUAS

INSTITUTO COMPACTO DE ENSINO SUPERIOR E PESQUISA (ICESP) – DANO MORAL – COORDENADOR PEDAGÓGICO – AGRESSÕES VERBAIS CONTÍNUAS PROFERIDAS POR ALUNOS – AUSÊNCIA DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PUNITIVAS PELA INSTITUIÇÃO DE ENSINO – DEVIDO O PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO POSTULADA.

Conforme estabelece o art. 5º, X, da CF, o dano moral passível de indenização diz respeito à violação da imagem, honra, vida privada e intimidade da pessoa.

Na hipótese vertente, o Reclamante, no exercício da função de coordenador pedagógico, foi agredido verbalmente e de forma contínua por um determinado grupo de alunos. O Conselho Disciplinar do Reclamado determinou a adoção de medidas punitivas para os discentes que praticaram os atos contra o Reclamante. Todavia, tais punições não foram levadas a efeito em face da interferência direta do Diretor da instituição de ensino que, ao invés de proteger seu empregado, privilegiou os agressores.

Os dispositivos de lei invocados no recurso de revista não dão ensejo ao processamento do recurso de revista. Isso porque, ao contrário do alegado pelo ora Agravante, os arts. 932 e 933 do CC prevêem expressamente a possibilidade de as instituições de ensino serem responsabilizadas pela reparação dos danos causados pelos seus educandos. Além disso, a solução da controvérsia decorreu da análise dos elementos fático-probatórios contidos nos autos, não tendo sido necessário aferir-se a qual das Partes caberia o ônus da prova. Assim, quanto à alegação de afronta ao art. 131 do CPC, o

JURISPRUDÊNCIA

recurso atrai o óbice da Súmula 297, I, do TST c/c a Instrução Normativa 23, II, a, desta Corte, na medida em que inexistente tese na decisão recorrida que consubstancie o questionamento da controvérsia trazida no recurso.

Agravo de instrumento desprovido.

(Processo nº TST-AIRR-9/2005-005-10-40 – Ac. 4ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista TST-AIRR-9/2005-005-10-40.5, em que é Agravante INSTITUTO COMPACTO DE ENSINO SUPERIOR E PESQUISA – ICESP e Agravado JOSÉ ROBERTO DE LIMA BUENO.

RELATÓRIO

O Presidente do 10º Regional denegou seguimento ao recurso de revista interposto pelo Reclamado, com fundamento nas Súmulas 126 e 296 do TST e na ausência de violação dos dispositivos de lei e da Constituição Federal invocados (fls. 368-371).

Inconformado, o Reclamado interpõe o presente agravo de instrumento, sustentando que a sua revista reunia condições de admissibilidade (fls. 2-22).

Foi apresentada contraminuta ao agravo (fls. 379-386) e contra-razões ao recurso de revista (fls. 387-393), sendo dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 82, § 2º, II, do RITST.

É o relatório.

VOTO

I) CONHECIMENTO

O Reclamante sustenta, em contraminuta, que o agravo interposto pelo Reclamado não pode ser conhecido, pois não se encontra devidamente fundamentado. Alega que o Agravante não se insurgiu contra o despacho que denegou seguimento ao recurso de revista, limitando-se a repetir as razões recursais.

Sem amparo, todavia, a pretensão.

Da leitura das peças processuais colacionadas nos autos, evidencia-se que o Agravante não se limitou a reproduzir os termos do recurso de revista,

JURISPRUDÊNCIA

tendo impugnado os fundamentos adotados no despacho-agravado. O Reclamado reiterou, no agravo de instrumento, que a revista tinha condições de prosseguir em face da violação dos dispositivos legais e constitucionais apontados, bem como da divergência jurisprudencial válida e específica demonstrada. O ora Agravante conseguiu, portanto, demonstrar sua insatisfação com os fundamentos da decisão agravada.

O agravo é tempestivo (cfr. fls. 2 e 372), tem representação regular (fl. 142) e se encontra devidamente fundamentado e instrumentado, com o traslado das peças essenciais exigidas pela Instrução Normativa 16/99 do TST, razão pela qual dele CONHEÇO, rejeitando a preliminar argüida em contraminuta.

II) MÉRITO

1) NULIDADE PROCESSUAL – AUSÊNCIA DE CHAMAMENTO À LIDE E DE FORMAÇÃO DO LITISCONSÓRCIO

Despacho-Agravado: Não há nulidade processual a ser declarada, pois a legitimidade entre as partes é condição que identifica a pessoa do Reclamante como aquela que pretende o reconhecimento, prevenção ou ainda eficácia de determinado elo jurídico. Assim, tendo em vista que o Autor desta ação postulou o reconhecimento do vínculo de emprego formado diretamente com o Reclamado, Instituto Compacto de Ensino Superior e Pesquisa – ICESP, o qual foi reconhecido, resta demonstrada a sua legitimidade para figurar no pólo passivo, afigurando-se desnecessário o chamamento à lide de outra pessoa jurídica. O entendimento adotado no acórdão recorrido não viola os dispositivos de lei e da Constituição Federal invocados no recurso de revista, não restando atendidos, portanto, os requisitos estabelecidos no art. 896, c, da CLT. Já o único aresto trazido a cotejo não se afigura específico, incidindo o óbice da Súmula 296 do TST (fls. 368-369).

Fundamento do Agravo: A cooperativa de prestação de serviços que inicialmente contratou o Reclamante deveria ter obrigatoriamente integrado a lide, sob pena de se verificar a nulidade processual. A cooperativa mantinha com o Reclamado e com o Reclamante contratos de natureza civil. Assim, antes de ser possível o reconhecimento do vínculo de emprego formado diretamente com o ICESP, deveriam ter sido declarados nulos os mencionados contratos civis, o que não ocorreu no caso. O acórdão regional viola os arts. 9º da CLT, 267, IV e VI, do CPC e 5º, LIV e LV, da CF, bem como diverge de outros julgados (fl. 4).

JURISPRUDÊNCIA

Solução: Conforme registrado no acórdão regional, o rol de pedidos formulados na petição inicial não contém nenhuma pretensão em relação à entidade cooperativa. Assim, o provimento jurisdicional não atinge a alegada relação civil constituída entre esta e o Reclamado, não havendo que se falar em litisconsórcio passivo necessário.

Quanto à alegação de afronta ao art. 9º da CLT, o recurso atrai o óbice da Súmula 297, I, do TST c/c a Instrução Normativa 23, II, *a*, desta Corte, na medida em que inexiste tese na decisão recorrida que consubstancie o questionamento da controvérsia trazida no recurso.

Também não restam violados os arts. 267, IV e VI, do CPC, pois no caso não restou demonstrada a ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, estando presentes todas as condições da ação.

Ademais, o art. 5º, LIV e LV, da CF diz respeito aos princípios constitucionais genéricos do devido processo legal e da ampla defesa, que somente poderiam ser violados de forma indireta, sendo nesse sentido os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal:

“CONSTITUCIONAL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO: ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 5º, II, XXXV, XXXVI, LIV, LV, 7º, XXIX, E 93, IX. I – Alegação de ofensa à Constituição que, se ocorrente, seria indireta, reflexa, o que não autoriza a admissão do recurso extraordinário. II – Ao Judiciário cabe, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei, interpretando-a. Se, em tal operação, interpreta razoavelmente ou desarrazoadamente a lei, a questão fica no campo da legalidade, incorrendo o contencioso constitucional. III – Agravo não provido” (STF-AgR-RE-245.580/PR, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ de 08.03.2002).

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ALEGADA VIOLAÇÃO AOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS INSCRITOS NOS ARTS. 5º, II, XXXV, XXXVI, LIV, LV, E 93, IX – AUSÊNCIA DE OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO – CONTENCIOSO DE MERA LEGALIDADE – RECURSO IMPROVIDO. A situação de ofensa meramente reflexa ao texto constitucional, quando ocorrente, não basta, só por si, para viabilizar o acesso à via recursal extraordinária.” (STF-AgR-AI-333.141/RS, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ de 19.12.2001)

Já o único aresto trazido a cotejo no recurso de revista não contém indicação do Tribunal Regional de origem, o que impossibilita verificar se

JURISPRUDÊNCIA

restou atendido o disposto no art. 896, *a*, da CLT. Sinale-se que o agravo de instrumento não serve ao intuito de complementar as razões do recurso de revista, motivo pelo qual não aproveita ao ora Agravante a indicação de que o julgado trazido a cotejo é proveniente do TRT da 15ª Região. Tampouco lhe aproveita a colação de outro aresto com o intuito de demonstrar a alegada divergência jurisprudencial, pois incide em inovação à lide.

2) INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

Despacho-Agravado: O seguimento do recurso de revista encontra óbice na Súmula 126 do TST. Além disso, o acórdão regional não viola os dispositivos de lei invocados no apelo (fl. 370).

Fundamento do Agravo: As agressões foram dirigidas ao Reclamante por alunos do Reclamado, que não são seus prepostos, não havendo, portanto, como responsabilizá-lo por eventual dano moral causado. As instituições de ensino somente são responsáveis por eventuais atos perpetrados pelos docentes contra os alunos e não o contrário. Além disso, o fato de o Diretor da Instituição ter anistiado tais alunos agressores, afastando a aplicação de medidas punitivas determinadas pela comissão disciplinar, não é capaz de demonstrar o alegado dano moral causado ao Reclamante. O acórdão recorrido viola os arts. 932 e 933 do CC e 131 do CPC (fls. 5-6).

Solução: Como constou no acórdão regional, a prova, em especial a oral, demonstrou de forma clara que o Reclamante, no exercício da função de coordenador pedagógico, foi agredido verbalmente e de forma contínua por um determinado grupo de alunos. O Conselho Disciplinar do Reclamado determinou a adoção de medidas punitivas para os discentes que praticaram os atos contra o Reclamante. Todavia, tais punições não foram levadas a efeito em face da interferência direta do Diretor da Instituição de ensino que, ao invés de proteger seu empregado, privilegiou os agressores.

Assim, conforme frisado pelo 10º Regional, a condenação por danos morais decorreu da conduta lesiva do Empregador, pois permitiu que seus alunos mantivessem um comportamento ofensivo em relação ao coordenador pedagógico, agredindo-o verbalmente de forma constante. Os ataques eram graves, tanto que o próprio Reclamado, nas razões do seu recurso de revista, admite que o Conselho Disciplinar reuniu-se para tomar medidas repressoras contra a violência perpetrada. Apesar de ter sido expressamente intimado para apresentar a ata dessa reunião, o Instituto-Reclamado deixou de fazê-lo, até porque, conforme demonstrado pela prova oral, as determinações prescritas

JURISPRUDÊNCIA

pelo Conselho não foram levadas a efeito pelo Diretor da Instituição, que agiu de forma totalmente discricionária.

Os argumentos apresentados pelo ora Agravante não dão ensejo ao processamento do recurso de revista, pois, o entendimento adotado no acórdão regional não viola os arts. 932 e 933 do CC, que prevêm expressamente a possibilidade de as instituições de ensino serem responsabilizadas pela reparação dos danos causados pelos seus educandos.

Além disso, a solução da controvérsia decorreu da análise dos elementos fático-probatórios contidos nos autos, não tendo sido necessário aferir-se a qual das Partes caberia o ônus da prova. Assim, quanto à alegação de afronta ao art. 131 do CPC, o recurso atrai o óbice da Súmula 297, I, do TST c/c a Instrução Normativa 23, II, *a*, desta Corte, na medida em que inexistente na decisão recorrida que consubstancie o prequestionamento da controvérsia trazida no recurso.

3) DANO MORAL – VALOR FIXADO A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO

Despacho-Agravado: O valor fixado a título de indenização por dano moral tem correspondência com o dano causado pelos fatos relatados nos autos e os parâmetros adotados para o seu estabelecimento foram devidamente explicitados no acórdão regional. Os arestos trazidos a cotejo não servem ao intuito de demonstrar a alegada divergência jurisprudencial, incidindo o óbice da Súmula 296 do TST (fl. 370).

Fundamento do Agravo: A quantia de R\$ 10.000,00 estabelecida pelo Regional é excessiva e deve ser reduzida a limites razoáveis. O acórdão recorrido viola o art. 5º, LIV e LV, da CF e diverge de outros julgados (fls. 5-22).

Solução: O acórdão recorrido não viola o art. 5º, LIV e LV, da CF, que nada dispõe sobre os critérios a serem adotados para a fixação do valor devido a título de indenização por danos morais. Ademais, como já salientado no item “2” deste acórdão, tais dispositivos constitucionais dizem respeito aos princípios genéricos do devido processo legal e da ampla defesa, que somente poderiam ser violados de forma indireta, sendo nesse sentido os precedentes jurisprudenciais que foram transcritos naquele tópico.

Por outro lado, os arestos trazidos a *cotejo* não servem ao intuito de demonstrar a alegada divergência jurisprudencial, pois nenhum deles retrata situação fática idêntica àquela delineada no presente feito, afigurando-se inespecíficos (Súmulas 23 e 296, I, do TST).

JURISPRUDÊNCIA

Pelo exposto, NEGOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Egrégia 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento.

Brasília, 27 de junho de 2007. *Ives Gandra Martins Filho*, relator.

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA

RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA. Se existe nexo de causalidade entre a atividade de risco e o efetivo dano, o empregador deve responder pelos prejuízos causados à saúde do empregado, tendo em vista que a sua própria atividade econômica já implica situação de risco para o trabalhador. Assim, constatada a atividade de risco exercida pelo autor, não há como se eliminar a responsabilidade do empregador, pois a atividade por ele desenvolvida causou dano ao empregado, que lhe emprestou a força de trabalho.

Recurso de revista conhecido e desprovido.

(Processo nº TST-RR-84070/2003-900-03-00 – Ac. 6ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-84070/2003-900-03-00.0, em que é Recorrente NM ENGENHARIA LTDA. e Recorrido GLÁUCIO MOISÉS DE SOUZA.

O Eg. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, mediante o v. acórdão de fls. 221-226, negou provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamanda por entender devida a condenação ao pagamento de indenização por dano moral decorrente de acidente de trabalho.

Inconformada, a reclamada interpõe recurso de revista às fls. 228-236. Alega ser indevida a indenização por danos morais e estéticos e despesas hospitalares decorrente de acidente de trabalho. Sustenta que a responsabilidade da empresa é subjetiva e não restou demonstrada a culpa da empresa visto que o acidente ocorreu em circunstâncias fortuitas. Argumenta que para a caracte-

JURISPRUDÊNCIA

rização do dever de indenizar é necessário que exista o nexo de causalidade entre o dano e o ato ilícito. Aponta violação dos arts. 7º, XXVIII, e 196 da Constituição Federal. Colaciona arestos visando à comprovação de divergência jurisprudencial.

O recurso de revista foi admitido pelo r. despacho de fl. 238, por divergência jurisprudencial.

Não foram apresentadas contra-razões, conforme certidão de fl. 239-verso.

Sem remessa dos autos à d. Procuradoria-Geral do Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 82 do Regimento Interno deste Tribunal Superior do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA

1. CONHECIMENTO

Nas razões de recurso de revista, a reclamada alega ser indevida a indenização por danos morais e estéticos e despesas hospitalares decorrente de acidente de trabalho. Sustenta que a responsabilidade da empresa é subjetiva e não restou demonstrada a culpa da empresa visto que o acidente ocorreu em circunstâncias fortuitas. Argumenta que para a caracterização do dever de indenizar é necessário que exista o nexo de causalidade entre o dano e o ato ilícito. Aponta violação dos arts. 7º, XXVIII, e 196 da Constituição Federal. Colaciona arestos visando à comprovação de divergência jurisprudencial.

O Eg. Tribunal Regional, quanto ao tema, assim se pronunciou:

“A recorrente inconforma-se com a determinação de sua responsabilização, independentemente de culpa. Assevera que, no caso dos autos, caracterizou-se o caso fortuito, como ensejador do dano, conforme noticiado pelo laudo pericial – inexistindo, portanto, nexo causal. Aduz, por fim, que não restou provada a existência de qualquer dano moral ou psicológico.

JURISPRUDÊNCIA

Não lhe assiste razão, contudo, *data venia*.

A princípio, cumpre observar que, *in casu*, não há que se perquirir sobre a existência, ou não de culpa, já que esta é objetiva.

[...]

Despiciendas, desta forma, as alegações de que o acidente teria se dado por culpa do obreiro, ou por caso fortuito. Nesse passo, releva notar, ainda, que o pressuposto lógico para o deferimento do pleito é a apuração da existência denexo causal entre o trabalho realizado e a lesão, de molde a justificar o pagamento de indenização.

Examinando-se o laudo pericial (fls. 88/105), bem como os esclarecimentos prestados (fls. 128/130), constata-se que o *i. expert* esclareceu:

‘O autor, em consequência do acidente, teve perda funcional no pé direito em aproximadamente 10%; Há nexode causalidade entre o acidente sofrido e as lesões no pé do reclamante; Há visível dano estético no pé direito’.

Vê-se, portanto, que restaram comprovados o nexocausal e a lesão. É certo, ainda, que a lesão havida, ocasionou, além da deformidade no pé (consoante se depreende das fotos de fls. 91/94), a perda de dez por cento das funções e dores fortes.

Confira-se, também, que, em resposta aos quesitos apresentados pelo reclamante, questionando se as lesões causaram prejuízo estético, o Louvado respondeu que sim; e se atrapalham ou impedem a locomoção, respondeu que ‘... ele é perfeitamente capaz de andar, mas o seu andar não é normal, pois ele claudica (manca) devido às lesões sofridas’ (fl. 104).

E nem se diga que o sinistro não trouxe incapacidade para o autor – porquanto, pelo que deflui do laudo, este sofreu sensível redução na sua capacidade laborativa, dificultando a obtenção de um novo emprego.

Ora, diante de tal quadro, correto o d. Juízo de origem ao concluir que ‘sem dúvida sente-se o lesionado inferiorizado perante seus pares, além de ter de suportar dores e penosos tratamentos médicos. A sociedade vai lhe impor ônus que não tinha antes do acidente, sem dúvida alguma. Entendemos que, assim, suportou, suporta e suportará danos morais, nos quais se incluem, de forma genérica, os psicológicos’.

Cumpre realçar, por fim, excerto da bem lançada sentença de origem onde se assevera que:

JURISPRUDÊNCIA

‘A pretensão de se transferir a responsabilidade do evento para o acidentado é imoral, aética, ilegal e inaceitável. Chega às raias da irracionalidade. Mesmo porque, a responsabilidade primeira é do empregador, em não permitir que seu empregado trabalhe em condições de perigo de acidente. Na realidade compete ao empregador vigiar e fiscalizar, sempre, diuturnamente, sem tréguas. Não basta treinar o empregado, Impõe-se que seja reparado o dano. Nego provimento.’ (fls. 223-225)

A parte logra demonstrar divergência jurisprudência válida e específica, mediante o aresto de fls. 233-234, oriundo da 24ª Região, que propugna tese no sentido de que a responsabilidade do empregador em caso de acidente de trabalho é subjetiva.

Conheço.

2. MÉRITO

Cinge-se a controvérsia acerca da imputação da responsabilidade subjetiva ou objetiva do empregador pela reparação dos danos causados ao empregado quando ocorre acidente de trabalho.

O art. 186 do atual Código Civil consagra a regra geral da responsabilidade civil que assim dispõe, *verbis*:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Parte da doutrina defende que a responsabilidade do empregador no acidente de trabalho é sempre subjetiva, mesmo quando há atividade de risco, com fundamento no art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal que exige a demonstração de dolo ou culpa. Argumenta que por se tratar de uma norma constitucional, lei infraconstitucional, como por exemplo, o art. 927, parágrafo único, do CC, não poderia dispor acerca da responsabilidade objetiva, não contemplada Constituição Federal.

Contudo, para uma melhor aferição acerca da possibilidade da aplicação da responsabilidade objetiva, necessário se faz compreender a razão de ser da norma constitucional, conferindo-lhe uma interpretação sistemática e teleológica.

Assim estabelecem o art. 7º, *caput* e o inciso XXVIII:

JURISPRUDÊNCIA

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.”

Verifica-se que o art. 7º, *caput*, da Constituição Federal contempla expressamente os direitos dos trabalhadores ali enumerados, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, o que se chega à conclusão de que o rol não é taxativo. Assim, percebe-se que a Constituição Federal em seu art. 7º, garante os direitos mínimos, em busca de um mínimo existencial social, mas nada impede que sejam atribuídos outros direitos aos trabalhadores bastando que impliquem melhoria de sua condição social.

O art. 927 do Código Civil estabelece:

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

A Lei nº 8.213/91 define em seu art. 19 que:

“Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.”

Dentro do novo panorama da responsabilidade civil, é possível compreender que o inciso XXVIII traz um direito mínimo do trabalhador à indenização por acidente de trabalho no caso de dolo ou culpa, mas outra norma pode atribuir uma situação mais favorável ao empregado que permita a responsabilidade por culpa *lato sensu*. No caso do acidente de trabalho, há norma específica nesse sentido, conforme se extrai do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, quando consagra a responsabilidade objetiva para atividade de risco.

Com efeito, a responsabilidade sem culpa *stricto sensu* – invocada pelo recorrente – traz como elemento o desenvolvimento de atividade de risco, que permite uma previsão genérica da responsabilidade.

JURISPRUDÊNCIA

A teoria do risco profissional considera que o dever de indenizar decorre da própria atividade profissional, sendo que o seu desenvolvimento está diretamente ligado aos acidentes do trabalho. São as hipóteses em que a atividade desenvolvida pelo empregado constitui-se em risco acentuado ou excepcional pela natureza perigosa, de modo que a responsabilidade incide automaticamente. Assim, a obrigação de indenizar por ocorrência de acidente de trabalho subsiste.

O parágrafo único do art. 927 do Código Civil, no que se refere à ocorrência da responsabilidade sem culpa, parece se aplicar às hipóteses de acidente do trabalho, apesar de a Constituição Federal possuir norma expressa estabelecendo como pressuposto da indenização a ocorrência da culpa do empregador.

Nesse sentido, bem elucida o ilustre Juiz, Sebastião Geraldo de Oliveira, quando diverge da teoria da responsabilidade subjetiva:

“(…)

Por outro lado, a prevalecer o entendimento da primeira corrente [não-responsabilização do empregador que não concorra com culpa], chegaríamos a conclusões que beiram o absurdo ou ferem a boa lógica. Se um autônomo ou empreiteiro sofrer acidente, o tomador responde pela indenização, independente de culpa, com apoio na teoria do risco; no entanto, o trabalhador permanente, com os devidos registros formalizados, fica excluído dessa reparação! Se um bem ou equipamento de terceiro for danificado pela atividade empresarial, haverá indenização, considerando os pressupostos da responsabilidade objetiva, mas o trabalhador, exatamente aquele que executa a referida atividade, ficará excluído.

(…)

Ao mencionar a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano, o texto legal deixa claro que a indenização não decorre do comportamento do sujeito, ou seja, não é necessário que haja ação ou omissão, como previsto no art. 186 do Código Civil, para gerar o direito, porquanto ele decorre tão-somente do exercício da atividade de risco, dentro da concepção histórica da responsabilidade objetiva” (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. *Responsabilidade civil objetiva por acidente do trabalho...*)

E, como visto, no caso, restou incontroversa a culpa *lato sensu* do reclamado, pois na medida em que coloca em funcionamento uma atividade,

tem a obrigação de responder pelos danos que essa atividade é capaz de gerar aos seus empregados.

Não se verifica, portanto, a apontada violação aos dispositivos constitucionais.

Dessa forma, *nego provimento* ao recurso de revista.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista por divergência jurisprudencial e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 27 de junho de 2007. *Aloysio Corrêa da Veiga*, relator.

LIBERAÇÃO DE DEPÓSITOS DO FGTS. CULPA RECÍPROCA. INDENIZAÇÃO

LIBERAÇÃO DE DEPÓSITOS DO FGTS – NORMA COLETIVA QUE PREVÊ CULPA RECÍPROCA – INDENIZAÇÃO DE 20% – LEGALIDADE.

1. *A Constituição Federal de 1988 optou pelo modelo de flexibilização autônoma, segundo a qual é legítima, desde que assentada na negociação coletiva, a substituição das garantias legais pelas garantias convencionais, a exemplo do disposto nos incisos VI, XIII e XIV do art. 7º. O parâmetro da liceidade da flexibilização encontra-se, contudo, na observância do patamar mínimo de direitos fundamentais trabalhistas, extraído da normatividade internacional e nacional. Ainda, as hipóteses de flexibilização constantes da Lei Maior não são, contudo, “*numerus clausus*”, sendo exemplar a Lei do FGTS, que institui o regime em razão da extinção da garantia no emprego, ou estabilidade decenal (CLT, art. 492).*

2. *No caso vertente, a Cláusula 30ª da Convenção Coletiva de Trabalho, firmada entre os sindicatos das categorias econômica e profissional, prevê o reconhecimento de culpa recíproca e o pagamento de indenização de 20% sobre os depósitos do FGTS na rescisão contratual, nos casos em que o empregado é reaproveitado imediatamente pela empresa sucessora na prestação de serviços.*

3. *Ora, se a garantia no emprego pode ser mitigada por instauração de um fundo que guarneça o trabalhador no momento da dispensa injusta, com*

JURISPRUDÊNCIA

muito menos impacto pode-se reduzir; mediante negociação coletiva, o montante da indenização do FGTS à metade, pelo reconhecimento de modalidade de terminação do contrato que dá azo a essa circunstância, a saber, a da culpa recíproca, para que a contratação dos empregados por empresa sucessora possa ser mantida. Não vai aí nenhuma ranhura ao patamar mínimo de direitos do trabalhador; apenas ocorrendo substituição de uma vantagem, que seria a multa de 40% do FGTS, devida em razão da dispensa sem justa causa, por outra, que é a garantia da contratação, ou seja, da manutenção do emprego. Não é demais considerar que, pelo menos em tese, a vantagem permite até mesmo a contratação de mais trabalhadores, já que o encargo indenizatório foi mitigado quando da sucessão. Por esse prisma é que a cláusula que previu a diminuição da indenização sobre os depósitos do FGTS, por reconhecimento de culpa recíproca, não atentou contra as disposições mínimas relativas aos direitos trabalhistas envolvidos na negociação. Lesão haveria apenas se a negociação envolvesse os próprios depósitos fundiários ou sua alíquota, infensos que são à negociação coletiva. O fato de o art. 18, § 2º, da Lei nº 8.036/90 prever que a culpa recíproca carece de reconhecimento judicial só reflete o caráter protetivo e tutelar que impregna as normas relacionadas ao direito individual do trabalho, mormente aquelas que dizem com a terminação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador. Não conduz, pois, ao entendimento de que o reconhecimento judicial seja exigível quando há acordo entre as partes, uma vez que o trabalhador esteve representado legitimamente pela entidade correspondente à sua profissão. Como cediço, em seara de Direito Coletivo, não prevalece o princípio da hipossuficiência do trabalhador, mas o da equivalência entre os seres negociantes.

Recurso de revista desprovido.

(Processo nº TST-RR-630/2006-021-10-00 – Ac. 4ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista TST-RR-630/2006-021-10-00.4, em que é Recorrente CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF e Recorridos VANTUIR RODRIGUES SOARES e OUTROS.

RELATÓRIO

Contra o acórdão do 10º Regional que deu provimento parcial ao seu recurso ordinário (fls. 278-286), a Reclamada interpõe o presente recurso de

JURISPRUDÊNCIA

revista, pedindo reexame da questão atinente à liberação de depósitos do FGTS (fls. 288-304).

Admitido o apelo (fls. 307-308), recebeu razões de contrariedade (fls. 311-334), sendo dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 82, § 2º, II, do RITST.

É o relatório.

VOTO

D) PRELIMINARES DE NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO DE REVISTA POR DESERÇÃO E DE EXTINÇÃO DO FEITO POR PERDA DO OBJETO ARGÜIDAS EM CONTRA-RAZÕES

As contra-razões foram aviadas em tempo hábil (fls. 309 e 311) e têm representação regular (fls. 23 “usque” 107), de modo que delas CONHEÇO.

Quanto à deserção, os Reclamantes alegam que a CEF, Reclamada, deveria ter procedido ao recolhimento das custas processuais em que condenada, bem assim do depósito recursal. Assim não procedendo, resta deserto o apelo revisional. Sustentam que, no caso concreto, a ação trabalhista é movida diretamente contra a CEF, e não contra o FGTS, discutindo-se o ato dela como gestora, que se nega a liberar valores do Fundo.

Sem razão os Obreiros, apesar de a CEF ser a Reclamada, vem aos autos na condição expressa de representante do Fundo, já que o único objeto da ação é a liberação dos depósitos do FGTS, fazendo jus, nessa esteira, à isenção de custas brindada pelo final do art. 24-A, parágrafo único, da Lei nº 9.028/95:

“Art. 24-A. A União, suas autarquias e fundações, são isentas de custas e emolumentos e demais taxas judiciárias, bem como de depósito prévio e multa em ação rescisória, em quaisquer foros e instâncias.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo a todos os processos administrativos e judiciais em que for parte o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, seja no pólo ativo ou passivo, extensiva a isenção à pessoa jurídica que o representar em Juízo ou fora dele.”

Na mesma senda, encontra-se isenta do recolhimento de depósito recursal, nos termos da Súmula 161 do TST, segundo a qual, não havendo condenação a pagamento em pecúnia, descabe o depósito de que tratam os §§ 1º e 2º do art. 899 da CLT.

JURISPRUDÊNCIA

No que toca à perda do objeto, os Demandantes aduzem que, tendo havido homologação judicial, em primeira instância, do pleito de liberação dos depósitos do FGTS, não há mais o que ser debatido, restando sem objeto a lide.

A lide, como se faz prova no presente momento, perpetua-se, e o pleito contido na ação trabalhista continua “sub judice”, não tendo se operado, pois, o trânsito em julgado, razão pela qual não há que se falar em perda do objeto, quando as decisões das instâncias ordinárias ainda estão submetidas, em tese, ao crivo desta Corte Superior.

À luz dessas considerações, REJEITO ambas as preliminares.

II) CONHECIMENTO

1) PRESSUPOSTOS GENÉRICOS

O recurso é tempestivo (cfr. fls. 287 e 288) e tem representação regular (fl. 290), gozando a Reclamada das prerrogativas do art. 24-A, parágrafo único, da Lei nº 9.028/95 e da Súmula 161 do TST, quanto ao preparo.

2) PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS

LIBERAÇÃO DE DEPÓSITOS DO FGTS – NORMA COLETIVA QUE PREVÊ CULPA RECÍPROCA – INDENIZAÇÃO DE 20% – LEGALIDADE

Tese Regional: A Cláusula 30ª da Convenção Coletiva de Trabalho, firmada entre os sindicatos das categorias econômica e profissional, que prevê o reconhecimento de culpa recíproca e o pagamento de indenização de 20% sobre os depósitos do FGTS na rescisão contratual, nos casos em que o ex-empregado é reaproveitado imediatamente pela empresa sucessora na prestação de serviços, é válida, tendo sido atendido o art. 18, § 2º, da Lei nº 8.036/90, pelo que a CEF deve liberar os depósitos (fls. 281-285).

Antítese Recursal: À CEF, gestora do Fundo, cabe zelar pelo fiel cumprimento de todos os dispositivos legais atinentes à matéria. Assim, a culpa recíproca, nos termos do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.036/90, deve ser homologada pela Justiça do Trabalho, para que os depósitos possam ser liberados sob o código correspondente a esta hipótese. Na hipótese vertente, a culpa recíproca, prevista em norma coletiva como modalidade de terminação do contrato para

JURISPRUDÊNCIA

aqueles ex-empregados que viessem a ser aproveitados pela empresa sucessora de prestação de serviços, não foi homologada pelo Judiciário, razão pela qual a CEF não pode liberar os depósitos. O acórdão regional incorre, assim, em divergência jurisprudencial e em violação dos arts. 7º, I, VI, XIII e XIV, da CF e 10, I, do ADCT (fls. 292-303).

Síntese Decisória: Os arestos colacionados às fls. 299-303 permitem o trânsito da revista, pois, na mesma circunstância dos autos, concluíram pela validade da cláusula em comento.

Pelo exposto, CONHEÇO da revista, por divergência jurisprudencial específica.

III) MÉRITO

LIBERAÇÃO DE DEPÓSITOS DO FGTS – NORMA COLETIVA QUE PREVÊ CULPA RECÍPROCA – INDENIZAÇÃO DE 20% – LEGALIDADE

A flexibilização de direitos constitui fenômeno que obteve repercussão mundial nos idos de 1970, mais precisamente na Europa, buscando-se, naquele cadinho do mundo, fomentar as relações laborais, não pela concessão de benefícios diretos, mas, sim, pela ampliação de vantagens em outros setores interligados com o trabalhista, entre eles o previdenciário, tendo por escopo dar maior suporte à existência empresarial. Nessa linha, não haveria perdas salariais, apenas incremento do bojo de vantagens que o liame de trabalho poderia oferecer, tornando a manutenção do emprego, princípio clássico de interpretação das normas no Direito do Trabalho, menos impermanente.

A Constituição Federal de 1988 optou pelo modelo de flexibilização autônoma, segundo a qual é legítima, desde que assentada na negociação coletiva, a substituição das garantias legais pelas garantias convencionais, a exemplo do disposto nos incisos VI, XIII e XIV do art. 7º. O parâmetro da liceidade da flexibilização encontra-se, contudo, na observância do patamar mínimo de direitos fundamentais trabalhistas, extraído da normatividade internacional e nacional.

As hipóteses de flexibilização constantes da Lei Maior não são, contudo, “*numerus clausus*”, sendo exemplar a Lei do FGTS, que institui o regime em razão da extinção da garantia no emprego, ou estabilidade decenal (CLT, art. 492).

JURISPRUDÊNCIA

Ora, se a garantia no emprego pode ser mitigada por instauração de um fundo que guarneça o trabalhador no momento da dispensa injusta, com muito menos impacto pode-se reduzir, mediante negociação coletiva, o montante da indenização do FGTS à metade, pelo reconhecimento de modalidade de terminação do contrato que dá azo a essa circunstância, a saber, a da culpa recíproca, para que a contratação dos empregados por empresa sucessora possa ser mantida. Não vai aí nenhuma ranhura ao patamar mínimo de direitos do trabalhador, apenas ocorrendo substituição de uma vantagem, que seria a multa de 40% do FGTS, devida em razão da dispensa sem justa causa, por outra, que é a garantia da contratação, ou seja, da manutenção do emprego. Não é demais considerar que, pelo menos em tese, a vantagem permite até mesmo a contratação de mais trabalhadores, já que o encargo indenizatório foi mitigado quando da sucessão.

Por esse prisma é que a cláusula que previu a diminuição da indenização sobre os depósitos do FGTS, por reconhecimento de culpa recíproca, não atentou contra as disposições mínimas relativas aos direitos trabalhistas envolvidos na negociação. Lesão haveria apenas se a negociação envolvesse os próprios depósitos fundiários ou sua alíquota, infensos que são à negociação coletiva.

O fato de o art. 18, § 2º, da Lei nº 8.036/90 prever que a culpa recíproca carece de reconhecimento judicial só reflete o caráter protetivo e tutelar que impregna as normas relacionadas ao direito individual do trabalho, mormente aquelas que dizem com a terminação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador. Não conduz, pois, ao entendimento de que o reconhecimento judicial seja exigível quando há acordo entre as partes, uma vez que o trabalhador esteve representado legitimamente pela entidade correspondente à sua profissão. Como cediço, em seara de Direito Coletivo, não prevalece o princípio da hipossuficiência do trabalhador, mas o da equivalência entre os seres negociantes, como sintetiza Mauricio Godinho Delgado:

“O princípio da equivalência dos contratantes coletivos postula pelo reconhecimento de um estatuto sociojurídico semelhante a ambos os contratantes coletivos (o obreiro e o empresarial).

Tal equivalência resulta de dois aspectos fundamentais: a natureza e os processos característicos aos seres coletivos trabalhistas.

Em primeiro lugar, de fato, os sujeitos do Direito Coletivo do Trabalho têm a mesma natureza, são todos seres coletivos. Há, como visto, o empregador que, isoladamente, já é um ser coletivo, por seu próprio caráter, independentemente de se agrupar em alguma associação sindical. E claro que pode também atuar através de sua entidade

JURISPRUDÊNCIA

representativa; contudo, mesmo atuando de forma isolada, terá natureza e agirá como ser coletivo.

No que tange aos trabalhadores, sua face coletiva institucionalizada surge através de seus entes associativos; no caso brasileiro, os sindicatos.

Os seres coletivos obreiros e empresariais têm, pois, a mesma natureza.

O segundo aspecto essencial a fundamentar o presente princípio é a circunstância de contarem os dois seres contrapostos (até mesmo o ser coletivo obreiro) com instrumentos eficazes de atuação e pressão (e, portanto, negociação).

Os instrumentos colocados à disposição do sujeito coletivo dos trabalhadores (garantias de emprego, prerrogativas de atuação sindical, possibilidades de mobilização e pressão sobre a sociedade civil e Estado, greve, etc.) reduziriam, no plano juscoletivo, a disparidade lancinante que separa o trabalhador, como indivíduo, do empresário. Isso possibilitaria ao Direito Coletivo conferir tratamento jurídico mais equilibrado às partes nele envolvidas. Nessa linha, perderia sentido no Direito Coletivo do Trabalho a acentuada diretriz protecionista e intervencionista que tanto caracteriza o Direito Individual do Trabalho.” (*Curso de Direito do Trabalho*, 4. ed., São Paulo: LTr, 2006)

Como se depreende do caso em apreciação, não se trata, ainda, de rescisão contratual fictícia, vedada pela simulação que a perpassa, mas de término do contrato de trabalho com a empresa sucedida, objetivando o acordo firmado entre as partes – louvável, ao menos no que ficou expresso –, a manutenção dos postos de trabalho, com redução dos encargos.

Destarte, não vislumbro ilegalidade na cláusula malquistada, razão pela qual mantenho a concessão de alvará para liberação dos depósitos do FGTS para os Reclamantes, e NEGO PROVIMENTO ao recurso da Reclamada.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Egrégia 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, rejeitar as preliminares de não-conhecimento do recurso de revista por deserção e de extinção do feito por perda do objeto argüidas em contra-razões, conhecer do recurso de revista, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 27 de junho de 2007. *Ives Gandra Martins Filho*, relator.

LOCAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE GERENCIAMENTO DE SERVIÇOS – LOCAÇÃO DE SERVIÇOS – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – CABIMENTO. A potencial contrariedade ao item IV da Súmula 331 do TST encoraja o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA. CONTRATO DE GERENCIAMENTO DE SERVIÇOS – LOCAÇÃO DE SERVIÇOS – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – SÚMULA 331, IV, DO TST – CABIMENTO. 1. O item IV da Súmula 331 do TST, ao impor ao tomador de serviços a responsabilidade pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas do efetivo empregador, não se apega a modelo jurídico determinado, buscando, antes, resguardar o trabalhador que se vê atrelado a relação triangular, vinculado a duas empresas que se beneficiam de sua força de trabalho. A desvinculação da forma que se possa dar à contratação efetuada pelas empresas – infensa, por óbvio, à participação do empregado – atende aos princípios da realidade e da proteção, regentes genuínos do Direito do Trabalho. Evidenciando-se que o trabalhador, por força de negócio jurídico a ele estranho, viu-se a prestar serviços a empresa outra, ao mesmo tempo em que conservado o liame com a sua original empregadora, não se poderá negar a responsabilidade subsidiária daquela primeira, que assume a condição de tomadora de serviços, nos termos exatos da Súmula. 2. Os fatos não são estáticos, mas caminham atrelados ao tempo; conformam outras realidades, às quais o Direito e seus aplicadores – com ênfase para o Poder Judiciário – não podem estar alheios. Novos paradigmas surgem; novas soluções são necessárias.

Recurso de revista conhecido e provido.

(Processo nº TST-RR-903/2001-055-03-00 – Ac. 3ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-903/2001-055-03-00.1, em que é Recorrente JOSÉ CARLOS ARAÚJO e Recorrida TRANS SISTEMAS DE TRANSPORTES S.A.

Pelo despacho recorrido, originário do Eg. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, denegou-se seguimento ao recurso de revista interposto pelo Reclamante, ao fundamento de que não divisada contrariedade à Súmula 331,

JURISPRUDÊNCIA

item IV, do TST ou divergência jurisprudencial idônea, nos termos do Súmula 296, I, desta Casa (fl. 196).

Inconformado, o Reclamante agrava de instrumento, sustentando, em resumo, que o recurso merece regular processamento, de vez que patente a ofensa ao verbete sumular e regulares os arestos ofertados a cotejo (fls. 2/9).

Contraminuta e contra-razões a fls. 205/215.

Os autos não foram encaminhados ao D. Ministério Público do Trabalho (RI/TST, art. 82).

É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento.

MÉRITO

CONTRATO DE GERENCIAMENTO DE SERVIÇOS – LOCAÇÃO DE SERVIÇOS – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – SÚMULA 331, IV, DO TST – CABIMENTO

O caso sob exame é importante e emblemático.

Para a exata compreensão da controvérsia, transcrevo o acórdão regional (fls. 184/185):

“Responsabilidade subsidiária

Insurge-se a segunda reclamada contra sua responsabilização subsidiária relativamente aos créditos reconhecidos ao reclamante. Salienta que sua intervenção junto à primeira reclamada, Companhia Industrial Santa Matilde (CISM), deu-se em razão do contrato de gerenciamento dos serviços daquela, de molde a lhe possibilitar a participação em concorrências públicas e, com esta, a recuperação financeira, não se verificando a terceirização. Destaca que a cláusula ‘e’ do contrato firmado por elas livra a TRANS de qualquer responsabilidade

JURISPRUDÊNCIA

pelo cumprimento das obrigações para com os empregados da CISM. Sustenta não se ter beneficiado, sequer indiretamente, do serviço do recorrido, jamais existindo entre ela e este qualquer relação nos moldes daquela descrita no art. 3º/CLT. Diz ter utilizado o aparato industrial e humano da CISM para viabilizar a obtenção de capital de giro em face da grave crise financeira desta última. Quer ver excluída sua responsabilização, ainda que tenha sido limitada até 07.03.2001, asseverando que o contrato findou em novembro/2000.

Em meu entender, o recurso não merece provimento, pois ao contratar com a CISM, a TRANS vislumbrou a oportunidade de auferir lucros, atuando em seu próprio ramo de negócio e ‘recebendo um percentual sobre o valor dos contratos’ obtidos pela CISM (item 2.1, segundo parágrafo, fl. 71). A TRANS gerenciou e fiscalizou a produção de vagões nas instalações da CISM, utilizando-se da mão-de-obra dos empregados desta, para garantir a qualidade dos produtos, pois destinados à venda e sobre estas a TRANS recebia participação. O ajuste pelo qual a TRANS obrigou-se junto à CISM garantiu-lhe remuneração sobre todos os contratos advindos para esta última em razão do gerenciamento, como consta de cláusula 15 (fl. 85), o que sem dúvida resultou em benefício direto para a recorrente, obtido mediante o esforço laborativo dos empregados. Justificada, portanto, a atribuição da responsabilidade subsidiária da recorrente pelos créditos reconhecidos ao reclamante.

A d. maioria da Turma, porém, adota distinto posicionamento, fundado nos seguintes motivos: a TRANS, recorrente, esteve à frente dos negócios da primeira reclamada, CISM, como gestora, em razão da ‘transferência’ da administração do usufruto judicial obtido em favor do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico de Três Rios e Paraíba do Sul, Acionistas da Companhia Industrial Santa Matilde e a Associação dos Empregados da Companhia Santa Matilde, por decisão judicial proferida pelo TRT da 1ª Região. Isso, porque, devido à forma como vinha ocorrendo a gestão dos negócios, o usufruto judicial não estava atingindo sua finalidade.

Tendo o Juízo instituidor do usufruto homologado a ‘transferência’, a gestão/administração da CISM passou à TRANS, que, em razão do seu nome comercial, sua experiência de mercado, sua respeitabilidade e idoneidade, melhor se credenciava para dar prosseguimento ao usufruto.

JURISPRUDÊNCIA

Conclui-se, portanto, que o caso dos autos não guarda identidade com aquele contemplado no inciso IV do enunciado 331 do C. TST, mas sim, com as hipóteses previstas nos arts. 716 a 729 do CPC ('Do usufruto de imóvel ou de empresa').

Admitir a aplicabilidade do Enunciado 331/TST seria abrir a possibilidade de que todos os usufrutuários, indistintamente, fossem convocados para responder pelos créditos dos empregados da CISM, inclusive o administrador indicado inicialmente pelos próprios usufrutuários (art. 719/CPC). Aliás, na mesma linha da atuação da TRANS, todos os usufrutuários participaram, ativa ou passivamente, da gestão da empresa. Ter-se-ia então a situação esdrúxula de declarar o Sindicato dos Trabalhadores, os acionistas e a associação dos empregados da CISM também co-devedores ou co-responsáveis."

Em recurso de revista, o Reclamante combate a decisão, apontando o seu descabimento, "uma vez que se a Recorrida (2ª Reclamada) já sabia da situação falimentar da 1ª Reclamada (Companhia Industrial Santa Matilde) e aceitou o pacto de gestão judicial de negócios, com base em tecnologia de ponta, para soerguer a falida, inclusive para possibilitar a participação desta em licitações e concorrências, inevitável a sua responsabilidade subsidiária, nos termos do Enunciado 331, IV, do TST, sendo mero formalismo jurídico a circunstância de a contratação da empresa interposta ter sido realizada através de usufruto judicial de um contrato de locação de serviços de gerenciamento, haja vista a incidência da culpa *in vigilando* e *in eligendo* do referido negócio jurídico" (fls. 189/190). Prossegue, afirmando que, "tendo havido comunhão de interesse entre as empresas no aproveitamento de mão de obra do Reclamante, é natural que elas comunguem nos deveres daí decorrentes" (fl. 190).

Conclui o Recorrente por afirmar contrariedade à atual Súmula 331, IV, do TST, além de ofertar arrestos a confronto.

Os arrestos de fls. 192/194 não oferecem condições de impulsionar o recurso de revista, eis que pertinentes a hipóteses de terceirização estrita, de fornecimento de mão-de-obra (Súmula 296, I, do TST). As peculiaridades do caso presente fazem praticamente impossível o impulso do apelo pela via do dissenso pretoriano.

Estou certo, no entanto, de que a decisão regional contraria a Súmula a que se apega a parte.

Com efeito, assim está posto o verbete:

JURISPRUDÊNCIA

“331. (...)”

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).”

Como se percebe, o texto do verbete biparte-se em duas frentes de atuação, buscando, em primeiro plano, de forma genérica, alcançar os relacionamentos travados na esfera do direito privado e, depois, aqueles desenvolvidos no âmbito da Administração Pública.

O item IV da Súmula 331 do TST, ao impor ao tomador de serviços a responsabilidade pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas do efetivo empregador, não se apegua a modelo jurídico determinado, buscando, antes, resguardar o trabalhador que se vê atrelado a relação triangular, vinculado a duas empresas que se beneficiam de sua força de trabalho.

A desvinculação da forma que se possa dar à contratação efetuada pelas empresas – infensa, por óbvio, à participação do empregado – atende aos princípios da realidade e da proteção, regentes genuínos do Direito do Trabalho.

Evidenciando-se que o trabalhador, por força de negócio jurídico a ele estranho, viu-se a prestar serviços a empresa outra, ao mesmo tempo em que conservado o liame com a sua original empregadora, não se poderá negar a responsabilidade subsidiária daquela primeira, que assume a condição de tomadora de serviços, nos termos exatos da Súmula.

O acórdão regional deixa claro que “a TRANS gerenciou e fiscalizou a produção de vagões nas instalações da CISM, utilizando-se de mão-de-obra dos empregados desta, para garantir a qualidade dos produtos, pois destinados à venda e sobre estas a TRANS recebia remuneração”. Prossegue o Relator, asseverando que “o ajuste pelo qual a TRANS obrigou-se junto à CISM garantiu-lhe remuneração sobre todos os contratos advindos para esta última em razão do gerenciamento, como consta da cláusula 15 (fl. 85), o que sem dúvida resultou em benefício direto para a recorrente, obtido mediante o esforço laborativo dos empregados”.

A Recorrida tomou para si o gerenciamento dos negócios da efetiva empregadora – Companhia Industrial Santa Matilde –, assumindo usufruto judicial, com participação em todos os afazeres da empresa gerida. O modelo

JURISPRUDÊNCIA

de gestão – a teor do acórdão – alcançava todos os setores da empresa, assim restando patente que se o Recorrente não prestou serviços diretamente à primeira (porque não foi por ela contratado), não há dúvidas de que o fez, no mínimo, indiretamente, nos mesmos moldes que todos os demais trabalhadores atrelados à segunda. Este aspecto é confirmado pelas contra-razões, quando a litigante assume que o reclamante não “lhe prestou serviços diretamente” (fl. 207, último parágrafo), deixando de negar que o fizesse indiretamente, como afirmei.

De qualquer sorte, a distinção somente recebe valor no plano formal, pois, em verdade, se a empresa gerente assumiu os negócios da empregadora, é visível que se aproveitou – DIRETAMENTE – da força de trabalho do Reclamante.

O princípio da realidade desconsiderará os ajustes que possam ter feito as duas empresas, na medida em que a TRANS – Sistemas de Transportes S.A., sem sombra de dúvidas, aproveitou-se dos serviços do Recorrente, assumindo a posição de tomadora de serviços.

Não há como se negar esta conclusão, aqui valendo lembrar que os fatos não são estáticos, mas caminham atrelados ao tempo; conformam outras realidades, às quais o Direito e seus aplicadores – com ênfase para o Poder Judiciário – não podem estar alheios. Novos paradigmas surgem; novas soluções são necessárias.

Sob tal vetor é que, exemplificativamente, editou-se a OJ 225 da SBDI-1, a qual, sob premissas parcialmente diversas – calcadas em contrato de arrendamento –, alcança as conseqüências da Súmula 331, IV, do TST.

No caso, a Recorrida aproveitou-se do trabalho do Reclamante, deve responsabilizar-se pelas obrigações contrapostas.

É de suma relevância observar que, a despeito de toda a nomenclatura evocada, não há gestão de negócios, pois – como estão todos os envolvidos de acordo – a intervenção da Recorrida se dá por força de contrato. Na gestão, inexistente “ajuste prévio; a intervenção do gestor verifica-se espontaneamente, sem a ciência antecipada ou sem o consentimento do dono do negócio” (Washington de Barros Monteiro, *in* “Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações – 2ª Parte”, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 426). O contrato de gerenciamento de serviços pode ser assimilado ao contrato de prestação de serviços, à locação de serviços, aspecto que, mais uma vez, faz apropriada a recordação do verbete sumular em foco.

Fazendo-se gerente da empresa empregadora, a Recorrida assumiu também a gerência do contrato individual de trabalho titularizado pelo Autor.

JURISPRUDÊNCIA

Reporto-me, pela excelência de fundo e de forma, ao quanto posto pelo eminente Juiz Luiz Ronan Neves Koury, no julgamento do RO 000763-2001-055-03-00-1, perante a 7ª Turma do 3º Regional (DJMG 05.12.2002), onde era parte a Recorrida, em acórdão assim ementado:

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Impõe-se o reconhecimento da responsabilidade subsidiária da recorrente, uma vez que na condição de gestora de negócios da primeira reclamada, recebendo percentual sobre o valor dos contratos, beneficiou-se do trabalho prestado pelos empregados da empresa por ela gerida.”

As razões de decidir expostas naquele caso exigem transcrição:

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Insurge-se a recorrente contra a responsabilidade subsidiária que lhe foi imputada. Sustenta que não houve terceirização de serviços mas sim Contrato de Gestão de Usufruto Judicial entre as empresas reclamadas, não incidindo na hipótese o entendimento contido no Enunciado nº 331, IV, do TST. Afirmo também que o contrato firmado entre as empresas contém cláusula isentando a recorrente de qualquer responsabilidade para com os empregados da primeira reclamada.

Alega que não existem os requisitos necessários para propositura da ação eis que o reclamante nunca foi seu empregado e o contrato de gestão foi mantido até novembro de 2000, razão pela qual a condenação não pode se estender até 07/03/01, como determinado pela sentença. Aduz que jamais agiu em seu próprio proveito como erroneamente entendeu o juízo *a quo*, tendo havido entre ela e a primeira reclamada um contrato assinado pelos detentores do usufruto judicial para gerenciamento, implantação do plano de apoio de soerguimento e aplicação de tecnologia de ponta.

Inicialmente cumpre esclarecer que a circunstância de a relação jurídica havida entre as reclamadas não se enquadrar no formato clássico da terceirização não é suficiente para eximir a responsabilidade da recorrente pelos créditos trabalhistas. Restando comprovado que a recorrente se beneficiou dos serviços do reclamante ainda que indiretamente emerge a sua responsabilidade subsidiária pelo pagamento dos haveres trabalhistas, na hipótese de inadimplência da primeira reclamada.

Confirmou o preposto da recorrente que figura no pólo passivo como segunda reclamada, à fl.138, que ‘a 2ª reclamada possui uma

JURISPRUDÊNCIA

participação na venda dos vagões produzidos na Santa Matilde, a qual se utiliza unicamente de funcionários seus (da Santa Matilde)’.

De seu turno, o preposto da primeira reclamada declarou que ‘a 2ª reclamada supervisiona e fiscaliza o controle de qualidade dos vagões produzidos na 1ª ré, já que a T’Trans, diante da impossibilidade da Santa Matilde, passou a participar do processo de venda dos vagões da Santa Matilde, fazendo-o em seu nome (da Ttrans)...’ (fl. 138).

Outro aspecto a ser ressaltado é que se torna irrelevante se o reclamante foi contratado pela primeira reclamada, mantendo com esta o liame empregatício, fato que é incontroverso nos autos. O cerne da controvérsia se assenta na verificação do grau de ingerência da recorrente a ponto de se colocar como verdadeira administradora dos negócios da empresa contratante e como condutora de seus destinos.

Portanto, a assertiva recursal a respeito da ausência de relação de emprego restou esvaziada porquanto restou constatado que a recorrente de fato assumiu parte da unidade produtiva da primeira reclamada, auferindo com esse procedimento lucros em prejuízo dos trabalhadores, não havendo, portanto, como afastar a sua responsabilidade pela inadimplência da empregadora do reclamante.

Ademais, o entendimento contido no Enunciado 331, IV, do TST, conquanto a hipótese vertente não se enquadre também como prestação de serviços na forma inserida no aludido Verbete, é no sentido de que por mais anômala que seja a relação havida entre as partes não se pode conceber que haja prejuízo para o empregado que não teve condições de inserir cláusulas no contrato firmado entre as empresas como forma de resguardar os seus direitos.

Registre-se, por outro lado, que não há qualquer impedimento para que o juízo invoque o conhecimento em relação a outros processos com a mesma matéria como subsídio para a solução da lide. Ao revés, a invocação do conhecimento de outras causas é medida salutar e de rotina nos julgamentos.

Realizados esses esclarecimentos, entendo que a prova dos autos conduz à ilação da responsabilidade da recorrente visto que se beneficiou dos serviços do reclamante.

Consoante o Termo de Distrato de fls. 89/90 constata-se que a recorrente mantinha equipamentos de sua propriedade e de terceiros que lhe foram confiados, inclusive matérias primas (fl. 89 item 1), no parque

JURISPRUDÊNCIA

industrial da primeira reclamada, restando evidenciado que assumiu parte da sua unidade produtiva, não se limitando apenas a gerir os seus negócios, como tenta fazer crer em seu recurso.

Prova disso é a petição protocolada junto à Vara de Três Rios na qual é apresentada proposta de solução para o usufruto judicial que não havia ainda surtido efeito em sua plenitude (fls. 93/98). Consta desse documento que a empresa ‘TRANS – Sistemas de Transportes S/A, cuja apresentação encontra-se em anexo, documentos II e III, a qual se dispõe a prestar serviços de gerenciamento; participar das licitações, usando o parque industrial da Santa Matilde a viabilizar a obtenção de capital de giro que se fizer necessário, recebendo, em contrapartida, um percentual sobre o valor dos contratos, percentual que só será devido, na sua totalidade, se o resultado desses contratos, depois de pagas todas as despesas, for positivo’ (fl. 96).

Mais adiante, procurando demonstrar as vantagens do contrato, os subscritores da petição denominam tal avença de parceria (fl. 96, *in fine*), o que somado aos demais elementos probatórios serve para confirmar a condenação subsidiária da recorrente tendo em vista a assunção de parte da unidade produtiva da reclamada principal.

Além disso, conforme item 10 (I) do contrato de locação de serviços de gerenciamento e outras avenças (fl. 107), o plano de ação traçado, para se colocar em prática o contrato, compreendia o conjunto de perspectivas e metas para a atuação da recorrente, T’Trans e da 1ª reclamada, Santa Matilde, inclusive quanto ao ‘gerenciamento do sistema de pessoal e recursos humanos’ (fl. 107, *in fine*), além do gerenciamento da prospecção comercial, vendas, subcontratações, compras e negociações diversas de produtos e serviços afins.

Verifica-se ainda, conforme item 14.3 daquele contrato (fl. 109), que a administração financeira era procedida pela recorrente em conjunto com a reclamada, inclusive com a permissão de abertura de conta corrente para ‘movimentação de todo o numerário relacionado aos contratos e serviços por ela gerenciados’ (letra *a*), evidenciando que o multicitado contrato reservava à recorrente autonomia no gerenciamento da reclamada mediante a participação nos contratos celebrados (fls. 109/110).

Cumprimenta salientar que a cláusula que desonera a recorrente da responsabilidade pelo cumprimento de todas as obrigações para com os empregados (item VI, 18, letra e – fl. 112) não tem o condão de afastar

JURISPRUDÊNCIA

a sua responsabilidade na esfera trabalhista, sendo apenas uma garantia para uma eventual ação regressiva entre as empresas. Tampouco afastam a responsabilidade da recorrente as disposições que regem o usufruto de imóvel ou empresa (arts. 716 e seguintes do CPC) pois independente desse fato deve-se levar em consideração os benefícios auferidos pela recorrente.

Desse modo, a documentação acostada aos autos leva à conclusão, como fez a Vara de origem, da responsabilização subsidiária da recorrente que, na condição de gerenciadora dos serviços da primeira reclamada, foi beneficiária do trabalho prestado.

Deve ser mantida a limitação da responsabilidade da recorrente a 07.03.2001, na forma fixada na sentença, considerando ser esta a data do término do contrato havido entre as reclamadas, conforme faz prova o termo de distrato de fls. 89/90.

Quanto à dobra de salários, esta não foi objeto da condenação (conclusão fl.71), não havendo portanto interesse em recorrer, remanescendo a responsabilidade da recorrente até a data fixada na sentença.

Diante do exposto, restando provado que a recorrente auferiu benefícios com a exploração da primeira reclamada bem como dos serviços de seus empregados, incluindo-se o reclamante, deve responder pelos haveres trabalhistas na forma prevista na decisão recorrida.

Nego provimento.”

Por todo o exposto, divisando contrariedade à Súmula 331, item IV, do TST, dou provimento ao agravo de instrumento, para dar processamento ao recurso de revista.

RECURSO DE REVISTA

ADMISSIBILIDADE

Tempestivo o apelo e regular a representação, estão preenchidos os pressupostos genéricos de admissibilidade.

JURISPRUDÊNCIA

1 – CONTRATO DE GERENCIAMENTO DE SERVIÇOS – LOCAÇÃO DE SERVIÇOS – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – SÚMULA 331, IV, DO TST – CABIMENTO

1.1 – CONHECIMENTO

Reporto-me aos fundamentos lançados quando do julgamento do agravo de instrumento, para conhecer do recurso de revista por contrariedade ao item IV da Súmula 331 do TST.

1.2 – MÉRITO

Sob os mesmos argumentos, havendo contrariedade ao item IV da Súmula 331 do TST, dou provimento ao recurso de revista para, reconhecendo a responsabilidade subsidiária da Recorrida, restabelecer a r. sentença.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Egrégia Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do agravo de instrumento e, no mérito, dar-lhe provimento. Por unanimidade, conhecer do recurso de revista, por contrariedade ao item IV da Súmula 331 do TST e, no mérito, dar-lhe provimento, para restabelecer a r. sentença.

Brasília, 10 de maio de 2006. *Alberto Bresciani*, relator.

NOVA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ART. 114 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

NOVA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO (ART. 114 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). RECURSO DE REVISTA. EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO PRÉVIO NO VALOR DA MULTA ADMINISTRATIVA PARA O PROCESSAMENTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO. ART. 636, § 1º, DA CLT. I – É necessário que se indague se a norma infraconstitucional encontra-se em harmonia com os princípios insculpidos na Lei Maior, de forma a se adequar à finalidade pretendida. II – À luz do princípio da proporcionalidade, que obriga à ponderação entre o gravame imposto e o benefício trazido, vê-se que a cobrança prévia da multa não se configura medida adequada aos fins de proporcionar celeridade e efetividade à sanção punitiva. Isso porque não

JURISPRUDÊNCIA

evitaria a possibilidade de a recorrida-administrada obstar judicialmente o recolhimento do valor determinado pela decisão nas instâncias administrativas que se seguissem e sim proporcionaria o indubitável resultado daí proveniente de um maior acometimento nas esferas judiciais dos administrados que se sentissem prejudicados, a retardar a finalidade intentada de agilizar o efetivo recolhimento. III – Qualquer meio empregado para o alcance da finalidade administrativa deve obedecer aos princípios relativos aos direitos fundamentais ou, no mínimo, ser o menos lesivo a eles, o que não se observa no caso em que o seguimento do recurso está notória e inadequadamente impedido. IV – Inviabilizar o recurso na via administrativa significa impedir a revisão pela Administração de seus próprios atos que, porventura, sejam ilícitos, conseqüência a ser evitada, em razão do princípio democrático e o da legalidade que devem nortear as decisões, tanto administrativas como as judiciais. V – Revisão da jurisprudência firmada pelo STF (Recurso Extraordinário 389.383-1 – São Paulo, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ – 29.06.2007; Recurso Extraordinário 388.359-3 – Pernambuco, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ – 22.06.2007 e Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.976-7 – Distrito Federal, Tribunal Pleno, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJ – 18.05.2007). VI – Recurso não conhecido.

(Processo nº TST-RR-2077/2005-021-02-00 – Ac. 4ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista, nº TST-RR-2077/2005-021-02-00.7, em que é Recorrente UNIÃO e é Recorrida GETEC ENGENHARIA LTDA.

Os autos de mandado de segurança originados na Justiça Federal foram remetidos ao Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, pois, de acordo com o despacho à fl. 143, estando envolvida matéria atinente à penalidade administrativa imposta pela fiscalização do trabalho a empregador, a competência é da Justiça do Trabalho, nos termos do art. 114, VII, da Constituição Federal, com redação da Emenda Constitucional nº 45.

Às fls. 161/164, o TRT da 2ª Região conheceu do recurso ordinário e da remessa necessária, mas negou-lhes provimento.

A União interpõe recurso de revista às fls. 170/189, admitido pelo despacho de fl. 200.

Sem apresentação de contra-razões, de acordo com a certidão emitida à fl. 201.

JURISPRUDÊNCIA

Desnecessário o parecer do Ministério Público do Trabalho.
É o relatório.

VOTO

1 – CONHECIMENTO

1.1 – EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO PRÉVIO NO VALOR DA MULTA ADMINISTRATIVA PARA O PROCESSAMENTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO – ART. 636, § 1º, DA CLT

Trata-se de mandado de segurança impetrado na Justiça Federal, no qual foi reconhecido à empresa o direito líquido e certo de ver processados e julgados os recursos administrativos interpostos aos autos de infração, sem a exigência do depósito prévio do valor correspondente à multa.

Em face da nova competência conferida à Justiça do Trabalho nos termos do art. 114, VII, da Constituição da República, com redação da Emenda Constitucional nº 45/04, os autos foram remetidos ao Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, pelo despacho de fl. 143.

Às fls. 161/164, a Seção Especializada do TRT da 2ª Região conheceu do recurso ordinário e da remessa necessária e negou-lhes provimento, registrando os seguintes fundamentos:

“Conforme já relatado, insurge-se a União Federal contra a r. sentença que concedeu a segurança para permitir o processamento de recurso administrativo sem o depósito prévio do valor da multa.

Entende que a decisão atacada viola o disposto no art. 636, ‘caput’ e § 1º, da CLT, além de afrontar a jurisprudência do E. STF, requerendo a reforma da mesma para que seja denegada a segurança.

Em que pesem os argumentos expendidos, razão não lhe assiste.

A empresa recorrida pretendeu, com a impetração do ‘mandamus’, tão somente defender seu direito líquido e certo à ampla defesa, de modo a apresentar livremente o seu inconformismo a instância administrativa superior, pleiteando o reexame da matéria, sem a necessidade de dispor previamente de numerário que não detém, qual seja, R\$ 63.892,90 (sessenta e três mil, oitocentos e noventa e dois reais e noventa centavos). Conclui pela inconstitucionalidade do § 1º do art. 636 da CLT.

JURISPRUDÊNCIA

De fato, o art. 5º, LV, da Constituição Federal assegura aos litigantes em processo administrativo o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, o que torna inadmissível excluir tal garantia das empresas que se encontrem em dificuldades financeiras e já assoberbadas com a excessiva carga tributária existente em nosso país.

Determinar o contrário equivaleria a negar o seu acesso às vias administrativas de discussão, relegando-os forçosamente ao Judiciário. Como bem lembrado pelo d. magistrado de 1º grau: ‘(...) quando a Administração Pública institui instâncias administrativas de revisão de seus atos, está atendendo a uma dupla finalidade. A mais imediata é a de atender aos *interesses do administrado*, que não se conformou com a decisão administrativa originária, de ver preservados ou restaurados seus direitos que julga violados por ato da própria Administração. A segunda finalidade, não menos importante, é a de atender ao *interesse público primário* de preservação da *legalidade* dos atos da Administração. Nota-se, portanto, que a previsão legal de recurso administrativo não constitui mero *favor legal* ao administrado-contribuinte, mas é decorrência do dever administrativo de *autocontrole dos atos administrativos*.’ (sic – fls. 105).

Ademais, é sabido que não existe semelhança entre a exigência do depósito prévio para recorrer administrativamente e a obrigação de recolher custas nos processos judiciais, pois estas têm natureza jurídica de taxa em razão dos serviços prestados pelo Estado e a multa, por outro lado, corresponde ao próprio objeto do litígio. Destarte, antecipar o pagamento da multa corresponderia, na prática, a antecipar os efeitos da decisão administrativa em discussão, extrapolando os limites de mero pressuposto de admissibilidade recursal.”

Da decisão recorrida infere-se o entendimento de ser indevido impor à empresa-recorrida o pagamento do valor da multa como condição para que pudesse ela recorrer da decisão administrativa que lhe foi desfavorável. Isso porque o Regional considerou inadmissível a exclusão da garantia do contraditório e da ampla defesa à empresa sem condições financeiras para tanto, o que equivaleria a negar o acesso às vias administrativas, relegando-os forçosamente ao Judiciário.

O Colegiado de origem contrapôs-se, ainda, ao argumento da União de a exigência do pagamento prévio do valor da multa ser semelhante à obrigação pelo recolhimento das custas nos processos judiciais, em face de estas terem

JURISPRUDÊNCIA

natureza jurídica de taxa por serviços prestados pelo Estado e aquela corresponder ao próprio objeto do litígio, em verdadeira antecipação dos efeitos da decisão, o que extrapolaria os limites estabelecidos para um pressuposto de admissibilidade recursal.

Às fls. 170/188, a União interpõe recurso de revista, enfatizando que o Ministério do Trabalho e Emprego não praticou nenhum ato coator, por se tratar de ato vinculado da Administração Pública, expressamente determinado no art. 636, § 1º, da CLT.

Sustenta que a exigência do depósito recursal não viola o art. 5º, LV, da Constituição Federal, pois o direito à ampla defesa comportaria condicionamentos impostos pela lei, não estando o comando normativo constitucional a determinar o irrestrito acesso à segunda instância administrativa.

Invoca precedentes do STF que, ao afastarem a tese de ofensa constitucional, conferiram legalidade à exigência do depósito prévio do valor da multa sob o entendimento de o art. 636, § 1º, da CLT encontrar-se recepcionado pela Constituição Federal.

A recorrente argumenta que o art. 636 da CLT não nega à empresa autuada o direito ao contraditório e à ampla defesa, tanto que lhe foi concedido o prazo de dez dias, contados do recebimento do auto, para apresentar defesa, conforme assegura o art. 629, § 3º, do mesmo Diploma Consolidado.

Pretende, ainda, estabelecer uma comparação com o preparo exigido nos recursos judiciais como garantia de juízo para a concessão de medida liminar, bem assim com a caução prevista nos arts. 826 a 838 do CPC, aduzindo que a exigência do art. 636, § 1º, da CLT possui a mesma natureza desses institutos, razão pela qual não sustentaria a decretação de sua inconstitucionalidade. Assevera, ainda, que haveria inconstitucionalidade se o depósito fosse exigido na fase inicial do processo administrativo, mas não na fase final, quando o amplo direito de defesa já foi concedido à empresa.

No mais, intenta afastar a violação ao direito de petição previsto no art. 5º, XXXIV, *a*, da Constituição da República, afirmando que não há confundido com o direito à interposição de recurso, por conterem finalidades diversas.

Pois bem, os princípios em comento estão assim redigidos no Texto Constitucional:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

JURISPRUDÊNCIA

(...)

XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; (...)

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (...).”

Da simples interpretação literal dos dispositivos transcritos já se constata as evidências de as garantias aos direitos de petição, do contraditório e da ampla defesa abrangerem a discussão em torno da condição da empresa-recorrida como interessada no desenvolvimento recursal de processos administrativos contra si, razão pela qual não se sustentam as alegações de que o direito de petição é meramente um “meio de denúncia sobre qualquer irregularidade praticada por uma autoridade pública” (fl. 186) que, no entendimento da recorrente, não se confundiria com o direito a rediscutir decisão que lhe foi desfavorável.

Por sua vez, o art. 636, § 1º, da CLT estipula que:

“Art. 636 Os recursos devem ser interpostos no prazo de 10 (dez) dias, contados do recebimento da notificação, perante autoridade que houver imposto a multa, a qual, depois de os informar encaminhá-los-á à autoridade de instância superior.

§ 1º – O recurso só terá seguimento se o interessado o instruir com a prova do depósito da multa.”

Com efeito, é necessário que se indague se a norma infraconstitucional encontra-se em harmonia com os princípios insculpidos na Lei Maior, de forma a se adequar à finalidade pretendida.

Nesse sentido, à luz do princípio da proporcionalidade, que obriga à ponderação entre o gravame imposto e o benefício trazido, vê-se que a cobrança prévia da multa não se configura medida adequada aos fins de proporcionar celeridade e efetividade à sanção punitiva.

Isso porque não evitaria a possibilidade de a recorrida-administrada obstar judicialmente o recolhimento do valor determinado pela decisão nas instâncias administrativas que se seguissem, e sim proporcionaria o indubitável resultado daí proveniente de um maior acometimento nas esferas judiciais dos

JURISPRUDÊNCIA

administrados que se sentissem prejudicados, a retardar a finalidade intentada de agilizar o efetivo recolhimento.

Ainda sob o enfoque da necessidade material da medida, é sabido que qualquer meio empregado para o alcance da finalidade administrativa deve obedecer aos princípios relativos aos direitos fundamentais ou, no mínimo, ser o menos lesivo a eles, o que não se observa no caso em que o seguimento do recurso está notória e inadequadamente impedido.

Ademais, inviabilizar o recurso na via administrativa significa impedir a revisão pela Administração de seus próprios atos que, porventura, sejam ilícitos, conseqüência a ser evitada, em razão do princípio democrático e o da legalidade, que devem nortear as decisões tanto administrativas como as judiciais.

Isso para não dizer da afronta ao princípio da isonomia na qual se incorreria ao possibilitar a um administrado, com suficiência financeira, o exercício do direito de processamento de seu recurso, obstruindo o recurso de outro administrado sem as mesmas condições financeiras.

Também não procedem as razões de inexistência de determinação constitucional ao acesso irrestrito à segunda instância administrativa e de que a vedação apenas se impõe à norma infraconstitucional sobre o acesso às vias judiciárias, pois a norma constitucional do art. 5º, LV, é explícita em assegurar o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, aos litigantes “em processo judicial ou administrativo”.

Cumprе consignar que, em recentes sessões plenárias, o STF decidiu proceder à revisão de sua jurisprudência firmada sobre assunto semelhante nos seguintes julgados:

“RECURSO ADMINISTRATIVO – DEPÓSITO – §§ 1º E 2º DO ART. 126 DA LEI Nº 8.213/91 – INCONSTITUCIONALIDADE. A garantia constitucional da ampla defesa afasta a exigência do depósito como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo.” (STF, Recurso Extraordinário 389.383-1 – São Paulo, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ – 29.06.2007)

“RECURSO ADMINISTRATIVO – DEPÓSITO – § 2º DO ART. 33 DO DECRETO Nº 70.235/72 – INCONSTITUCIONALIDADE. A garantia constitucional da ampla defesa afasta a exigência do depósito como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo.” (STF, Recurso Extraordinário 388.359-3 – Pernambuco, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ – 22.06.2007)

JURISPRUDÊNCIA

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 32, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 33, § 2º, DO DECRETO 70.235/72 E ART. 33, AMBOS DA MP 1.699-41/98. DISPOSITIVO NÃO REEDITADO NAS EDIÇÕES SUBSEQÜENTES DA MEDIDA PROVISÓRIA TAMPOUCO NA LEI DE CONVERSÃO. ADITAMENTO E CONVERSÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA NA LEI Nº 10.522/02. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DO CONTEÚDO DA NORMA IMPUGNADA. INOCORRÊNCIA. PRESSUPOSTOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA. DEPÓSITO DE TRINTA POR CENTO DO DÉBITO EM DISCUSSÃO OU ARROLAMENTO PRÉVIO DE BENS E DIREITOS COMO CONDIÇÃO PARA A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO. PEDIDO DEFERIDO. [...] A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos como condição de admissibilidade de recurso administrativo constitui obstáculo sério (e intransponível, para consideráveis parcelas da população) ao exercício do direito de petição (CF, art. 5º, XXXIV), além de caracterizar ofensa ao princípio do contraditório (CF, art. 5º, LV). A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos podem converter-se, na prática, em determinadas situações, em supressão do direito de recorrer, constituindo-se, assim, em nítida violação ao princípio da proporcionalidade. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 32 da MP 1699-41 – posteriormente convertida na Lei nº 10.522/02 –, que deu nova redação ao art. 33, § 2º, do Decreto 70.235/72.” (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.976-7 – Distrito Federal, Tribunal Pleno, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJ – 18.05.2007)

Conquanto pertinentes às matérias fiscais e previdenciárias, tais decisões têm em comum a criação de obstáculos ao acesso do recurso administrativo e seus efeitos irradiam-se no caso ora apreciado.

Assim, é de se concluir que o condicionamento do recebimento do recurso administrativo à comprovação de depósito integral do valor da multa aplicada compromete o exercício do direito de petição e ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a ela pertinentes, prerrogativas que devem ser conferidas mesmo no âmbito recursal administrativo, sob pena de se lhes retirar a eficácia da garantia constitucional.

Não conheço.

Isto posto,

JURISPRUDÊNCIA

Acordam os Ministros da 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso de revista.

Brasília, 29 de agosto de 2007. *Antonio José de Barros Levenhagen*, relator.

PORTUÁRIOS. DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA JURÍDICA. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. INVIABILIDADE

PORTUÁRIOS. DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA JURÍDICA. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. INVIABILIDADE. O dissídio coletivo de natureza jurídica visa tão-somente à interpretação de texto normativo tendo por objeto prevenir, tanto quanto possível, conflito coletivo de trabalho, mediante decisão de natureza declaratória. O provimento judicial resultante não tem cunho condenatório nem define titularidade de direito material. Assim, o pedido de denúncia da lide não se enquadra em nenhuma das hipóteses do art. 70 do CPC.

DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA JURÍDICA. “COMUM ACORDO” PARA A INSTAURAÇÃO DO DISSÍDIO COLETIVO. IMPERTINÊNCIA. A exigência do “comum acordo” como pressuposto para o desenvolvimento válido do processo de dissídio coletivo, objeto do § 2º do art. 114 da Constituição da República, introduzida pela Emenda Constitucional 45/04, visa estimular e prestigiar a negociação coletiva como forma de composição dos conflitos coletivos do trabalho. Tendo em vista que para o Dissídio Coletivo de natureza jurídica não se exige negociação prévia, aquele pressuposto processual somente tem lugar em sede de Dissídio Coletivo de natureza econômica.

AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL DE DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA JURÍDICA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. Questiona-se a possibilidade jurídica do pedido, em face da ausência de previsão constitucional, após a Emenda Constitucional 45/04, de dissídio coletivo de natureza jurídica. Ocorre que o art. 114, inc. I, da Constituição da República trata da competência da Justiça do Trabalho para julgar litígio oriundo da relação de trabalho. Ora, o dissídio coletivo é a ação destinada a dirimir o conflito coletivo de trabalho nascido da relação empregatícia. Assim, ainda que o objeto do litígio seja mera interpretação de texto normativo, matéria própria do dissídio coletivo de natureza jurídica, competirá à Justiça do Trabalho apreciar a demanda decidindo o conflito.

JURISPRUDÊNCIA

O art. 1º da Lei nº 7.701/88, editada sob a égide da Constituição da República de 1988, contempla a modalidade de dissídio coletivo de natureza jurídica.

Preliminares de extinção do processo sem resolução do mérito que se rejeitam.

LITISPENDÊNCIA COM OUTRO DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA JURÍDICA SUSCITADO POR OPERADOR PORTUÁRIO. Uma vez revelada a identidade de pedido e da causa de pedir entre a presente ação e o dissídio coletivo de natureza jurídica, em grau de Recurso Ordinário em curso nesta Corte, proposto por operador portuário, e considerando que a decisão a ser proferida nesta ação atinge a ambos, configura-se, também, a identidade de partes, razão pela qual há litispendência.

Preliminar de litispendência parcialmente acolhida para extinguir o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, inc. V, do CPC, apenas em relação aos trabalhadores que prestam serviço de capatazia ao suscitante do RODC-20.174/2004-000-02-00.

LEGITIMIDADE ATIVA DE FEDERAÇÃO COM BASE TERRITORIAL NACIONAL PARA SUSCITAR DISSÍDIO COLETIVO ORIGINÁRIO. A existência de sindicatos não impede a atuação processual da federação correspondente, com base territorial nacional, que detenha a legitimidade ativa para ajuizamento de dissídio coletivo de natureza jurídica quando o conflito acerca da interpretação da disposição da lei excede a jurisdição de um Tribunal Regional do Trabalho.

Preliminar de extinção rejeitada.

PORTUÁRIOS. CONTRATAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO DE TRABALHADORES DA ATIVIDADE DE CAPATAZIA NÃO REGISTRADOS NEM CADASTRADOS NO OGMO. (ART. 26, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 8.630/93. CONVENÇÃO 137 DA OIT). A discussão diz respeito à possibilidade de os operadores portuários admitirem com vínculo empregatício e por prazo indeterminado trabalhadores para a atividade de capatazia selecionados livremente no mercado de trabalho, isto é, que não estejam registrados nem cadastrados no OGMO. O fundamento jurídico do pedido reside no disposto no art. 26, parágrafo único, da Lei nº 8.630/93, que, diversamente do caput, não relacionou, expressamente, a atividade de capatazia dentre aquelas para cuja contratação com vínculo de emprego instituiu a reserva de mercado.

JURISPRUDÊNCIA

A interpretação literal e solitária do dispositivo parece indicar a procedência da argumentação deduzida na petição inicial. Todavia, ante a irrecusável aplicação da Convenção 137 da Organização Internacional do Trabalho OIT, segundo a qual “Os portuários matriculados terão prioridade para a obtenção de trabalho nos portos” (Artigo 3, item 2), a partir de uma interpretação sistemática da norma e da compreensão da realidade vivida nos portos brasileiros sob a égide da Lei nº 8.630/93, é que se pode bem equacionar a questão nesta oportunidade. A omissão da atividade de capatazia no texto do parágrafo único do art. 26 equivale a exclusão dessa atividade da exclusividade para a contratação por prazo indeterminado. Não se pode perder de vista, entretanto, que as atividades portuárias estão descritas no § 3º do art. 57 da Lei, a saber: Capatazia, Estiva, Conferência de Carga, Conserto de Carga, Vigilância e Bloco, constituindo uma só categoria profissional: a dos Trabalhadores Portuários; desses (os avulsos) somente os de capatazia e bloco foram, nos termos do parágrafo único do art. 26, excluídos do benefício da exclusividade para a contratação por prazo indeterminado pelos operadores portuários. No entanto, a partir do dia 12 de agosto de 1995, com a incorporação da Convenção 137 da Organização Internacional do Trabalho – OIT ao ordenamento jurídico brasileiro, é lícito concluir que, para proceder à contratação com vínculo empregatício e por tempo indeterminado de trabalhadores em capatazia, os operadores portuários ficaram obrigados a observar a prioridade daqueles portuários avulsos registrados e cadastrados. Em tais circunstâncias, somente se, e quando, remanescer vaga das oferecidas, poderá recrutar fora do sistema do OGM0.

Dissídio Coletivo de natureza jurídica que se julga parcialmente procedente.

(Processo nº TST-DC-174.611/2006-000-00-00 – Ac. SDC)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Dissídio Coletivo nº TST-DC-174.611/2006-000-00-00.5, em que é Suscitante FEDERAÇÃO NACIONAL DOS OPERADORES PORTUÁRIOS – FENOP e Suscitadas FEDERAÇÃO NACIONAL DOS CONFERENTES E CONSERTADORES DE CARGA E DESCARGA, VIGIAS, PORTUÁRIOS, TRABALHADORES DE BLOCO, ARRUMADORES E AMARRADORES DE NAVIOS NAS ATIVIDADES PORTUÁRIAS – FENCCOVIB e FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PORTUÁRIOS – FNP.

Trata-se de dissídio coletivo de natureza jurídica instaurado em 12.09.2006 pela Federação Nacional dos Operadores Portuários – FENOP

JURISPRUDÊNCIA

contra a Federação Nacional dos Conferentes e Consertadores de Carga e Descarga, Vigias, Portuários, Trabalhadores de Bloco, Arrumadores e Amarradores de Navios nas Atividades Portuárias – Fenccovib e a Federação Nacional dos Portuários – FNP.

Na representação (fls. 2/30), a suscitante faz considerações sobre a sua legitimidade ativa, a competência do Tribunal Superior do Trabalho para apreciar o pedido e a prescindibilidade de negociação prévia para o ajuizamento da ação. Assim está redigido o pedido declaratório:

“Provimento declaratório no sentido de se reconhecer, nos termos do art. 26 da Lei nº 8.630/93, o direito dos operadores portuários de contratar, com vínculo empregatício, profissionais selecionados livremente no mercado de trabalho, portanto, não inscritos no OGMO, para a atividade de capatazia, tal como definida no art. 57, § 3º, I, da Lei nº 8.630/93, e, conseqüentemente, a declaração de inexistência da relação jurídica válida que obrigue os operadores portuários a contratarem apenas os trabalhadores portuários avulsos registrados ou cadastrados no OGMO” (fls. 29).

Considera a suscitante que o art. 26 da Lei nº 8.630/93 confere direito ao operador portuário de realizar operações com trabalhador portuário avulso e com trabalhador contratado com vínculo de emprego por prazo indeterminado. Destaca que o parágrafo único do dispositivo não incluiu a atividade de capatazia, único objeto do dissídio coletivo, entre aquelas que devem ser realizadas exclusivamente com trabalhadores avulsos registrados ou cadastrados no Órgão Gestor da Mão-de-Obra (OGMO). Assim, entende ser possível a livre contratação no mercado de trabalho de trabalhador para a atividade de capatazia. Queixa-se de que as exigências dos sindicatos de capatazia têm inviabilizado a utilização de avulsos. Argumenta, ainda, que a produção e a produtividade dos avulsos são muito inferiores à dos empregados diretamente contratados e que as operações portuárias, atualmente, são feitas por meio mecanizado e automatizado, com emprego de sofisticados equipamentos, sendo necessário treinamento intenso, sistemático e adequado da mão-de-obra, o que, segundo ela, somente é possível “com os trabalhadores próprios (vinculados)” (fls. 12), pois os avulsos recebem treinamento apenas para obtenção de registro e trabalham em rodízio, sem orientação sistemática sobre o uso desses equipamentos. Aduz que o “outro motivo para que os operadores portuários recrutem e contratem trabalhadores fora do sistema do OGMO (procedimento lícito) é que os avulsos, na maioria das ocasiões, não têm o menor interesse em se vincularem” (fls. 13).

JURISPRUDÊNCIA

Aduz, ainda, que as Delegacias Regionais do Trabalho, os sindicatos de capatazia e o Ministério Público do Trabalho vêm compelindo os operadores portuários a recrutar para a contratação somente dentre os trabalhadores registrados e os cadastrados no OGMO. Denuncia que vários de seus filiados têm sido alvo de ações judiciais e autos de infrações. Afirma que cabe aos operadores portuários a direção e a coordenação das operações que realizam, tendo a lei retirado a atividade de capatazia do sistema do OGMO. Invoca os princípios da legalidade, da isonomia, do livre exercício do trabalho, da busca do pleno emprego e da ordem econômica, consignando que a Lei nº 8.630/93 não assegurou reserva de mercado ou monopólio do emprego, devendo esta Corte assegurar o pleno emprego, a justiça social e o direito ao trabalho.

Com a petição inicial vieram os documentos de fls. 31/249.

Em 25/9/2006, foi realizada a audiência de conciliação e instrução (fls. 264/266), na qual foi colhido o depoimento do preposto da suscitante, foram juntados documentos e apresentadas as defesas.

Na defesa de fls. 324/403, as suscitadas argüiram preliminares de extinção do feito sem resolução de mérito por: a) defeito de representação, seja pela ausência da carta sindical do suscitante, seja pela irregularidade no estatuto da suscitante quanto à base territorial e à alteração estatutária; b) incapacidade da parte; c) impossibilidade jurídica de instauração de dissídio coletivo na base territorial de sindicatos de operadores portuários; d) ausência de assembleia autorizadora do dissídio pelos sindicatos da base territorial; e) impossibilidade jurídica do pedido por ausência de previsão constitucional, após a Emenda Constitucional 45/2004, de dissídio coletivo de natureza jurídica; f) falta de “comum acordo” para a instauração do dissídio coletivo; e g) litispendência e coisa julgada em face de outras demandas da mesma natureza desta ajuizadas contra operadores portuários. Entendem que há grave ofensa ao princípio do juiz natural.

As suscitadas apresentaram, no corpo da defesa, denúncia da lide à Companhia Docas do Estado de São Paulo – CODESP, Companhia Docas da Paraíba – Docas PB, CDP – Companhia Docas do Pará, CDC – Companhia Docas Ceará, CODOMAR – Companhia Docas do Maranhão, CODERN – Companhia Docas do Rio Grande do Norte, EMAP – Empresa Brasileira de Administração Portuária, CODEBA – Companhia Docas da Bahia, CODESA – Companhia Docas do Espírito Santo, CDRJ – Companhia Docas do Rio de Janeiro, Porto do Recife S.A. e Ministério Público Federal. Pretendem, ainda, a integração do Ministério Público do Trabalho, como litisconsorte facultativo, sob o argumento de que ele possui várias demandas contra os representados pela suscitante.

JURISPRUDÊNCIA

Destacam, ainda, a importância da solução judicial do conflito e discorrem sobre o impacto social da decisão a ser proferida na presente demanda. No mérito, pedem a improcedência do pedido, por entenderem ser ilegal a pretensão formulada. Aduzem que os trabalhadores de capatazia habilitados para a operação portuária são aqueles treinados e qualificados pelo OGMO, constituído pelos próprios operadores portuários. Afirmam que a habilitação como portuário somente é possível àqueles que têm inscrição no OGMO, podendo os operadores utilizarem-se de portuário avulso ou portuário vinculado. Assim, continuam as suscitadas, todo o gerenciamento da mão-de-obra portuária é feito pelo referido órgão. Invocam, entre outros dispositivos, os arts. 18, 27 e 70 da Lei nº 8.630/93; a Convenção 137¹ e a Recomendação 145², ambas da OIT; cláusula do contrato de concessão pública aos operadores portuários³; e nota técnica do Ministério do Trabalho⁴. Sustentam que não há impedimento para que outros trabalhadores passem a prestar serviços portuários, bastando que sejam considerados habilitados pelo OGMO. Contestam a interpretação dada ao art. 26 da citada lei.

Com a defesa, foram juntados os documentos de fls. 405/751.

A fls. 770/772, o Ministério Público do Trabalho requereu fossem riscadas expressões que considera caluniosas e injuriosas à instituição e a seus membros na representação (petição inicial). Requereu, ainda, a oitiva da suscitante para retificação ou a ratificação das expressões. A fls. 822/836, a suscitante apresentou manifestação na qual ratifica as expressões utilizadas e requereu o desentranhamento da petição de fls. 770/772, sob o argumento de que se trata de questão incidental impertinente ao objeto da ação.

Em 10 de outubro de 2006, prosseguiu-se na audiência de conciliação e instrução (fls. 791/796), com os depoimentos das suscitadas.

A fls. 798/801, as suscitadas comunicaram a ocorrência de acidente de trabalho no Porto de Santos, o qual, para eles, foi provocado por trabalhadores não habilitados pelo OGMO.

Foi retomada a audiência de conciliação e instrução em 20 de outubro. O Ministro Rider de Brito, instrutor, requisitou das partes documentação para instruir o feito e determinou a expedição de ofícios a operadores portuários e OGMOs (fls. 931/932).

1 Convenção 137 da OIT, adotada pelo Estado Brasileiro via Decreto 1.575/1995.

2 Recomendação 145, da OIT – transcrição às fls. 367 dos autos.

3 Cláusula Padrão do Contrato de Concessão Pública aos Operadores Portuários: fls. 363, 467 e 528 dos autos (vol. 3)

4 Nota Técnica do Ministério do Trabalho e Emprego, fls. 721.

JURISPRUDÊNCIA

A fls. 934/958, a suscitante ofereceu réplica, acompanhada de documentos (fls. 959/1.053). A fls. 1.054/1.058, as suscitadas apresentaram manifestação, também acompanhada de documentação (fls. 1.059/1.170).

O Ministério Público do Trabalho, na petição de fls. 1.172/1.176, reiterou o pedido de que fossem riscadas expressões e palavras que considera caluniosas e injuriosas à instituição e a seus membros na petição inicial e requer o desentranhamento da peça de fls. 822/836.

A documentação requisitada pelo Ministro instrutor do feito compõe 25 volumes anexos aos presentes autos (cf. certidões de fls. 1.181/1.187, 1.200/1.204 e 1.211), não havendo impugnação pelas partes.

Manifestação da suscitante, a fls. 1.205/1.210.

Na audiência realizada em 6 de dezembro, o Ministro instrutor apresentou às partes as bases para a conciliação, consistente em gradual contratação de empregados de capatazia por prazo indeterminado em percentuais, até que, após 6 anos, o operador portuário poderá efetuar livremente as contratações que deseje. Previu a proposta garantia de emprego de dois anos para os contratados⁵. As partes, porém, não se conciliaram, sendo adiada a audiência (fls. 1.212/1.216 e 1.217/1.221).

5 Proposta de Conciliação do Ministro Vice-Presidente, instrutor do feito (fls. 1217/1221):

“Art. 1º A partir da vigência do presente acordo coletivo, a contratação de trabalhadores para os serviços de capatazia nos portos brasileiros será feita da seguinte forma:

I – no primeiro ano de vigência deste acordo, os empregadores portuários que optarem por contratar trabalhadores de capatazia, mediante contrato por prazo indeterminado, deverão recrutar 50% (cinquenta por cento) do total necessário às suas atividades dentre trabalhadores portuários avulsos inscritos no respectivo OGMO;

II – no segundo ano de vigência deste acordo, os empregadores portuários que optarem por contratar trabalhadores de capatazia, mediante contrato por prazo indeterminado, deverão recrutar 40% (quarenta por cento) do total necessário às suas atividades dentre trabalhadores portuários avulsos inscritos no respectivo OGMO;

III – no terceiro ano de vigência deste acordo, os empregadores portuários que optarem por contratar trabalhadores de capatazia, mediante contrato por prazo indeterminado, deverão recrutar 30% (trinta por cento) do total necessário às suas atividades dentre trabalhadores portuários avulsos inscritos no respectivo OGMO;

IV – no quarto ano de vigência deste acordo, os empregadores portuários que optarem por contratar trabalhadores de capatazia, mediante contrato por prazo indeterminado, deverão recrutar 20% (vinte por cento) do total necessário às suas atividades dentre trabalhadores portuários avulsos inscritos no respectivo OGMO;

V – no quinto ano de vigência deste acordo, os empregadores portuários que optarem por contratar trabalhadores de capatazia, mediante contrato por prazo indeterminado, deverão recrutar 10% (dez por cento) do total necessário às suas atividades dentre trabalhadores portuários avulsos inscritos no respectivo OGMO”.

JURISPRUDÊNCIA

Em 19 de dezembro, foi reaberta a audiência, sem que se alcançasse a almejada conciliação. Concedeu-se às partes prazo para manifestação e oferecimento de razões finais (fls. 1.227/1.228).

A fls. 1.230/1.241, 1.242/1.250 e 1.251/1.254 foram juntadas as manifestações apresentadas pelas partes na última audiência acerca das propostas conciliatórias.

Foram oferecidas razões finais pelas suscitadas (fls. 1.255/1.277) e pelo suscitante (fls. 1.278/1.293).

O Ministério Público do Trabalho, em parecer de fls. 1.300/1.364, opinou pela extinção do feito sem resolução de mérito por ausência de negociação, impossibilidade de instauração da instância pela federação, falta de assembleias nos sindicatos, impossibilidade jurídica do dissídio coletivo de natureza jurídica, litispendência em relação a diversos representados pela suscitante. Concluiu, pedindo que, na hipótese de rejeição das preliminares, seja decretada a improcedência do pedido, assegurando-se prioridade aos trabalhadores portuários avulsos na contratação por prazo indeterminado pelos operadores portuários com condições de trabalho previamente acertadas com o sindicato profissional.

É o relatório.

VOTO

1 – DOS INCIDENTES PROCESSUAIS PENDENTES DE EXAME

Em face da ordem de prejudicialidade, inicio o exame deste Dissídio Coletivo com a apreciação dos incidentes processuais pendentes de solução.

1.1 – DENUNCIÇÃO DA LIDE

As suscitadas pretendem, em capítulo da defesa, a denúncia da lide à Companhia Docas do Estado de São Paulo – CODESP, à Companhia Docas da Paraíba – Docas PB, à CDP – Companhia Docas do Pará, à CDC – Companhia Docas Ceará, à CODOMAR – Companhia Docas do Maranhão, à CODERN – Companhia Docas do Rio Grande do Norte, à EMAP – Empresa Brasileira de Administração Portuária, à CODEBA – Companhia Docas da Bahia, à CODESA – Companhia Docas do Espírito Santo, à CDRJ – Companhia Docas do

JURISPRUDÊNCIA

Rio de Janeiro, à Porto do Recife S.A. e ao Ministério Público Federal. Destacam que há manifesto interesse daqueles que firmaram contratos de concessão para exploração do porto público (administradas pelas referidas empresas), fiscalizados pelo Ministério Público Federal.

Ocorre que a denunciação da lide ora pretendida é incabível no particular.

O pedido formulado não se enquadra em nenhuma das hipóteses do art. 70 do CPC. Com efeito, o dissídio coletivo de natureza jurídica visa tão-somente à interpretação de texto normativo ensejador de conflito coletivo de trabalho, mediante decisão de natureza declaratória. O provimento judicial não tem cunho condenatório, o que afasta as situações descritas nos incisos I e III do art. 70 citado. Também não se trata de direito possessório, fundamento do inciso II do mencionado artigo. Não se enquadra o pedido nas hipóteses legais de denunciação da lide.

Além disso, o procedimento previsto para a denunciação da lide (arts. 72 e 75 do CPC) revela que a intervenção de terceiros deva ser feita em peça autônoma, pois sua apresentação suspende o prazo para a defesa. As suscitadas, assim, não observaram o correto procedimento para a propositura dessa modalidade de intervenção.

REJEITO o pedido de denunciação da lide.

1.2 – CHAMAMENTO AO PROCESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

As suscitadas também na contestação requerem a integração do Ministério Público do Trabalho, entendendo tratar-se de litisconsórcio facultativo, sob o argumento de que ele ajuizou várias ações civis públicas contra os representados pela suscitante.

Ocorre que a legislação processual apenas prevê o litisconsórcio facultativo na hipótese de assistência, cabendo ao interessado, livremente, intervir no processo (art. 50, CPC). A assistência, em caso de litisconsórcio facultativo, não pode ser imposta pelo juízo.

Por outro lado, o chamamento ao processo, instituto mais próximo dos requeridos pelas suscitadas, não tem aplicação na modalidade de litisconsórcio facultativo (art. 77 do CPC), a exemplo das demais modalidades de intervenção de terceiros, à exceção da assistência supra-examinada.

Por fim, o órgão do Ministério Público do Trabalho já vem intervindo nos autos na qualidade de *custos legis* e em nenhum momento requereu seu ingresso na lide como assistente de qualquer das partes.

JURISPRUDÊNCIA

Sendo incabível, REJEITO o pedido de chamamento do Ministério Público do Trabalho como litisconsorte.

1.3 – PRÉ-JULGAMENTO DO DISSÍDIO COLETIVO. QUEBRA DO EQUILÍBRIO DAS PARTES

As suscitadas, em razões finais, afirmam que a proposta de conciliação apresentada pelo Ministro instrutor “acabou por promover a supremacia processual da entidade patronal, que já teve sua pretensão previamente acolhida (...), com a instauração de verdadeiro e grave desequilíbrio entre as partes” (fls. 1.243).

Ocorre, porém, que a proposta conciliatória não vincula a Seção Normativa nem o Ministro que instruiu o feito. Trata-se de ação de natureza declaratória com pretensões diametralmente opostas. A proposta do Ministro instrutor do dissídio coletivo, que atende aos ditames processuais (CLT art. 862), objetiva a almejada conciliação, atendendo, portanto, a finalidade legal a que se destina.

Além disso, as suscitadas nada requereram nesse capítulo das razões finais. Suas alegações, portanto, carecem de objetivo.

REJEITO a alegação apresentada pelas suscitadas, repudiando-a.

1.4 – DESENTRANHAMENTO DE PEÇAS E INUTILIZAÇÃO DE EXPRESSÕES E PALAVRAS

A fls. 770/772, o Ministério Público do Trabalho requereu que se riscuem palavras e expressões consideradas caluniosas e injuriosas ao órgão e a seus membros na petição inicial. Requereu a oitiva da suscitante para retificação ou ratificação das expressões.

A fls. 822/836, a suscitante apresentou manifestação em que ratifica as expressões utilizadas e requereu o desentranhamento da petição de fls. 770/772, sob o argumento de que se trata de questão incidental impertinente ao objeto da ação.

O Ministério Público do Trabalho em petição à fls. 1.172/1.176 reiterou o pedido de que fossem riscadas expressões e palavras e requereu o desentranhamento da peça de fls. 822/836.

O órgão não renovou, entretanto, o pedido de desentranhamento nem o de que fossem riscadas as mencionadas expressões. Também a suscitante nada mais disse em suas razões finais acerca do pedido de desentranhamento da

JURISPRUDÊNCIA

petição de fls. 770/772. Assim, considero que as partes perderam o interesse em seus requerimentos. Além disso, sequer há ofensa direta e grave a justificar a medida requerida.

INDEFIRO os requerimentos do *Parquet* e da suscitante.

2 – DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Passo ao exame das preliminares, a começar pelos pressupostos processuais de constituição e desenvolvimento válidos do processo, segundo os critérios de abrangência e prejudicialidade.

2.1 – PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA FUNCIONAL DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

As suscitadas argüem a incompetência do Tribunal Superior do Trabalho para julgar o presente feito, embora inclusa na preliminar que vem sob o título “IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE INSTAURAÇÃO DE DISSÍDIO COLETIVO NA BASE TERRITORIAL DOS SINDICATOS DE OPERADORES PORTUÁRIOS – CARÊNCIA DO DIREITO DE AÇÃO” (fls. 333).

Defende o caráter regional na organização da mão-de-obra portuária e conclui nos seguintes termos:

“Dessa forma, requer seja reconhecida a impossibilidade jurídica de ajuizamento e a incompetência do TST para conhecer desse dissídio coletivo, em afronta a preferência dos Sindicatos com extinção do processo sem julgamento do mérito, pela carência do direito de ação e/ou incompetência desse Colendo Tribunal.” (fls. 335 *in fine*)

As questões atinentes à impossibilidade jurídica e à ilegitimidade ativa da Federação estão abordadas em capítulos específicos (3.1 e 3.2 deste voto, respectivamente).

A argüição de incompetência do Tribunal Superior do Trabalho tem como fundamento principal a existência de sindicatos nas localidades. Esse argumento, entretanto, não justifica a extinção pretendida.

Com efeito, o fato de as categorias econômicas e profissionais possuírem sindicato não significa que somente ele detém legitimidade para ajuizamento de dissídio coletivo de natureza jurídica.

Dispõe a Lei nº 7.701/88:

JURISPRUDÊNCIA

“Art. 1º O Tribunal Superior do Trabalho, nos processos de sua competência, será dividido em turmas e seções especializadas para a conciliação e julgamento de dissídios coletivos de natureza econômica ou jurídica e de dissídios individuais, (...).

(*omissis*)

Art. 2º Compete à seção especializada em dissídios coletivos, ou seção normativa:

I – originariamente:

a) conciliar e julgar os dissídios coletivos que excedam a jurisdição dos Tribunais Regionais do Trabalho e estender ou rever suas próprias sentenças normativas, nos casos previstos em lei;

(*omissis*)

Art. 6º Os Tribunais Regionais do Trabalho que funcionarem divididos em Grupos de Turmas promoverão a especialização de um deles com a competência exclusiva para a conciliação e julgamento de dissídios coletivos, na forma prevista no *caput* do art. 1º desta Lei.”

Como se vê, o critério utilizado pelo legislador para a fixação da competência normativa é a extensão do conflito coletivo. Excedendo ele a jurisdição de um Tribunal Regional, competirá a esta Corte decidir o conflito coletivo pertinente. Por outro lado, como regra geral, caberá ao TRT o julgamento do dissídio coletivo quando a controvérsia estiver adstrita aos limites de sua jurisdição.

Assim, pois, a existência de sindicatos não impede a atuação processual da federação correspondente, com base territorial nacional, que detenha a legitimidade ativa para ajuizamento de dissídio coletivo de natureza jurídica quando o conflito acerca da interpretação da disposição da lei excede a jurisdição de um Tribunal Regional do Trabalho.

Na espécie, o Dissídio é, sem dúvida, nacional, visto que a Lei nº 8.630/93 regula o trabalho em todos os Portos brasileiros e a situação dos trabalhadores portuários (em especial as atividades em capatazia) vem gerando conflitos no âmbito de todos os operadores portuários, reforçando a convicção de que se trata de questão nacional, e não local, consoante descrito no item 4.1.2. deste voto⁶.

6 Ver também tabelas 1 e 2 do subitem 4.1.2 (mérito) (são cerca de 52 operadores portuários em 9 (nove) Estados da Federação, somando mais de 3.000 empregados em capatazia não habilitados no OGMO)

JURISPRUDÊNCIA

Por fim, saliente-se que neste feito a pretensão se resume à interpretação do art. 26 e parágrafo único da Lei nº 8.630/93, que, como se sabe, tem aplicação em todo o território nacional e sua interpretação, portanto, extrapola a jurisdição de um Tribunal Regional do Trabalho.

Para ilustrar, basta lembrar que as suscitadas relatam inúmeras situações conflituosas em torno da contratação de trabalhadores não registrados nem cadastrados no OGMO, como, por exemplo, Santos (fls. 342); Vitória (fls. 792); Itajaí, S. Francisco-SC e Paranaguá (fls. 794); Salvador (fls. 795).

REJEITO a preliminar.

2.2 – PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DO FEITO POR FALTA DE “COMUM ACORDO” PARA A INSTAURAÇÃO DO DISSÍDIO COLETIVO

Na contestação de fls. 324/403, as suscitadas argüiram a preliminar de extinção do feito sem resolução de mérito por falta de “comum acordo” para a instauração do Dissídio Coletivo. Invocam o art. 114, § 2º, da Constituição da República com redação dada pela Emenda Constitucional 45/04.

A análise histórica dos fatos revela a real finalidade da alteração promovida no texto constitucional.

A exigência do “comum acordo” como pressuposto para o desenvolvimento válido do processo de dissídio coletivo, objeto do § 2º do art. 114 da Constituição da República, introduzida pela Emenda Constitucional 45/04, visa estimular e prestigiar a negociação coletiva como forma de composição dos conflitos coletivos de trabalho. Tendo em vista que para o dissídio coletivo de natureza jurídica não se exige negociação prévia, aquele pressuposto processual somente tem lugar em sede de dissídio coletivo de natureza econômica.

REJEITO a preliminar.

2.3 – PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DO FEITO POR AUSÊNCIA DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA ARGÜIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

O Ministério Público do Trabalho suscita a preliminar de extinção do feito sem resolução de mérito por ausência de negociação prévia.

Efetivamente, não houve negociação prévia. A própria suscitante admite, na petição inicial, não ter ocorrido negociação prévia, sob o argumento de que

JURISPRUDÊNCIA

não se trata de um pressuposto para ajuizamento de dissídio coletivo de natureza jurídica.

A Orientação Jurisprudencial 6 desta Subseção, que assentava a exigência da negociação prévia em caso de dissídio coletivo de natureza jurídica, foi cancelada em 2001.

A iterativa jurisprudência da Seção Normativa é a da inexigibilidade de negociação prévia no caso de dissídio coletivo de natureza jurídica:

“DISSÍDIO COLETIVO. NATUREZA JURÍDICA. 1. ASSEMBLÉIA-GERAL. NEGOCIAÇÃO PRÉVIA. INEXIGIBILIDADE. O pedido de instauração de instância em sede de dissídio coletivo de natureza jurídica constitui-se em ato administrativo inerente à direção do sindicato na busca da interpretação de uma norma aplicável à categoria que representa. Inexigíveis, no caso, a negociação prévia para alcançar solução de consenso e a realização de assembléia-geral destinada à legitimação do sindicato para propor a ação coletiva. (...)” (RODC 604.502/1999, Rel. Min. Francisco Fausto, DJ 23.03.2001)

“DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA JURÍDICA. AJUIZAMENTO. ASSEMBLÉIA GERAL AUTORIZADORA. PRÉVIA NEGOCIAÇÃO COLETIVA. DESNECESSIDADE. 1. O dissídio coletivo de natureza jurídica visa a obter pronunciamento judicial propriamente dito, consubstanciado em interpretação de norma coletiva preexistente. A instauração de instância, nesse aspecto, assemelha-se a ajuizamento de processo comum fundado no poder geral de representação que o sindicato confere a seu presidente, segundo normas estatutárias. 2. Se a categoria autoriza o sindicato a negociar e, eventualmente, a instaurar dissídio coletivo de natureza econômica, subentende-se que igualmente lhe confere poderes para dirimir eventuais dúvidas que possam surgir do instrumento normativo pactuado ou prolatado pela Justiça do Trabalho. 3. Daí porque o Tribunal Superior do Trabalho tem entendido que o dissídio coletivo de natureza jurídica pode ser ajuizado ainda que não se consulte previamente a categoria ou não se busque solucionar a questão mediante negociação coletiva. Por isso, a Eg. Seção de Dissídios Coletivos, em 10.08.2000, revogou a antiga Orientação Jurisprudencial nº 6/SDC-TST. 4. Recurso ordinário do Sindicato da categoria patronal a que se dá provimento para determinar o retorno dos autos ao Tribunal a quo, a fim de que prossiga no exame do presente dissídio coletivo, como entender de direito, afastada a ilegitimidade de parte.” (RODC 32.882/2002-900-03-00, Red. Min. João Oreste Dalazen, DJ 21.02.2003)

JURISPRUDÊNCIA

De mais a mais, a circunstância de o objeto do presente dissídio coletivo encontrar-se em discussão no âmbito da Comissão Nacional Permanente Portuária do Ministério do Trabalho e Emprego não torna exigível a negociação prévia para o ajuizamento do presente dissídio coletivo.

REJEITO a prefacial.

2.4 – PRELIMINARES DE EXTINÇÃO DO FEITO POR INCAPACIDADE DA PARTE AUTORA E DE IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO

As suscitadas pedem a extinção do feito sem resolução de mérito, sustentando que há defeito de representação, seja em face da ausência da carta sindical da suscitante, seja em face da irregularidade no estatuto desta quanto à base territorial e à alteração estatutária. Apontam ausência de assembléia autorizadora do dissídio pelos sindicatos da base territorial e suscitam a incapacidade da parte. Defendem que a suscitante deve ser intimada para trazer aos autos a certidão atual do Cadastro de Entidades Sindicais e o registro do estatuto aprovado na assembléia realizada em 28 de junho de 2006, sob pena “de ser considerada inabilitada a representação sindical pretendida” (fls. 329). Afirmam que houve alteração estatutária casuística na base territorial, que somente passou a ser nacional quando da autorização do ajuizamento da ação. Destacam que a referida reforma estatutária somente entra em vigor após o registro no Ministério do Trabalho.

Sem razão, entretanto.

No que tange à falta de peças comprobatórias da representação processual, a suscitante trouxe, com a réplica, certidão referente a seu registro sindical no Cadastro Nacional de Entidades Sindicais (cf. fls. 959). Com a exordial, veio cópia do Estatuto Social da suscitante (fls. 31/41) e a ata da Assembléia-Geral que aprovou a reforma estatutária (fls. 45/52). Nesse aspecto, não subsiste a prefacial.

Relativamente à base territorial e à alteração estatutária, realizada em 28.06.2006, consta da certidão fornecida pelo Ministério do Trabalho (fls. 959) que, em data anterior (12 de junho de 2006), o registro sindical da suscitante já consignava a sua base territorial nacional e a representação da categoria dos operadores portuários. Ou seja, antes mesmo da alteração estatutária, a que se referem as suscitadas, a suscitante já detinha a representatividade, em âmbito nacional, dos operadores portuários.

O estatuto juntado a fls. 31/41, datado de outubro de 2000, revela tratar-se de entidade sindical de segundo grau, representante das atividades

JURISPRUDÊNCIA

econômicas e dos interesses dos operadores portuários (art. 1º, fls. 31), disposição mantida na alteração estatutária aprovada (cf. art. 1º, fls. 46). Assim, a alteração contratual a que se referem as suscitadas não trouxe qualquer repercussão na representatividade da suscitante ou alteração de sua base sindical. Não têm razão as suscitadas.

No que concerne à ausência de assembléia autorizadora do dissídio coletivo, verifica-se que a assembléia realizada em 28.06.2006 pelo conselho de representantes da federação, cuja ata está a fls. 31/41, contém expressa autorização para o “ingresso de ação declaratória contra as Federações de Trabalhadores Portuários, junto ao Tribunal Superior do Trabalho, visando à declaração da desnecessidade de contratação de trabalhadores de capatazia oriundos dos órgãos gestores de mão-de-obra” (fls. 45).

Ainda que se entendesse que deveria haver a realização de assembléia em todos os sindicatos filiados à federação, esta Corte não tem exigido autorização de assembléia-geral da entidade sindical para ajuizamento de dissídio coletivo de natureza jurídica, conforme demonstram os seguintes precedentes: RODC-32.882/2002-900-03-00, Red. Min. João Oreste Dalazen, DJ 21.02.2003 e RODC-604.502/1999, Rel. Min. Francisco Fausto, DJ 23.03.2001.

Não se constata, portanto, a incapacidade da parte suscitante. Logo, REJEITO a preliminar.

2.5 – PRELIMINARES DE LITISPENDÊNCIA E DE COISA JULGADA

Em contestação, as suscitadas argüiram a preliminar de litispendência e de coisa julgada em face de outros dissídios coletivos de mesma natureza e com o mesmo objeto, suscitados contra os operadores portuários. Sustentam que houve grave ofensa ao princípio do juiz natural. Requerem a extinção do feito sem resolução de mérito ou a exclusão do feito das seguintes empresas que, a seu juízo, possuem demanda de igual natureza: Santos Brasil S.A.; Libra Terminais S.A.; Libra Terminal 35 S.A.; Tecondi – Terminal para Contêineres da Margem Direita S.A.; Rodrimar S.A. Transportes, Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais; Rodrimar S.A. Agente e Comissária; Salmac; Hipercon; Multicargo; Marimex; Intermarítima Terminais Ltda.; Marítima de Agenciamentos e Representações Ltda. e de todas as empresas, em âmbito nacional, representadas pela Associação Brasileira dos Terminais Portuários – ABTP.

A existência dessas ações não foi negada pela suscitante, que, em sua réplica, afirmou que “as partes desta ação jamais litigaram anteriormente” (fls.

JURISPRUDÊNCIA

952). Defendeu, ainda, a inexistência de igualdade de ações entre dissídio coletivo e individual. Recusou a idéia do denominado “efeito avocatório” referido pelas suscitadas.

O órgão do Ministério Público do Trabalho, no parecer, questiona a repercussão da decisão a ser proferida nesta ação em ações civis públicas e ações ordinárias. Afirma que a providência jurisdicional postulada viola o princípio do devido processo legal, pois conduz ao segundo grau matéria da competência do primeiro grau. Consigna que “seria necessária uma busca em todo o Brasil para sabermos exatamente quais as ações ajuizadas por e contra cada uma das empresas representadas” (fls. 1.320), porém como já encerrada a fase instrutória, defende o acolhimento da preliminar em relação àquelas enumeradas pelas suscitadas.

Com se sabe, para a configuração da litispendência e da coisa julgada é necessária a existência de outra ação igual à presente ainda em curso (litispendência) ou de decisão transitada em julgado (coisa julgada). São iguais as demandas quando houver identidade de partes, de pedido e de causa de pedir.

Em relação à identidade de partes, esta Corte tem entendido que, em caso de legitimação extraordinária, haverá litispendência ou coisa julgada se o substituído processualmente ajuizar ação com mesmo pedido ou causa de pedir daquela proposta pelo seu sindicato (E-RR-773.538/2001, Rel. Min. Brito Pereira, julgado em 20.03.2006; E-RR-581.256/1999, Rel. Min. Moura França DJ 04/08/2006; E-RR-488.656/1998, Red. Min. João Oreste Dalazen, DJ 12.05.2006; E-RR-764.370/2001, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ 03.03.2006). Adotou-se o entendimento de que a igualdade de partes alcança não apenas o autor da demanda, mas também aquele diretamente beneficiado pelo comando judicial proferido ou a ser emitido.

No caso, a representação da categoria por sindicato ou federação em sede de Dissídio Coletivo não é, propriamente, hipótese de legitimação extraordinária, pois, apesar de a entidade sindical não ser a titular do direito (elemento típico da legitimação ordinária), é a ela que a lei confere a representação da categoria envolvida em conflito coletivo de trabalho. Ela figura como representante de cada sujeito envolvido no conflito. A Confederação como representante das federações, essas representam os sindicatos, que, por sua vez, atuam em nome das empresas ou da coletividade dos empregados conforme o caso. Da mesma forma que no caso de substituição processual, entendo que haverá igualdade de partes entre demandas coletivas sempre que houver nos pólos ativo e passivo, em iguais ações, idênticas entidades sindicais ou sujeitos coletivos por elas representados.

JURISPRUDÊNCIA

Nesse contexto, passo a examinar a existência da tríplice identidade a que alude o art. 301, § 2º, do CPC, em cada um dos processos a que se referem as suscitadas.

2.5.1 – TST-RODC 20.174/2004-000-02-00.0

A fls. 405/417, as suscitadas trouxeram, em cópia não autenticada, peças do dissídio coletivo de natureza jurídica ajuizado por Marimex Despachos, Transportes e Serviços Ltda. contra o Sindicato dos Operadores em Aparelhos Guindastescos, Empilhadeiras, Máquinas e Equipamentos Transportadores de Carga dos Portos e Terminais Marítimos e Fluviais do Estado de São Paulo (Sindogeesp). Mediante o exame da petição inicial, verifica-se que o pedido é de interpretação do art. 26 e seu parágrafo único, da Lei nº 8.630/93, conseqüentemente, a declaração de que a suscitante pode contratar pelo regime celetista empregados de capatazia fora do sistema do OGMO e que está desobrigada de requisitar e utilizar mão-de-obra avulsa vinculada ao OGMO e de poder operar em seu terminal com pessoal próprio, livremente contratado. Apresenta como causa de pedir a interpretação do art. 26 da Lei nº 8.630/93 para o fim de solucionar litígio coletivo.

No acórdão regional, juntado a fls. 648/674 em cópia não autenticada, verifica-se que passaram a integrar a lide como litisconsortes: Sindicato dos Empregados Terrestres em Transportes Aquaviários e Operadores Portuários do Estado de São Paulo – Settapor; Sindicato dos Trabalhadores Rodoviários em Empresas de Transporte de Passageiros Municipais e Intermunicipais, Turismo e Fretamento, Cargas Secas e Líquidas em Geral, Comércio e Trabalhadores em Empresas sem Representação de Santos, Baixada Santista e Litoral; Sindicato dos Trabalhadores Administrativos em Capatazia nos Terminais Privativos e Retroportuários e na Administração em Geral dos Serviços Portuários do Estado de São Paulo – Sindapor; Sindicato dos Conferentes de Capatazia do Porto de Santos; e Sindicato dos Trabalhadores de Bloco nos Portos de Santos, São Vicente, Guarujá, Cubatão e São Sebastião.

A existência da referida demanda coletiva é inequívoca, seja em face da falta de impugnação às alegações das suscitadas, seja porque no dia 12 de abril último esta Subseção iniciou o julgamento do Recurso Ordinário interposto contra a sentença normativa editada nesse feito (Relator: Ministro Ives Gandra Martins Filho). O julgamento foi suspenso em virtude de pedido de vista formulado pelo eminente Ministro João Oreste Dalazen.

A Marimex Despachos Transportes e Serviços Ltda. consta da lista de operadores portuários do Porto de Santos, segundo o Anuário Portos e Navios

JURISPRUDÊNCIA

2005/2006, juntado a fls. 1.045 pelo Suscitante. Por outro lado, verifica-se a presença no pólo passivo da demanda de sindicatos de trabalhadores pertinentes ao trabalho de capatazia no Porto de Santos.

Ante a identidade de partes, de pedido e causa de pedir, ACOLHO a preliminar suscitada para, reconhecendo a litispendência em relação ao Processo TST-RODC-20.174/2004-000-02-00.0, extinguir o presente feito sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, inc. V, do CPC, em relação aos trabalhadores que prestam serviço de capatazia para Marimex Despachos Transportes e Serviços Ltda. no porto de Santos, excluindo-os do alcance da decisão normativa a ser proferida nestes autos.

2.5.2 – TST-ROAD 20.238/2004-000-02-00.2

A fls. 420/461, também em cópia inautêntica, veio aos autos a petição inicial da ação declaratória ajuizada perante o TRT da 2ª Região em que constam como *autores*: Santos Brasil S.A.; Libra Terminais S.A.; Libra Terminal 35 S.A.; Tecondi – Terminal para Contêineres da Margem Direita S.A.; Rodrimar S.A. Transportes, Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais; Rodrimar S.A. Agente e Comissária e *réus*: Sindicato dos Operadores em Aparelhos Guindastescos, Empilhadeiras, Máquinas e Equipamentos Transportadores de Carga dos Portos e Terminais Marítimos e Fluviais do Estado de São Paulo (Sindogeesp); Sindaport – Sindicato dos Trabalhadores Administrativos em Capatazia nos Terminais Privativos e Retroportuários e na Administração em Geral dos Serviços Portuários do Estado de São Paulo; Sindicato dos Trabalhadores na Movimentação de Mercadorias em Geral e dos Arrumadores do Santos, São Vicente, Guarujá, Cubatão e São Sebastião – Sintramar; Sindicato dos Estivadores de Santos, São Vicente, Guarujá e Cubatão; Sindicato dos Conferentes de Carga e Descarga do Porto de Santos; Sindicato dos Trabalhadores Rodoviários em Empresas de Transporte de Passageiros Municipais e Intermunicipais, Turismo e Fretamento, Cargas Secas e Líquidas em Geral, Comércio e Trabalhadores em Empresas sem Representação de Santos, Baixada Santista e Litoral – Sindicato dos Trabalhadores Rodoviários de Santos e Região; Sindicato dos Vigias Portuários de Santos; Sindicato dos Trabalhadores de Bloco nos Portos de Santos, São Vicente, Guarujá, Cubatão e São Sebastião; Sindicato dos Operários e Trabalhadores Portuários em Geral nas Administrações dos Portos e Terminais Privativos e Retroportos do Estado de São Paulo – Sintraport; e Órgão Gestor da Mão-de-Obra Avulsa (OGMO) do Porto de Santos.

A referida Ação Declaratória foi julgada pelo Tribunal Regional do Trabalho, como revelam os documentos de fls. 675/705, em cópias inautênticas.

JURISPRUDÊNCIA

Segundo o Sistema de Informações Judiciárias, o Recurso Ordinário interposto dessa decisão (ROAD-238/2004-000-02-00.2) foi distribuído no âmbito desta Corte ao Exm^o Sr. Ministro Gelson de Azevedo a quem foi concluso recentemente (15.05.2007).

Pelo Anuário Portos e Navios 2005/2006, juntado pela suscitante, são operadores portuários do Porto de Santos: Santos Brasil S.A.; Libra Terminais S.A.; Tecondi – Terminal para Contêineres da Margem Direita S.A.; Rodrimar S.A.; Transportes, Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais (cf. fls. 1.045/1.047). Quanto à Rodrimar S.A. Agente e Comissária, essa consta da relação de operadores portuários juntada pela suscitante a fls. 1.021/1.030 (cf. fls. 1.028), e a Libra Terminal 35 S.A. não aparece em nenhuma das duas listas.

No pólo passivo daquela demanda há sindicatos de trabalhadores pertinentes ao trabalho de capatazia no Porto de Santos. Os pedidos são de declaração de inexistência de relação jurídica a obrigar a requisição de trabalhadores avulsos registrados ou cadastrados no OGMO e de reconhecimento do direito daquelas empresas a realizar operações portuárias com trabalhadores contratados diretamente por elas. Como causa de pedir, os autores, que buscam solucionar o conflito coletivo de trabalho, invocam o art. 26 da Lei nº 8.630/93 para sustentar que não estão obrigados a requisitar avulsos para suas operações, podendo utilizar-se de mão-de-obra própria.

Como se vê, o postulado naquela demanda e a causa de pedir diferem da postulação feita aqui. Com efeito, naquela ação, os operadores portuários postulam a garantia de utilizar seu próprio pessoal, e não mais requisitar avulsos ao OGMO, enquanto na presente, a representação dos operadores tem como objeto o reconhecimento do direito de realizar contratações pela CLT para serviços portuários de capatazia fora do sistema do OGMO. Em que pese o mesmo fundamento jurídico do pedido (art. 26 da Lei nº 8.630/93, correspondente à causa remota), não vislumbro a tríplice identidade justificadora da pretensão extintiva.

REJEITO a preliminar no particular.

2.5.3 – DEMAIS AÇÕES PROPOSTAS EM DEMANDAS INDIVIDUAIS

As demais ações a que se referem as suscitadas foram propostas, em dissídio individual, perante Varas do Trabalho, Justiça Comum Estadual ou Justiça Comum Federal por Santos Brasil (fls. 569/578 e 646); Rodrimar Transportes, Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais (fls. 629/633); Libra Terminais (fls. 639/645); Salmac (fls. 594/597); Hipercon (fls. 577, 606/613 e

JURISPRUDÊNCIA

634/638); Intermarítima Terminais Ltda. e Marítima de Agenciamentos e Representações Ltda. (fls. 564/566) e pela Associação Brasileira dos Terminais Portuários – ABTP (fls. 618/627). Esta é a mesma situação das ações propostas pelo Ministério Público do Trabalho contra Tecon Suape (fls. 567/568); Libra – Linhas Brasileiras de Navegação (fls. 598/603); Cargil Agrícola (fls. 614/617) e pelo Adm Armazéns Gerais (fls. 579/593), que sequer foram invocadas na contestação. As suscitadas, em relação à Multicargo, não trouxeram qualquer comprovação de demanda judicial.

Ocorre que a causa de pedir pode ser próxima (ou imediata) ou remota (mediata). A causa de pedir próxima são os fundamentos de fato, aqueles que dizem respeito às circunstâncias que dão origem à ameaça ou à lesão do direito material da parte. A causa de pedir remota é a motivação jurídica (fundamentos jurídicos) do pedido. No caso, ainda que a causa remota da presente ação coletiva possa ser idêntica à das demandas individuais (exegese do art. 26 da Lei nº 8.630/93), a causa de pedir próxima é diversa. No dissídio coletivo, o fato que dá origem à demanda é a existência de conflito coletivo de trabalho. No dissídio individual, o prejudicado vem a juízo postular a satisfação de direito seu (direito individual); não busca solucionar conflito coletivo.

Portanto, não há como existir ações idênticas tramitando em sede coletiva e em sede individual e em juízos diversos, ainda que existam pedidos idênticos e as partes sejam iguais. Não ocorre litispendência ou coisa julgada entre dissídio coletivo e dissídio individual.

REJEITO a preliminar

2.5.4 – SEMELHANÇA DA PRESENTE DEMANDA COM O INSTITUTO DA AVOCATÓRIA

A alegada semelhança do dissídio coletivo de âmbito nacional com o instituto da avocatória, em relação às demais ações, não se verifica. Com efeito, as demandas de natureza coletiva, por si só, causam repercussão em ações de caráter individual, na dicção do CPC. Por isso, para algumas dessas ações, como a Ação Civil Pública, o legislador instituiu sistema próprio sobre os efeitos e o alcance da coisa julgada (cf. arts. 16 da Lei nº 7.347/85 (Ação Civil Pública), 103 da Lei nº 8.078/90 (Proteção do Consumidor) e 18 da Lei nº 4.717/65 (Ação Popular).

No âmbito das sentenças normativas, esta Corte já deparou com várias situações de conflito entre a decisão proferida em dissídio coletivo e a sentença prolatada em dissídio individual (cf. Orientação Jurisprudencial 277 da

JURISPRUDÊNCIA

SDI-1). No dissídio coletivo de natureza jurídica, é possível que se dê interpretação a texto de lei diversa daquela constante de sentença em dissídio de natureza individual. Isso, por si só, não configura litispendência ou ofensa à coisa julgada, pois o sistema processual brasileiro, nesse aspecto e contexto, permite solução judicial com efeitos *erga omnes* (solução de natureza concentrada) ou *inter partes* (solução de natureza difusa): a primeira, quando a dúvida na interpretação de texto normativo é causa de conflito coletivo de trabalho, a justificar o pronunciamento da Justiça do Trabalho em sede de dissídio coletivo de natureza jurídica; a segunda, quando a parte diretamente alcançada por uma situação de fato “bate às portas” do Judiciário para obter a satisfação de uma pretensão.

Na verdade, a causa de pedir próxima da ação coletiva é distinta daquela invocada em demanda individual, o que revela não existir igualdade entre essas espécies de ação.

REJEITO a preliminar.

3 – DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

Passo ao exame das condições da ação e das preliminares de carência de ação suscitadas.

3.1 – PRELIMINARES DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

As suscitadas pedem a extinção do feito, argüindo a impossibilidade jurídica do pedido, sob o argumento de ausência de previsão constitucional, após a Emenda Constitucional 45/04, de dissídio coletivo de natureza jurídica. Sustentam que “o dissídio coletivo de natureza jurídica não foi recepcionado pela Emenda Constitucional nº 45/04” (fls. 338, *sic*).

Sem razão.

Aliás, esclarece Mônica Brandão Ferreira (advogada), para quem o dissídio coletivo de natureza jurídica sobrevive no regime constitucional pós EC-45, em recente artigo publicado na Revista da LTr: “Para a maior parte dos doutrinadores este (o dissídio coletivo de natureza jurídica) permanece intacto, não tendo sofrido qualquer modificação com o advento da EC nº 45/04. Tal entendimento é coerente, já que o legislador através da referida emenda constitucional apenas tratou e disciplinou o dissídio coletivo de natureza econômica. Além disto, a redação do art. 114, § 2º antes da EC nº 45/04 também não tratava do dissídio coletivo de natureza jurídica, pois apenas atribuía à

JURISPRUDÊNCIA

Justiça do Trabalho a prerrogativa de estabelecer normas e condições, o que só ocorre no dissídio coletivo de natureza econômica”⁷.

O art. 1º da Lei nº 7.701/88, editada sob a égide da Constituição da República de 1988, contempla a modalidade de dissídio coletivo de natureza jurídica.

Ademais, não há incompatibilidade da Lei nº 7.701/88, cujo art. 1º contempla as duas modalidades de Dissídio Coletivo: natureza econômica e natureza jurídica.

De fato, o art. 114, inc. I, da Constituição da República trata da competência da Justiça do Trabalho para julgar as ações oriundas da relação de trabalho (gênero). Ora, o dissídio coletivo é por excelência a ação destinada a dirimir o conflito coletivo de trabalho nascido da relação empregatícia (espécie). Assim, ainda que o objeto do litígio seja mera interpretação de texto normativo, matéria própria do dissídio coletivo de natureza jurídica, são inegáveis a sua subsistência e a competência da Justiça do Trabalho para apreciar a demanda decidindo o conflito.

O Regimento Interno desta Corte assim dispõe sobre o dissídio coletivo de natureza jurídica:

“Art. 216. Os dissídios coletivos podem ser:

I – (*omissis*)

II – de natureza jurídica, para interpretação de cláusulas de sentenças normativas, de instrumentos de negociação coletiva, acordos e convenções coletivas, de disposições legais particulares de categoria profissional ou econômica e de atos normativos.”

No caso, a pretensão diz respeito à interpretação de dispositivo de lei de caráter particular, isto é, atinente apenas à atividade de “capatazia” dos operadores portuários. É juridicamente possível, portanto, o pedido formulado.

Nem se argumente com o texto da Orientação Jurisprudencial nº 7 da SDC⁸, como justificativa à pretendida extinção por impossibilidade jurídica. É que a Lei nº 8.630 de 1993, denominada “lei de modernização dos portos”, é

7 FERREIRA, Monica Brandão. O Dissídio Coletivo na Justiça do Trabalho: da necessidade do comum acordo para o seu ajuizamento. *Revista LTr*, ano 71, janeiro de 2007, p. 28.

8 “Não se presta a dissídio coletivo de natureza jurídica à interpretação de normas de caráter genérico, a teor do disposto no art. 313, II, do RITST.”

JURISPRUDÊNCIA

norma de caráter específico, visto que dispõe apenas sobre o regime jurídico da exploração dos portos e das instalações portuárias, e sobre as relações de trabalho nos portos organizados.

Não há, pois, como negar a possibilidade jurídica do pedido.

REJEITO a preliminar.

3.2 – LEGITIMIDADE ATIVA DO SUSCITANTE

As suscitadas arguem preliminar assim denominada: “impossibilidade jurídica de instauração do dissídio coletivo na base territorial dos sindicatos de operadores portuários – carência do direito de ação” (fls. 333). Afirmam que a instauração de dissídio coletivo somente “pode ser feita pelas Federações a míngua de representação por sindicatos de base. Caso contrário, aos sindicatos de base é que cabe a instauração” (fls. 333) e postulam a extinção do feito por incompetência funcional desta Corte (fls. 335)⁹.

A possibilidade jurídica do pedido diz respeito à inexistência de vedação de lei à pretensão da autora. Na verdade, as suscitadas, em sua preliminar de carência de ação, questionam a legitimidade ativa da suscitante, por entender que só os sindicatos detêm legitimidade para o ajuizamento da ação. Passa-se a examinar, portanto, a legitimidade ativa da Federação suscitante.

O fato de as categorias econômicas e profissionais possuírem sindicato não significa que somente ele detém legitimidade para ajuizamento de dissídio coletivo de natureza jurídica.

Dispõe a Lei nº 7.701/88:

“Art. 1º O Tribunal Superior do Trabalho, nos processos de sua competência, será dividido em turmas e seções especializadas para a conciliação e julgamento de dissídios coletivos de natureza econômica ou jurídica e de dissídios individuais, respeitada a paridade da representação classista.

(*omissis*)

Art. 2º Compete à seção especializada em dissídios coletivos, ou seção normativa:

⁹ A questão alusiva a incompetência do TST para o presente feito foi examinada como preliminar no item 2.1 deste voto.

JURISPRUDÊNCIA

I – originariamente:

a) conciliar e julgar os dissídios coletivos que excedam a jurisdição dos Tribunais Regionais do Trabalho e estender ou rever suas próprias sentenças normativas, nos casos previstos em lei;

(*omissis*)

Art. 6º Os Tribunais Regionais do Trabalho que funcionarem divididos em Grupos de Turmas promoverão a especialização de um deles com a competência exclusiva para a conciliação e julgamento de dissídios coletivos, na forma prevista no “caput” do art. 1º desta Lei.”

Como se vê, o critério utilizado pelo legislador para a fixação da competência normativa é a extensão do conflito coletivo. Excedendo ele a jurisdição de um Tribunal Regional de Trabalho, competirá a esta Corte julgar o dissídio coletivo pertinente. Por outro lado, como regra geral, caberá ao TRT a apreciação do dissídio coletivo quando a controvérsia estiver adstrita aos limites de sua jurisdição.

No caso, as suscitadas relatam inúmeras situações conflituosas em torno da contratação de trabalhadores não registrados nem cadastrados no OGMO, como, por exemplo, Santos (fls. 342); Vitória (fls. 792); Itajaí, S. Francisco-SC e Paranaguá (fls. 794); Salvador (fls. 795).

O Ministério Público do Trabalho, ao argüir a extinção do feito fundada na ausência de negociação prévia, destacou que “há negociação em curso acerca da matéria em âmbito nacional” (fls. 1.303), perante a Comissão Nacional Permanente Portuária do Ministério do Trabalho e Emprego. Quando tratou da litispendência e da coisa julgada, o órgão do *Parquet* afirmou existirem “muitas ações julgadas por Varas do Trabalho e até por *Tribunais* Regionais do Trabalho” (fls. 1.317, sem grifo no original), citando situações específicas no Rio de Janeiro e em Santos. Mencionou ainda a necessidade de se fazer “uma busca em todo o Brasil” (fls. 1.320) das ações em curso sobre a matéria em debate.

Logo, não há dúvida de que o conflito coletivo motivador da presente demanda excede a área de vários Tribunais Regionais do Trabalho.

A existência de sindicatos de portuários e operadores portuários nas diversas cidades portuárias não afasta a legitimidade ativa da suscitante. Não é novidade nesta Corte dissídios coletivos originários suscitados por entidades sindicais de grau superior que possuem sindicatos locais como, por exemplo, os de bancários, como o proposto pela Contec contra o BASA (DC-147.645/

JURISPRUDÊNCIA

2004-000-00-00), da Caixa Econômica Federal (DC-145.688/2004-000-00-00) e do Banco do Brasil (DC-145.687/2004-000-00-00). No DC-92.590/2003-000-00-00, em que eram partes a Federação Nacional dos Ferroviários e a Rede Ferroviária Federal S/A, foi homologado acordo celebrado e indeferido o pedido de inclusão na lide de sindicatos com base territorial menor do que a da suscitante (DJ 30.04.2004).

Relativamente aos dissídios coletivos de natureza jurídica, esta Corte julgou originariamente o DC-807.883/2001 (DJ 17.05.2002), cujo objeto era decidir o conflito acerca da recepção do art. 522 da CLT pela Constituição da República. Nele figuraram como suscitantes: Sindicato dos Estabelecimentos Bancários do Estado da Bahia; Banco ABN AMRO Real S/A; Banco BANEB S/A; Banco Bradesco S/A; Banco Bilbao Vizcaya, Argentaria Brasil S/A; Banco HSBC Bank Brasil S/A; Banco Itaú, Banco Mercantil do Brasil; Banco Mercantil de São Paulo S/A; Banco Santander Brasil S/A, Banco Sudameris Brasil S/A; Unibanco – União de Bancos Brasileiros e Banco Bandeirantes S/A e como suscitados: Federação dos Empregados em Estabelecimentos Bancários nos Estados da Bahia e Sergipe; Sindicato dos Bancários da Bahia; Sindicato dos Bancários do Extremo Sul da Bahia; Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Feira de Santana; Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Ilhéus; Sindicato dos Bancários de Irecê e Região; Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Itabuna e Região, Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Jacobina e Região; Sindicato dos Bancários de Jequié e Região; Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Vitória da Conquista e Região e Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários no Estado de Sergipe.

A existência de sindicatos não impede a atuação processual da federação correspondente, com base territorial nacional, que detenha a legitimidade ativa para ajuizamento de dissídio coletivo de natureza jurídica quando o conflito acerca da interpretação de norma de lei excede à jurisdição de vários Tribunais Regionais do Trabalho.

REJEITO a preliminar.

3.3 – LEGITIMIDADE PASSIVA. UNICIDADE SINDICAL. BASE TERRITORIAL E REPRESENTATIVIDADE DAS SUSCITADAS

A Fenccovib (primeira suscitada) é entidade de grau superior constituída por “sindicatos de conferentes e consertadores de carga e descarga, vigias portuários, trabalhadores de bloco, arrumadores (na condição de trabalhadores

JURISPRUDÊNCIA

de capatazia) e a amarradores de navios, nas atividades portuárias” (art. 4º, Estatuto Social, fls. 302). Segundo a carta sindical expedida em 27.09.1988 (fls. 321), sua base territorial é nacional, por ser coordenadora das categorias profissionais de conferentes e consertadores de carga e descarga nos portos, vigias portuários e trabalhadores de bloco, integrantes do 4º grupo – portuários – do plano da Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transportes Marítimos, Fluviais e Aéreos.

A Federação Nacional dos Portuários – FNP (segunda suscitada) é entidade de grau superior (com base territorial nacional), que congrega sindicatos em quaisquer atividades portuárias e associações profissionais e cíveis de quaisquer atividades portuárias (art. 5º, Estatuto Social, fls. 275) como representante legal “dos trabalhadores portuários, ativos e com vínculo empregatício, avulsos de capatazia, e aposentados” (art. 1º, fls. 273). A Carta Sindical, emitida em dezembro de 1993 (fls. 297), refere-se aos sindicatos representativos das categorias profissionais constantes do 1º grupo do plano da Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transportes Marítimos, Fluviais e Aéreos.

Segundo o “quadro de atividades e profissões” a que se refere o art. 577 da CLT, o primeiro do plano da referida confederação diz respeito aos empregados que trabalham em empresas de navegação marítima, de tráfico portuário (dissociada), e fluvial e lacustre, e empresas de serviços subaquáticos e afins, estaleiros navais de empresas de navegação marítima e agência de navegação. Entre esses trabalhadores há amarradores, conferentes de carga da marinha mercante e em transportes fluviais, mestres e encarregados de estaleiros das empresas de navegação.

O grupo 4 trata do enquadramento dos portuários, isto é, dos trabalhadores nos serviços portuários, motoristas em guindastes dos portos, conferentes e consertadores de carga e descarga nos portos, vigias portuários, descartadores e trabalhadores de bloco.

A atividade de capatazia foi relacionada na Lei nº 8.630/93, que redefiniu as atividades portuárias.

Em resumo: verifica-se que a primeira das suscitadas (FENCCOVID) é a representante dos trabalhadores estabelecidos nos portos, enquanto que a segunda (FNP) é representante de trabalhadores (com vínculo empregatício) em empresas ligadas à navegação marítima e fluvial que exercem atividades portuárias, nos termos da Lei nº 8.630/93. Em que pese a identidade da base territorial, as federações suscitadas representam trabalhadores distintos, não havendo ofensa ao princípio da unicidade sindical, ainda que em ambos os casos a natureza do serviço portuário seja a mesma.

3.4 – INTERESSE DE AGIR

As próprias suscitadas, em contestação, defendem a importância da solução desse conflito e discorrem sobre os reflexos da decisão judicial (fls. 325/327).

Realmente, o provimento judicial postulado é a exegese do art. 26 (e seu parágrafo único) da Lei nº 8.630/93 com vistas à contratação no regime da CLT por operadores portuários de empregados para a atividade de capatazia, visto que a controvérsia na interpretação tem dado ensejo a indesejáveis conflitos.

Está presente o interesse de agir.

4 – MÉRITO

4.1 – PORTUÁRIOS. CONTRATAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO DE TRABALHADORES DA ATIVIDADE DE CAPATAZIA NÃO REGISTRADOS NEM CADASTRADOS NO OGMO. (ART. 26, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 8.630/93. CONVENÇÃO 137 DA OIT)¹⁰

Trata-se de dissídio coletivo de natureza jurídica instaurado em 12.09.2006 pela Federação Nacional dos Operadores Portuários – FENOP

10 Eis alguns conceitos que envolvem a interpretação do dispositivo: I – *Operador Portuário*: Empresa qualificada para prestação de serviços de movimentação ou armazenagem de mercadorias na área do porto organizado; II – *Habilitação Profissional (do portuário)*: o treinamento realizado em entidade indicada apelo Órgão Gestor de Mão-de-Obra ou próprio e certificado pela Marinha (art. 27, § 1º), para ingresso no registro como trabalhador portuário; III – *Registro*: Equivale a uma matrícula na qualidade de efetivo no sistema do OGMO, como trabalhador portuário AVULSO; IV – *Avulso Registrado*: É o trabalhador portuário habilitado (treinado e inscrito no OGMO), sem vinculação a nenhum operador portuário e trabalha mediante *escalação* pelo operador portuário ao OGMO; V – *Requisição*: Chamamento pelo OGMO, do trabalhador avulso para prestar serviços, atendendo a requisição do operador portuário, é uma espécie de intermediação entre o operador portuário e o trabalhador; VI – *Cadastrado*: força supletiva de trabalhadores portuários avulsos que somente são escalados na falta do trabalhador registrado. Uma modalidade de inclusão no sistema (art. 54 da Lei dos Portos), para contemplar aqueles trabalhadores da antiga “*força supletiva*”; eram os trabalhadores que na insuficiência de número de trabalhadores do sistema para compor equipes, estas eram compostas com esses trabalhadores que se situavam fora do sistema. Assim, os *cadastrados* são aqueles trabalhadores portuários inscritos no cadastro do OGMO, habilitados a prestar serviços complementares do trabalho dos registrados, podendo, ainda, serem requisitados para completar as equipes; VII – *Inscrição*: É o gênero do qual o *cadastro* e o *registro* no OGMO são as espécies.

JURISPRUDÊNCIA

contra Federação Nacional dos Conferentes e Consertadores de Carga e Descarga, Vigias, Portuários, Trabalhadores de Bloco, Arrumadores e Amarradores de Navios nas Atividades Portuárias – Fenccovib e Federação Nacional dos Portuários – FNP.

Na petição inicial (fls. 2/30), a suscitante afirma que o art. 26 da Lei nº 8.630/93 confere o direito de o operador portuário realizar operações com trabalhador portuário avulso e com trabalhador contratado com vínculo de emprego por prazo indeterminado. Destaca que o parágrafo único do dispositivo não incluiu a atividade de capatazia, único objeto do dissídio coletivo, entre aquelas que devem ser realizadas com trabalhadores avulsos registrados ou cadastrados no Órgão Gestor da Mão-de-Obra Avulsa (OGMO). Assim, entende ser possível a livre contratação de trabalhador para a atividade de capatazia, isto é, fora do sistema do OGMO. Esclarece que os sindicatos de capatazia têm feito exigências, inviabilizando a utilização de avulsos. Argumenta, ainda, que a produção e a produtividade dos avulsos são muito inferiores à dos empregados diretamente contratados e que as operações portuárias, atualmente, são realizadas por meio mecanizado e automatizado, com emprego de sofisticados equipamentos, sendo necessário treinamento intenso e adequado da mão-de-obra, o que, segundo ela, somente é possível “com os trabalhadores próprios (vinculados)” (fls. 12), pois os avulsos apenas recebem treinamento para obtenção de registro e trabalham em rodízio, sem orientação sistemática sobre o uso desses equipamentos. Aduz que o “outro motivo para que os operadores portuários recrutem e contratem trabalhadores fora do sistema do OGMO (procedimento lícito) é que os avulsos, na maioria das ocasiões, não têm o menor interesse em se vincularem” (fls. 13).

A suscitante se queixa de que as Delegacias Regionais do Trabalho, os sindicatos de capatazia e o Ministério Público do Trabalho vêm compelindo os operadores portuários a recrutarem para a contratação somente os trabalhadores registrados e os cadastrados no OGMO. Denuncia que vários de seus filiados têm sido alvo de ações judiciais e autos de infrações. Afirma que cabe aos operadores portuários a direção e a coordenação das operações que realizam tendo a lei retirado a atividade de capatazia do sistema do OGMO. Invoca os princípios da legalidade, da isonomia, do livre exercício do trabalho, da busca do pleno emprego e da ordem econômica, consignando que a Lei nº 8.630/1993 não assegurou reserva de mercado ou monopólio de emprego, devendo esta Corte assegurar o pleno emprego, a justiça social e o direito ao trabalho. Ao final requer:

“Provimento declaratório no sentido de se reconhecer, nos termos do art. 26 da Lei nº 8.630/93, o direito dos operadores portuários de

JURISPRUDÊNCIA

contratar, com vínculo empregatício, profissionais selecionados livremente no mercado de trabalho, portanto, não inscritos no OGMO, para a atividade de capatazia, tal como definida no art. 57, § 3º, I, da Lei nº 8.630/93, e, conseqüentemente, a declaração de inexistência da relação jurídica válida que obrigue os operadores portuários a contratarem apenas os trabalhadores portuários avulsos registrados ou cadastrados no OGMO.” (fls. 29)

Na defesa, as suscitadas destacam a importância da solução judicial do conflito e discorrem sobre os reflexos sociais da decisão a ser proferida na presente demanda. No mérito, pedem a improcedência do pedido, por entenderem ser ilegal a pretensão formulada. Destacam que os trabalhadores de capatazia habilitados para a operação portuária são treinados e qualificados pelo OGMO, constituído pelos próprios operadores portuários. Afirmam que a habilitação como portuário somente é possível àqueles que têm inscrição no OGMO, podendo os operadores utilizarem de portuário avulso ou portuário vinculado. Assim, continuam as suscitadas, todo o gerenciamento da mão-de-obra portuária é feito pelo referido órgão. Invocam, entre outros dispositivos, os arts. 18, 27 e 70 da Lei nº 8.630/93; a Convenção 137 e a Recomendação 145, ambas da OIT; cláusula do contrato de concessão pública aos operadores portuários e nota técnica do Ministério do Trabalho. Sustentam que não há impedimento para que outros trabalhadores passem a prestar serviços portuários, bastando que sejam considerados habilitados pelo OGMO. Contestam a interpretação dada ao art. 26 da citada lei e citam precedentes.

O Ministério Público do Trabalho, em parecer de fls. 1.300/1.364, fez considerações históricas acerca do trabalho portuário no Brasil, em especial sobre o trabalho de capatazia e sobre a multifuncionalidade, além de outros aspectos da Lei nº 8.630/93, invocou a Convenção 137 da OIT e discorreu sobre a contratação de trabalhadores fora do sistema OGMO. Ao final, opinou pela improcedência do pedido, assegurando-se o direito de prioridade garantido aos trabalhadores portuários avulsos na obtenção de emprego permanente nas operadoras portuárias com condições de trabalho justas e previamente acertadas com o sindicato profissional (fls. 1.300/1.364).

4.1.1 – O OBJETO DO PEDIDO E NORMAS APLICÁVEIS

A discussão diz respeito à possibilidade de os operadores portuários admitirem com vínculo empregatício e por prazo indeterminado trabalhadores para a atividade de capatazia selecionados livremente no mercado de trabalho, isto é, que não estejam registrados nem cadastrados no OGMO. O fundamento

JURISPRUDÊNCIA

jurídico do pedido reside no disposto no *art. 26, parágrafo único, da Lei nº 8.630/93*, que, diversamente do *caput*, não relacionou, expressamente, a atividade de capatazia dentre aquelas para cuja contratação com vínculo de emprego instituiu a reserva de mercado (exclusividade).

A norma vem vazada nos seguintes termos, *verbis*:

“CAPÍTULO V

Do Trabalho Portuário

Art. 26. O trabalho portuário de capatazia, estiva, conferência de carga, conserto de carga, bloco e vigilância de embarcações, nos portos organizados, será realizado por trabalhadores portuários com vínculo empregatício a prazo indeterminado e por trabalhadores portuários avulsos.

Parágrafo único. A contratação de trabalhadores portuários de estiva, conferência de carga, conserto de carga e vigilância de embarcações com vínculo empregatício a prazo indeterminado será feita, exclusivamente, dentre os trabalhadores portuários avulsos registrados.”

A interpretação literal e solitária do dispositivo parece indicar a procedência da argumentação deduzida na petição inicial. Todavia, ante a irrecusável aplicação da Convenção 137 da Organização Internacional do Trabalho OIT,¹¹ segundo a qual “Os portuários matriculados terão prioridade para a obtenção de trabalho nos portos” (Artigo 3, item 2), a partir de uma interpretação sistemática da norma e da compreensão da realidade vivida nos portos brasileiros sob a égide da Lei nº 8.630/93 é que se pode bem equacionar a questão nesta oportunidade. Também é necessário ter em conta os aspectos atuais do conflito coletivo que reclama a atuação pacificadora desta Corte.

Com efeito, a omissão da atividade de capatazia no texto do parágrafo único do art. 26 equivale a exclusão dessa atividade da exclusividade para a contratação por prazo indeterminado. Não se pode perder de vista, entretanto, que as atividades portuárias estão descritas no § 3º do art. 57 da Lei, a saber: Capatazia, Estiva, Conferência de Carga, Conserto de Carga, Vigilância e Bloco, constituindo uma só categoria profissional: a dos Trabalhadores Portuários;

11 O Governo brasileiro depositou a Carta de Ratificação da Convenção 137 da OIT em 12 de agosto de 1994, e esta passou a vigorar, para o Brasil, em 12 de agosto de 1995, na forma do Decreto Legislativo 29, de 22/12/1993.

JURISPRUDÊNCIA

desses (os avulsos) somente os de capatazia e bloco foram, nos termos do parágrafo único do art. 26, excluídos do benefício da exclusividade para a contratação por prazo indeterminado pelos operadores portuários.

No entanto, a partir do dia 12 de agosto de 1995, com a incorporação da Convenção 137 da Organização Internacional do Trabalho – OIT ao ordenamento jurídico brasileiro, afirmando a prioridade dos portuários matriculados¹² na obtenção do trabalho nos portos, é lícito concluir que, para proceder à contratação com vínculo empregatício e por tempo indeterminado de trabalhadores em capatazia, os operadores portuários, desde então, ficaram obrigados a observar a prioridade daqueles portuários avulsos registrados e cadastrados. Em tais circunstâncias, somente se, e quando, remanescer vaga das oferecidas, poderá recrutar fora do sistema do OGMO.

4.1.2 – QUADRO ATUAL DE CONTRATAÇÃO DIRETA POR PRAZO INDETERMINADO DE SERVIÇOS DE CAPATAZIA NO BRASIL

Existem nos autos elementos suficientes para se aferir o panorama atual dos serviços de capatazia nos portos brasileiros.

O eminente Ministro Rider de Brito, na audiência de conciliação e instrução realizada em 20.10.2006, requisitou das partes documentação para instruir o feito e determinou a expedição de ofícios a operadores portuários e OGMOs (fls. 931/932). As respostas dos interessados formam os 25 volumes que se encontram pensados aos presentes autos (cf. certidões de fls. 1.181/1.187, 1.200/1.204 e 1.211). Várias entidades não prestaram as informações solicitadas (como, por exemplo, os OGMOs de Manaus e Itajaí, além de alguns operadores portuários). Entretanto, essas omissões não prejudicam o exame da situação no aspecto particular. As partes não impugnaram as informações fornecidas.

Dos referidos documentos extrai-se o quadro atual da contratação direta por prazo indeterminado de serviços de capatazia.

Cento e doze (112) entidades responderam que não exercem a atividade de operador portuário ou não têm trabalhador contratado na atividade de capatazia (cf. anexo I, “a”, deste voto).

12 Matrícula, na dicção da Convenção 137 da OIT, corresponde na legislação brasileira à *inscrição*, que é o gênero, do qual o cadastro e o registro são as espécies. Antes da Lei 8.630/93 a comprovação de habilitação para o exercício da atividade portuária avulsa se dava com a matrícula na Delegacia do Trabalho Marítimo da localidade, depois, na Delegacia Regional do Trabalho e com a filiação ao respectivo sindicato. No regime da Lei 8.630/93 extinguiu-se essa matrícula, instituindo-se a inscrição no cadastro e no registro perante o OGMO do porto.

JURISPRUDÊNCIA

Cinquenta e duas entidades responderam que possuem empregados em atividade de capatazia, a saber:

Tabela 1: empresas com empregados em capatazia

<i>Empresa</i>	<i>UF</i>	<i>Nº</i>	<i>Salários (R\$)</i>	<i>Habilitação</i>	<i>Fls (docs)</i>
TCP	PR	N/i	N/i	OG	2
Pennant	ES	32	530 a 1.336	OG	3, 4844/4845
AGIL	SC	10	622 a 717	S/h	12/13
TPP	ES	9	1.039 a 2.183	8 OG,1 s/h	14
ILP	SC	15	507 a 1.520	OG	22
Wilport (Rio Grande-RS)	RS	n/i	N/i	OG	129/130
Fertisanta	SC	n/i	N/i	OG	150
Tropical (filial Belém)	PA	8	605 a 2.885	N/i	155/156
Cabedelo Transportes	PB	3	762	OG	159
Cia. Docas da Paraíba	PB	2	N/i.	S/h	165
Cia. Docas do Ceará	CE	12	560 a 1.642	N/i	167
Cia. Bandeirantes	SP	23	1.718 a 2.912	OG	171/176
Intermarítima	BA	24	758 a 1.551	OG	178
Litoral	SC	3	950 a 1.919	S/h	198
Eurobras	SP	5	1.577 a 3.091	1 OG,4 s/h	206/208
Tecon Salvador	BA	150	514 a 1.798	OG e s/h	211/215
Rodrimar Transp., Eq. Ind. e Armaz. Gerais	SP	80	692 a 5.004	41 OG,39 s/h	243/296 e 3353/3355
Tecon Suape	PE	98	735 a 3.144	78 OG, 20 s/h	1053/1057
Multi-Rio	RJ	195	513 a 7.145	36 OG e s/h	1363/1377
Portocel	ES	151	D/ dispersos	S/h	1321/1334 e 1535/2043
Fospar	PR	14	2545	8 OG,6 s/h	2050
Agemar	PE	10	478 a 724	OG	2058/2059
Transportes Marajó	PB	N/i	N/i	OG	2063
Copersucar	SP	212	1.265 a 2.885	33 OG, 179s/h	2064/2065
Compor	PE	18	D/ dispersos	8 OG,10s/h	3282/3308e 3779
Seaport	PB	17	700	14 OG, 3s/h	3309
Atlântico Terminais	PE	14	550 a 1.050	OG	3380/3381
Teconvi	SC	92	1.732 a 5.300	OG	3382/3384
Brisa Shipping	PA	6	485 a 499	S/h	3375

JURISPRUDÊNCIA

TPC	BA	N/i	N/i	N/i	3766/3776, 4191/4348
Céu Azul	PR	2	435	S/h	4214/4215
Internacional	BA	4	504	N/i	4349/4350
SCS	RJ	4	725 a 995	S/h	4369
LC California e Cosan	SP	305	963 a 2.046	2 OG, 303s/h	4373/4379 4711/4720
Adm do Brasil	SP	29	1.333 a 2.676	14 OG, 15 s/h	4384/4385
Hiper Export	ES	135	778 a 1.195	s/h	4443/4448
WRC	SC	40	1.190 a 5.400	16 OG, 24 s/h	4452/4453
Tesc	SC	24	620 a 1.400	S/h	4454/4455
Triunfo	RJ	144	276 a 1.041	S/h	4456/4459
Suata	PE	14	700 a 1.048	OG	4476/4477
Caramuru	SP	83	622 a 1.906	30 OG, 53 s/h	4483/4485
Libra Terminais e Libra Terminal 35	SP	306	1.829 a 7.304	101 OG, 205 s/h	4489/4520
Tecondi	PE	114	3.110 a 4.913	35 OG, 79 s/h	4527/4547
TVV	ES	174	925 a 2.696	S/h	4550/4592
Seatrade	SC	2	1.522 e 1.601	S/h	4751/4754
Transchem	SP	68	1.566 a 3.326	OG	4760/4761
Santos Brasil	SP	548	1.935 a 7.081	69 OG, 479s/h	4911/4919
Deicmar (em Santos)	SP	31	715 a 1.110	S/h	5040/5070
Sepeitaba Tecon	RJ	391	500 a 1.470	51 OG, 340s/h	5103/5114
OGMO de Angra dos Reis	RJ	13	700	OG	5116/5175

Fonte: as empresas mencionadas.

Legenda:

N/i = não informado

S/h = sem habilitação no OGMO

OG = OGMO

D/ dispersos = dados dispersos

Existe contratação de *trabalhadores em capatazia sem registro ou habilitação no OGMO* nos seguintes Estados: Santa Catarina, Paraná, São Paulo, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Bahia, Pernambuco, Paraíba e Pará. Não há dados suficientes sobre a existência dessa modalidade de contratação nos estados do Rio Grande do Sul, de Alagoas, Rio Grande do Norte, Ceará, Maranhão e Amazonas.

Admitiram adotar essa forma de contratação as empresas constantes da tabela a seguir:

JURISPRUDÊNCIA

Tabela 2: Empresas com empregados em capacitação não habilitados no OGMO

<i>Empresa</i>	<i>UF</i>	<i>Quantidade de Empregados</i>		
		<i>Total</i>	<i>Sem habilitação no OGMO</i>	
			<i>Em nº</i>	<i>Nºsabsolutos</i>
1. Tecon Salvador	BA	150	N/i	–
2. Hiper Export	ES	135	135	100,0
3. Portocel	ES	151	151	100,0
4. TPP	ES	9	1	11,1
5. TVV	ES	174	174	100,0
6. Brisa Shipping	PA	6	6	100,0
7. Cia. Docas da Paraíba	PB	2	2	100,0
8. Seaport	PB	17	3	17,6
9. Tecon Suape	PE	98	20	20,4
10. Tecondi	PE	114	79	69,3
11. Céu Azul	PR	2	2	100,0
12. Fospar	PR	14	6	42,8
13. Multi-Rio	RJ	195	159	81,5
14. SCS	RJ	4	4	100,0
15. Sepetiba Tecon	RJ	391	340	87,0
16. Triunfo	RJ	144	144	100,0
17. AGIL	SC	10	10	100,0
18. Litoral	SC	3	3	100,0
19. Seatrade	SC	2	2	100,0
20. Tesc	SC	24	24	100,0
21. WRC	SC	40	24	60,0
22. Adm do Brasil	SP	29	15	51,7
23. Caramuru	SP	83	53	63,9
24. Copersucar	SP	212	179	84,4
25. Deicmar (em Santos)	SP	31	31	100,0
26. Eurobras	SP	5	4	80,0
27. LC California	SP	305	303	99,3
28. e Cosan	SP	306	205	67,0
29. Libra Terminais	SP			
30 e Libra Terminal 35	SP			
31. Rodrimar Transp., Eq. Ind. e Armaz. Gerais	SP	80	39	48,7
32. Santos Brasil	SP	548	479	87,4
1. TOTAL	BR	3284	Mais de 2597	+ 79,0

Fonte: as empresas mencionadas.

JURISPRUDÊNCIA

Esses dados demonstram a extensão da controvérsia, a atingir 9 unidades da federação e mais de 2.600 empregados. Das 52 operadoras portuárias que reconheceram haver trabalho contínuo de capatazia, 32 (ou 61,5% delas) possuem mão-de-obra fora do sistema do OGMO. As 52 entidades possuem, cerca de 3.600 empregados contratados para a prestação de serviços de capatazia, a revelar que aproximadamente 71,5% dos empregados contratados em capatazia estão fora do sistema do OGMO. A soma dos empregados das 32 empresas que utilizam empregados fora do sistema do OGMO representa cerca de 3.284 pessoas, sendo que 79,0% delas não estão vinculados ao OGMO.

O número de trabalhadores envolvidos também revela que a atividade de capatazia nos portos brasileiros, como regra, não é eventual, mas permanente.

4.1.3 – REMUNERAÇÃO DOS AVULSOS E DOS EMPREGADOS CONTRATADOS

É necessário aferir se há diferença entre os salários pagos ao trabalhador avulso (ou TPA, como é conhecido na linguagem portuária) e os pagos ao trabalhador contratado diretamente pelo operador portuário mediante contrato de trabalho por prazo indeterminado, nos moldes da CLT.

Para se comparar a média de remuneração dos trabalhadores avulsos de capatazia com a dos contratados diretamente pelas empresas, toma-se, como exemplo, o Porto de Santos (maior da América Latina). O OGMO do Porto de Santos forneceu as seguintes informações (fls. 3.423/3.428, vol. 17 de documentos):

Tabela 3: Remuneração mensal média da atividade de capatazia dos avulsos registrados/cadastrado no OGMO de Santos segundo a filiação

<i>Sindicato</i>	<i>Remuneração média (R\$)</i>	
	<i>Registrados</i>	<i>Cadastrados</i>
Rodoviário	2.541,22	–
Sindaport	3.776,01	–
Sindogeesp	3.527,46	3.458,35
Sintraport	1.587,52	1.367,64

Fonte: OGMO de Santos.

A média mensal, segundo informou o OGMO de Santos, foi calculada com base na remuneração do período de outubro/2005 a outubro/2006.

JURISPRUDÊNCIA

Empresas que trabalham no Porto de Santos forneceram os dados de remuneração, o que permite construir a tabela a seguir:

Tabela 4: Remuneração mensal dos empregados em capatazia contratados por Operadores Portuários em Santos

<i>Empresa</i>	<i>Remuneração em R\$</i>		
	<i>Menor</i>	<i>Maior</i>	<i>Média (ponderada)</i>
Adm do Brasil	1.333	2.676	1.839,94
Caramuru	622	1.906	1.147,00
Cia. Bandeirantes	1.718	2.912	1.941,17
Copersucar	1.265	2.885	1.840,00
Deicmar (em Santos)	715	1.110	791,65
Eurobras	1.577	3.091	2.169,75
LC Californiae Cosan	963	2.046	1.037,28
Libra Terminaise Libra Terminal 35	2.215	7.304	3.396,37
Rodrimar Transp., Eq. Ind. e Armaz. Gerais	692	5.004	2.139,23
Santos Brasil	1.935	7.081	3.826,51
Transchem	1.566	3.326	2.707,06

Fonte: as empresas mencionadas.

Média (ponderada) = somatório do salário de cada empregado em capatazia / nº empregados em capatazia

As informações prestadas pela Santos Brasil e Libras Terminais parecem indicar a existência de mão-de-obra especializada em operações em determinados equipamentos (fls. 4.911/4.919 e 4.489/4.520, apenso de documentos).

Com relação ao Porto de Tubarão no Espírito Santo, o OGMO local informou que o total geral da remuneração paga aos TPAs em capatazia, no período de outubro de 2005 a setembro de 2006, é de R\$ 4.884.325,39 (cf. fls. 439, vol. docs.). Como a relação possui 123 nomes de avulsos (fls. 374/439), a média da remuneração bruta mensal por trabalhador é de R\$ 3.309,16.

As operadoras portuárias que exercem suas atividades no Espírito Santo e que responderam ao ofício do eminente Ministro instrutor do feito informaram as seguintes remunerações:

JURISPRUDÊNCIA

Tabela 5: Remuneração mensal dos empregados em capatazia contratados por operadores portuários no Espírito Santo

Empresa	Remuneração em R\$	
	Menor	Maior
Pennant	530	1.336
TPP	1.039	2.183
Portocel	D/ dispersos	D/ dispersos
Hiper Export	778	1.195
TVV	925	2.696

Fonte: as próprias empresas
D/ dispersos = dados dispersos

Como se vê, dos dois Portos tomados como exemplo, *a média salarial percebida pelos avulsos é bem superior à da maior remuneração paga pelas quatro empresas em que foi possível aferir os dados salariais.*

Os dados supra revelam a significativa diferença entre os valores percebidos pelo avulso e pelo empregado contratado, o que explica, em parte, a falta de interesse de trabalhadores do sistema OGMO em celebrar contrato de trabalho por prazo indeterminado.

4.1.4 – TREINAMENTO DA MÃO-DE-OBRA PORTUÁRIA

Vários OGMOs trouxeram aos autos (vols. de docs.) a relação dos cursos que realizam. Alguns promovem apenas cursos de formação, de aperfeiçoamento e suplementares. Outros, além desses, ministram cursos para especialização do trabalho portuário, avançados e de atualização.

Os cursos mais comuns são os básicos de formação e aperfeiçoamento (fls. 1.220, 3.480, 3.487, 3.842 e 4.255); os de conhecimento complementar, como os de inglês técnico básico (fls. 1.221, 3.611) e avançado (fls. 1.222, 3.533/3.537); e os específicos sobre sinalização e movimentação de cargas (fls. 3.908, 4.879) e sobre operações com carga perigosa (fls. 3.635, 4.819) e com os seguintes equipamentos: trator e pá carregadeira (fls. 3.540), empilhadeira de pequeno (fls. 921, 1.223, 3.569) e grande porte (fls. 930, 1.222, 3.554), carregador de correia em espiral (fls. 1.223, 3.585), guindaste de terra (fls. 3.616, 4.819), entre outros.

Em alguns portos, existem cursos avançados, de gestão operacional em Terminais de Contêineres, como, por exemplo, o realizado pelo OGMO de Paranaguá e Antonina (fls. 2.514).

JURISPRUDÊNCIA

No Porto de Santos, v.g., para cursos Básicos do Trabalhador Portuário a serem ministrados a partir do segundo semestre de 2006, foram apresentadas as listas de classificados, em número de 30 interessados, e de espera, com 56, 229, 55, 92 e 269 interessados (fls. 3.480/3.481, 3.487/3.493, 3.495/3.496, 3.501/3.503, 3.506/3.513). Também há listas de espera para inscrição em outros cursos, como o de operação com guindaste de terra (fls. 3.922), com empilhadeira de pequeno porte (fls. 3.928) e com cargas perigosas (fls. 4.088 e 4.143/4.144).

A TPC Operador Logística Ltda., em manifestação apresentada a fls. 3.766/3.776 (vol. 18 de documentos), relata ser responsável pelo embarque dos veículos produzidos pela Ford Motor Company Brasil Ltda. e expõe suas dificuldades nas operações que realiza. Afirma que no OGMO de Salvador há cerca 600 avulsos registrados e cadastrados, mas pouco mais de 30 possuem carteira de habilitação, requisito essencial para a condução de veículos automotores. Sustenta que esse número é insuficiente, pois nem sempre esses trabalhadores estão disponíveis para o trabalho que desenvolve. Discorre a respeito também da deficiência qualitativa para operação com veículos produzidos pela Ford. Denuncia a incapacidade do OGMO local na qualificação profissional e, a fls. 4.305/4.314 e 4.319/4.330, trouxe cópia de petições iniciais de ações promovidas contra o órgão gestor, com cópia de foto de avaria realizada em automóvel e ocorrência do fato no OGMO.

A Alunorte, com sede em Belém, afirmou, na petição de fls. 4.211/4.212, que a atividade de operação com os equipamentos que utiliza no carregamento e descarregamento de navios necessita de especialização, sendo feita sem o emprego de mão-de-obra avulsa.

O OGMO de Natal trouxe aos autos a relação de cursos realizados pelos trabalhadores de capatazia desde o ano de 1997 (fls. 4.352/4.360, vol. 21 de docs.). Com esses dados é possível desenhar o seguinte quadro:

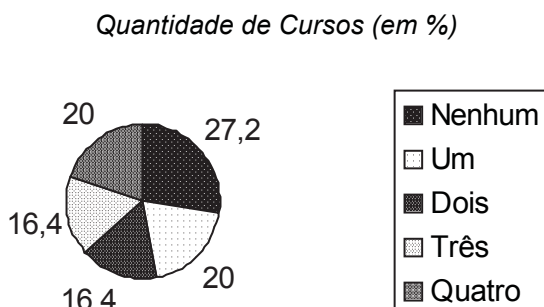
Tabela 6: Quantidade de cursos realizados pelos avulsos registrados/cadastrado no OGMO de Natal

<i>Nº de cursos Realizados</i>	<i>Nº de Avulsos Cadast./Regist.</i>	<i>Porcentagem(%)</i>
Nenhum	30	27,2
Um	22	20,0
Dois	18	16,4
Três	18	16,4
Quatro ou mais	22	20,0
<i>TOTAL</i>	<i>110</i>	<i>100,0</i>

Fonte: OGMO de Natal

JURISPRUDÊNCIA

Gráfico 1: Quantidade de cursos realizados por TPAs no OGMO de Natal



Os dados trazidos pelo OGMO de Itaquí – MA acerca da qualificação dos portuários podem ser assim resumidos:

Tabela 7: Qualificação profissional cursos realizados pelos avulsos registrados/cadastrado no OGMO de Itaquí (MA)

QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL Cursos realizados	Nº de Avulsos que fizeram	Porcentagem (%)
Apenas Formação em trabalho portuário	22	21,4
Formação e Aperfeiçoamento	40	38,8
Formação e Específicos para operação e sinalização	41	39,8
TOTAL	103	100,0

Fonte: OGMO de Itaquí

No Porto de São Francisco do Sul, entretanto, a maioria da mão-de-obra habilitada no OGMO possui mais de 3 cursos realizados, conforme informou o OGMO local (cf. 1.228/1.247).

Em Paranaguá, há muitos trabalhadores com várias qualificações, mas também existem inúmeros que não fizeram curso algum (cf. fls. 2.474/2.489). Para os cursos que exigem maiores conhecimentos técnicos, há poucos alunos matriculados, como revela o OGMO – PR (fls. 2.548/2.550).

As suscitadas trouxeram aos autos documentação relativa a acidente de trabalho ocorrido durante o manuseio de cargas no Porto de Santos por pessoas que, a seu juízo, não detinham a necessária qualificação no OGMO, apesar de prestarem serviços típicos de portuários (fls. 798/801, autos principais).

A documentação trazida pelos OGMOs demonstra que: a) convivem no sistema portuário brasileiro trabalhadores com baixa qualificação profissional

JURISPRUDÊNCIA

e aqueles em constante atualização; b) há cursos de formação, aperfeiçoamento e especialização; c) os cursos, em geral, não têm como objetivo o treinamento para operação de uma determinada marca e modelo de equipamento portuário; d) existem cursos em que o número de vagas oferecidas é menor do que o de interessados; e) há cursos com poucos alunos; f) carecem trabalhadores portuários qualificados para específicas operações portuárias.

4.1.5 – A CONTRATAÇÃO FORA DO SISTEMA DO OGMO

Os documentos trazidos pelos interessados revelam que, em regra, os operadores portuários efetivamente vêm tentando contratar TPAs, dando prioridade aos habilitados no OGMO. Vários editais para contratação, como empregados, de trabalhadores portuários em capatazia foram apresentados.

Dos editais divulgados pelo OGMO de Salvador a favor da Tecon Salvador (fls. 216/235, 2º vol. de documentos), por exemplo, constam o salário e a seguinte ordem para a contratação:

“O Salário Base mensal oferecido não será inferior a 30 (trinta) vezes o salário-dia da categoria de capatazia, excluído o valor do repouso semanal remunerado (DSR) e a empresa oferece Vale-Transporte, Assistência Médica extensiva a dependentes, refeitório no local e Seguro de Vida em Grupo.

(omissis)

1. Primeiro, pelos trabalhadores registrados e habilitados para a atividade de Capatazia;

2. Segundo, pelos trabalhadores registrados e habilitados para outras atividades;

3. Terceiro, pelos trabalhadores cadastrados e habilitados para a atividade de Capatazia;

4. Quarto, pelos trabalhadores cadastrados e habilitados para outras atividades.

(omissis)

Não havendo trabalhadores do sistema interessados ou sobrando vagas, o TECON poderá contratar trabalhadores fora do sistema, procedendo à habilitação dos mesmos perante o OGMOSA.” (fls. 216)

A Rodrimar S.A. Transportes, Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais também procurou priorizar a contratação de TPAs registrados no OGMO

JURISPRUDÊNCIA

de Santos (cf. fls. 247/280, 2º vol. docs.), oferecendo salário menor do que o percebido pela média dos trabalhadores de capatazia, conforme dados constantes da Tabela 1 deste voto.

No Porto de São Francisco do Sul, o OGMO divulgou edital a favor das empresas WR Operadores Portuários e Cargolink Armazéns de Cargas Ltda. em que, igualmente, consta que o não-comparecimento de interessados ao emprego por habilitados no OGMO facultará a contratação fora do sistema (cf. fls. 1.310, vols. em apenso).

Também no Paraná, do edital em favor de operador portuário consta a preferência por trabalhadores registrados e cadastrados no OGMO, com a previsão de que, permanecendo vagas não preenchidas, a empresa efetuará a contratação dos interessados no “mercado de trabalho geral” (fls. 2.992 e 3.050, vols. em apenso).

O preposto do primeiro suscitado, respondendo às perguntas do Ministro instrutor, destacou que, “na Europa, é comum os trabalhadores portuários quererem ser contratados com vínculo, com carteira assinada, mas aqui no Brasil há uma questão cultural: os trabalhadores das entidades sindicais (...) preferem ser contratados como avulsos; que o aspecto cultural (...) deve-se ao fato de que, historicamente, os trabalhadores avulsos tiveram os ganhos do trabalhador com carteira assinada e a liberdade dos trabalhadores avulsos” (fls. 794, autos principais).

Efetivamente, os operadores portuários têm procurado priorizar a contratação de mão-de-obra registrada e cadastrada no OGMO. Eles enfrentam dificuldades na contratação, como empregado, de TPA habilitado no OGMO, seja por um aspecto cultural, conforme admitido pelo preposto de um das suscitadas, seja pela baixa remuneração oferecida. Várias empresas possuem trabalhadores dentro e fora do sistema.

Vieram aos autos, ainda, cópias de normas coletivas em que há previsão de contratação de empregados em capatazia, por operadores portuários, fora do sistema do OGMO, caso não apareçam interessados nas vagas de TPAs habilitados no OGMO (cf. cláusula 5ª do Acordo Coletivo de Trabalho de 2005/2007 celebrado entre Tecondi e Sindogesp, fls. 962/963 dos autos principais; cláusula 4ª do ACT celebrado pela WRC Operadores Portuários, fls. 994/995 dos autos principais).

A análise do problema atual, ora em debate, e dos seus aspectos sociais e econômicos aponta para solução judicial que conjugue as necessidades de todas as partes envolvidas de acordo com as disposições legais que tratam da matéria em debate.

JURISPRUDÊNCIA

4.1.6 – O TRABALHO PORTUÁRIO NO BRASIL, A LEI Nº 8.630/93 E A INFLUÊNCIA DA CONVENÇÃO 137 DA OIT

Antes do advento da Lei nº 8.630/93, os portos eram administrados por empresas públicas (Companhias Docas e Portobrás S.A.) e os serviços de capatazia (à época desempenhado pelos arrumadores) eram, geralmente, “realizados por intermédio de empregados contratados a prazo indeterminado (...) pelas administrações portuárias” (parecer do MPT, fls. 1.327). A contratação de avulsos, via sindicato de classe e registrados em órgão da Marinha, ocorria “em casos excepcionais e pontuais”.

As reminiscências revelam primeiro que a questão que se quer definir no presente feito (Dissídio Coletivo de natureza jurídica) – contratação com vínculo de emprego recrutando fora do sistema do OGMO – não é nova; e segundo que é possível flexibilizar a norma do art. 26 e seu parágrafo único da Lei nº 8.630/93 no que tange à contratação de trabalhadores de capatazia.

Com efeito, no modelo anterior, o sistema de trabalho portuário já contemplava as duas categorias de trabalhadores, a saber: os trabalhadores *avulsos*, matriculados nas Delegacias do Trabalho Marítimo, e os trabalhadores de *capatazia* (arrumadores), estes, empregados das administrações portuárias (Cia Docas), e os denominados arrumadores que, além de atuarem como matriculados nos sindicatos e nas DTMs, contavam, ainda, com aqueles da força supletiva dos trabalhadores de capatazia, que também movimentavam carga na área retroportuária.

O Decreto 127, de 31.01.1967, permitiu às administrações portuárias contratarem trabalhadores em serviços de capatazia, procedimento que veio a merecer maior realce com a lei de 1993, que ora se examina, consolidando o sistema, com a criação do OGMO para administrar a mão-de-obra, incluindo aqueles trabalhadores que mantinham vínculo de emprego permanente (art. 70).

Portanto, a norma atual, combinada com a Convenção 137, da OIT, segue a tendência da legislação e da prática anteriores, com a diferença de que a administração da mão-de-obra portuária (avulsa ou empregada) passou a ser atribuída ao OGMO, com natureza de órgão central do sistema ao qual devem ser vinculados todos os trabalhadores portuários, com ou sem vínculo empregatício. Isso mostra que o tema em debate não é novo, nem se originou com a denominada lei de modernização dos portos.

O novo modelo de gestão implantado pelo legislador de 1993, ante os reclamos de ineficiência do setor, objetivou reduzir a presença do Estado nas

JURISPRUDÊNCIA

operações portuárias, que passa a ser mero administrador portuário (art. 33 da Lei nº 8.630/93). Os empregados públicos foram incentivados a pedir demissão (art. 69), hipótese em que tiveram assegurado seu registro no Órgão Gestor de Mão-de-Obra Portuária Avulsa (art. 70), organismo criado para gerir os trabalhadores avulsos (art. 18).

Assim, provavelmente, porque o registro no OGMO dependia de ato de vontade dos trabalhadores em capatazia e da implantação do desligamento voluntário nas Companhias DOCAS, diversamente dos demais trabalhadores avulsos cuja inscrição no OGMO já ficara assegurada (arts. 54 e 55), o legislador omitiu as atividades de “capatazia” e “bloco” do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.630/93. Não se tem dúvida, entretanto, de que a aludida lei visou a modernizar a administração portuária, otimizando o trabalho ali realizado, dotando-o de um regime jurídico específico, com vistas à redução do contingente de mão-de-obra no sistema, a fim de possibilitar melhor qualificação e remuneração dessa mão-de-obra, por fim, teve como objetivo dar celeridade e baratear as operações portuárias. Ao implantar o novo modelo de administração portuária o legislador de 1993 não pretendeu permitir a contratação direta de empregados em capatazia fora do sistema OGMO, como parecia indicar a literalidade do dispositivo em exame.

De fato, o exame sistêmico da Lei nº 8.630/93 revela que a contratação do portuário, seja como avulso, seja como empregado, deve ser feita dentro do sistema do OGMO. O art. 18, que define as funções do OGMO, dispõe expressamente sobre a inclusão de treinamento, registro e cadastro não apenas dos avulsos, mas de todo trabalhador portuário (incluindo, obviamente, aquele contratado diretamente pelas empresas com vínculo empregatício, portanto).

O art. 27, que contém expressa referência ao dispositivo objeto de exame, também deixa cristalina a necessidade de inscrição no OGMO de todo e qualquer trabalhador portuário.

Assim, o sistema criado pela Lei nº 8.630/93 é o de que todos os trabalhadores portuários devam ser inscritos nos OGMOs, seja por contratação avulsa, seja por contratação direta por prazo indeterminado.

Entretanto, embora o cotejo literal do *caput* com o parágrafo único do art. 26 da lei possa sugerir que as atividades de capatazia estão excluídas daquelas para as quais os operadores portuários só podem contratar com vínculo empregatício dentre os portuários avulsos, isto é, aqueles incluídos no OGMO, a compreensão do conjunto não leva a essa conclusão.

Com efeito, sendo o parágrafo norma complementar ao seu *caput*, não pode modificá-lo, especialmente, no caso em exame, que capatazia não constitui

JURISPRUDÊNCIA

categoria diversa das demais mencionadas no parágrafo, do contrário permitir-se-ia que o parágrafo único amputasse o *caput* ou cindisse a categoria, excluindo uma de suas atividades.

Posteriormente à aludida lei de modernização dos portos, o Brasil, pelo Decreto 1.574, de 31 de julho de 1995, promulgou a *Convenção 137 da OIT* e determinou o seu cumprimento (art. 1º do Decreto), tendo ela se incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro no dia 12 de agosto de 1995.

Dispõem os primeiros artigos da Convenção 137:

“Artigo 1

1. A Convenção se aplica às pessoas que trabalham de modo regular como portuários, e cuja principal fonte de renda anual provém desse trabalho.

2. Para os fins da presente Convenção, as expressões ‘portuários’ e ‘trabalho portuário’ designam pessoas e atividades definidas como tais pela legislação ou a prática nacionais. As organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas devem ser consultadas por ocasião da elaboração e da revisão dessas definições ou serem a ela associadas de qualquer outra maneira; deverão, outrossim, ser levados em conta os novos métodos de processamento de carga e suas repercussões sobre as diversas tarefas dos portuários.

Artigo 2

1. Incumbe à política nacional estimular todos os setores interessados para que assegurem aos portuários, na medida do possível, um emprego permanente ou regular.

2. Em todo caso, um mínimo de períodos de emprego ou um mínimo de renda deve ser assegurado aos portuários, sendo que sua extensão e natureza dependerão da situação econômica e social do país ou do porto de que se tratar.

Artigo 3

1. Registros serão estabelecidos e mantidos em dia para todas as categorias profissionais de portuários na forma determinada pela legislação ou a prática nacionais.

2. Os portuários matriculados terão prioridade para a obtenção de trabalho nos portos.

JURISPRUDÊNCIA

3. Os portuários matriculados deverão estar prontos para trabalhar de acordo com o que for determinado pela legislação ou a prática nacionais.

Artigo 4

1. Os efetivos dos registros serão periodicamente revistos a fim de fixá-los em um nível que corresponda às necessidades do porto.

2. Quando uma redução dos efetivos de um registro se tornar necessária, todas as medidas úteis serão tomadas, com a finalidade de prevenir ou atenuar os efeitos prejudiciais aos portuários.”

A principal novidade do texto normativo, incorporado à legislação brasileira, está no art. 3º, item 2, que tem repercussão direta na presente discussão. Estabelece o dispositivo que “os portuários matriculados terão *prioridade* para a obtenção de trabalho nos portos” (não há grifo no original).

A prioridade prevista na aludida Convenção Internacional (137 da OIT), para o presente feito tem como alvo o trabalhador permanente, assim entendido aquele admitido com vínculo empregatício por prazo indeterminado. Nesse caso, o operador portuário ao contratar por prazo indeterminado o trabalhador em capatazia deve prioritariamente recrutar dentre os trabalhadores com inscrição no OGMO (no caso do Brasil, os registrados e os cadastrados). Caso não seja possível, poderá contratar fora do sistema. Na oferta de emprego o operador portuário deverá especificar os requisitos exigidos do trabalhador a ser selecionado

Ainda que se possa admitir a prioridade como mera preferência mesmo assim, tanto as requisições dos avulsos via OGMO como as contratações com vínculo dizem respeito ao *trabalho portuário*; portanto, nos termos da norma de regência, a oferta deverá contemplar, em primeiro lugar (prioridade) os trabalhadores portuários habilitados, assim entendidos os registrados e os cadastrados no OGMO.

A Convenção 137 revela preocupações com a manutenção do trabalho e da renda dos trabalhadores portuários (arts. 2º, itens 1 e 2, e 4º, itens 1 e 2). Assim, a prioridade de contratação não pode ser utilizada para a precarização do trabalho, isto é, para a redução dos níveis salariais e de trabalho dos demais trabalhadores portuários. Deve, portanto, obedecer a critérios objetivos.

Os elementos colhidos nos autos demonstram a necessidade de alguns operadores portuários de possuírem empregados próprios, por prazo indeterminado, dos serviços de capatazia. Mostram as dificuldades encontradas por eles na contratação e com a qualificação profissional.

JURISPRUDÊNCIA

Também há comprovação de que vários operadores portuários têm contratado empregados para reduzir os custos com a remuneração do trabalho avulso. Alguns possuem 100% de seus empregados de capatazia fora do sistema do OGMO¹³; outros, por outro lado, têm 100% de seus empregados inscritos no OGMO¹⁴. Registram, ainda os autos argumentos dando conta de que a contratação de empregados não habilitados no OGMO gerará maiores riscos à saúde e à segurança no trabalho.

A meu ver não tem fundamento o receio, visto que a contratação com vínculo empregatício levado a efeito pelos operadores portuários, cujo processo não dispensará o concurso do sindicato e do OGMO no processo, levará em conta a capacidade da contratante e a preferência daqueles integrantes do sistema.

A noção de prioridade na realidade portuária de hoje é a que melhor atende a exegese das normas em exame. Prova disso é o grande contingente de trabalhadores contratados por prazo indeterminado fora do sistema do OGMO e a negociação coletiva disciplinando a prioridade na contratação e prevendo a contratação direta no mercado de trabalho, conforme consignado antes, principalmente, nos itens “4.1.2” e “4.1.5” deste voto.

Assim, considerando-se os aspectos históricos, sistêmicos, econômicos e sociais, supra-referidos, proponho, no mérito, como solução, declarar que, até 11 de agosto de 1995, os operadores portuários podiam contratar trabalhadores, fora do sistema, para a atividade de capatazia. *A partir de 12 de agosto de 1995, data da incorporação da Convenção nº 137 da OIT ao ordenamento jurídico brasileiro*, os operadores portuários ficaram obrigados a observar a prioridade daqueles portuários avulsos (os registrados e os cadastrados) na contratação, por prazo indeterminado para atividade de capatazia, respeitada a qualificação do trabalhador a ser recrutado, na hipótese de remanescer vagas das ofertadas, fica facultado recrutar fora do sistema do OGMO.

Essa solução, a meu sentir, atende os princípios constitucionais invocados pelas partes. Atende, ainda, o valor social do trabalho, permite o vínculo empregatício prestigiando a média salarial vigente no porto para a função, observa a justiça social e o direito ao trabalho porque permite acesso ao emprego

13 Como, por exemplo, as empresas Portocel, Agil e Litoral (ver tabela 2 do item 4.1.2 deste voto).

14 É o caso da Pennant, da ILP e da Intermarítima, entre outras empresas (vide tabela 1 do item 4.1.2 deste).

e a renovação gradual da mão-de-obra e o acesso de outros trabalhadores ao sistema.

Também resulta em observância à isonomia e aos princípios da ordem econômica, porque iguala as condições de trabalho avulsa e celetista entre os operadores portuários, de modo que a diferença entre a oferta aos trabalhadores do sistema e aos de fora não inviabilize a opção dos primeiros, nem privilegie, nem prejudique estes últimos.

O trabalhador contratado fora do sistema, a ele se integrará mediante o registro, porquanto é indispensável sua habilitação no OGMO. Isso não resultará em excesso de trabalhadores no sistema, porquanto, como se sabe (e os autos mostram essa realidade), os Órgãos Gestores de Mão-de-Obra (OGMOs) constantemente promovem cursos de formação inicial para portuário, mesmo após 14 anos de vigência da Lei nº 8.630/1993. Ou seja, independentemente da adoção da presente solução, há gradativa habilitação de novos trabalhadores portuários, cuja admissão se dá via seleção pública.

4.1.7 – MULTIFUNCIONALIDADE

É lícito reconhecer, ainda, que a proposta propiciará a adoção da multifuncionalidade nos Portos, de que cogitam os arts. 19, inc. II, e 57 da Lei nº 8.630/93, na medida em que permitirá aos operadores portuários, gradativamente, compor um quadro de empregados, treinando-os para variadas tarefas.

A propósito, o Ministério Público do Trabalho assegura que a multifuncionalidade já vem sendo praticada com sucesso em algumas unidades portuárias, anotando, *verbis*:

“Tal prática, já implementada com sucesso em alguns portos, a exemplo do porto e terminais do Espírito Santo, tornam os trabalhadores portuários aptos a executar mais de uma atividade portuária, de forma que, em um futuro que hoje se vê, de fato, aproximar-se, já não mais fará sentido diferenciar trabalhadores de capatazia dos de estiva ou de conferência, que é, na verdade e à luz da Lei nº 8.630, de 1993, a categoria profissional nos portos organizados, sendo as profissões concebidas anteriormente como categorias definidas tão-somente como atividades (art. 57, § 3º). Por esse ângulo, capatazia sequer seria uma categoria,

(...)

Vale ressaltar que a recomendação nº 145 da OIT, que estabelece ‘Recomendações sobre as repercussões sociais dos novos métodos de

JURISPRUDÊNCIA

processamentos de carga nos portos’, também indica essas mesmas diretrizes:

‘12. O número de categorias especializadas deveria ser reduzido e deveriam ser modificadas suas atribuições, à medida que estiver sendo modificada a natureza do trabalho, e que um número mais elevado de trabalhadores se capacitem para efetuar uma variedade maior de tarefas.

13. Deveria ser suprimida, quando possível, a distinção entre trabalho a bordo e trabalho em terra, a fim de se conseguir uma maior possibilidade de intercâmbio de mão-de-obra, maior flexibilidade na designação do trabalho e maior rendimento das operações’.” (fls. 1342/1343, parecer)

Não se tem notícia de resistência à implantação da multifuncionalidade, salvo o receio de que o sistema importe apenas em aumentar as tarefas dos trabalhadores sem contrapartida. Mas essa questão é discutida no seio da categoria dos trabalhadores avulsos, que, para cada qualificação, certamente se exigirá uma inscrição no registro. Tratando-se de portuário com vínculo de emprego, além do treinamento específico e da inscrição no registro para as tarefas respectivas, o empregador haverá de manter sistematizada essa classificação no seu quadro.

A despeito da complexidade na administração dessa mão-de-obra multiquificada, deve-se estimular essa prática junto aos operadores portuários, que não de responder pelo treinamento dos seus empregados.

4.1.8 – PROVÁVEIS CONSEQÜÊNCIAS E EFEITOS DA SOLUÇÃO PROPOSTA

Essa decisão não interfere naquelas proferidas nos dissídios individuais (ações civis públicas, ações de anulação de autos de infração da fiscalização do trabalho, etc.), por carecer de efeito vinculante em relação a fatos pretéritos ao ajuizamento deste dissídio coletivo.

Ante o caráter normativo desta decisão, a atingir todos os operadores portuários, à exceção da Marimex, cuja litispendência foi acolhida (ver item 2.5.1 deste voto), devem ser remetidas cópias desta decisão a todos os OGMOS do Brasil, cuja relação se encontra a fls. 1012/1020 dos autos principais e ao Ministério Público do Trabalho (Procuradoria Geral do Trabalho).

Considerando que a decisão ora proposta visa solucionar o conflito coletivo levado a juízo em 12.09.2006, as situações constituídas antes (e até a

JURISPRUDÊNCIA

data) do ajuizamento deste dissídio coletivo não serão atingidas pela solução ora proposta. Por isso, ficam preservadas do alcance dessa decisão as contratações realizadas pelos operadores portuários até o dia 12.09.2006.

5 – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Requeru a suscitante, ao final, a condenação das suscitadas ao pagamento de honorários advocatícios.

A hipótese, entretanto, não comporta a pretensão.

Com efeito, não é o fato de a entidade sindical figurar na relação processual que a ela se deverá reconhecer o direito ao recebimento de honorários advocatícios. Estes não se confundem com honorários assistenciais, devidos no âmbito do processo do trabalho, apenas quando se trata de ação de natureza individual, cujo reclamante é beneficiário da “justiça gratuita” e assistência jurídica é promovida pela entidade sindical de sua categoria profissional, nos termos da Orientação Jurisprudencial 305 da SDI-1 desta Corte¹⁵. Cuida-se, aqui, dos estritos termos do art. 14 da Lei nº 5.584, de 1970.

Os honorários advocatícios, assim entendidos aqueles que decorrem da mera sucumbência, são concedidos no âmbito do processo do trabalho somente naquelas ações individuais advindas da nova competência da Justiça do Trabalho (EC-45/04), consoante os termos do art. 5º da Instrução Normativa 27/05¹⁶, não se ajustando, portanto, à hipótese de Dissídio Coletivo, seja de natureza econômica, seja de natureza jurídica.

Logo, a diretriz restritiva contida na Lei nº 5.584/70 e na jurisprudência desta Corte (Súmulas 219 e 329 do TST e Orientação Jurisprudencial 305 da SDI-1) não se compadece com a hipótese do Dissídio Coletivo.

In casu, não resta configurada qualquer das hipóteses de concessão dos honorários. Por terem estes, no processo do trabalho, natureza assistencial não são devidos à parte, mas à entidade sindical que lhe presta assistência. No presente feito a Federação suscitante não reside em juízo nessa qualidade, mas na qualidade de parte (autora). Não havendo falar em substituídos, muito menos

15 OJ 305, da SDI-1/TST: “Na Justiça do Trabalho, o deferimento de honorários advocatícios sujeita-se à constatação da ocorrência concomitante de dois requisitos: o benefício da justiça gratuita e a assistência por sindicato”.

16 Art. 5º da Instrução Normativa nº 27/2005, do TST: “Exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência.”

JURISPRUDÊNCIA

se tem elementos para aferir o requisito da insuficiência econômica. Por óbvio, que o alvo dessa avaliação não seria a Federação.

6 – CONCLUSÃO

Ante o exposto: I – rejeito o pedido de denúncia da lide formulado pelas suscitadas; II – rejeito o chamamento do Ministério Público do Trabalho para atuar como litisconsorte facultativo requerido pelas suscitadas; III – rejeito a objeção de pré-julgamento do Dissídio Coletivo e de quebra do princípio da isonomia argüida pelas suscitadas em razões finais; IV – indefiro os pedidos de desentranhamento de peças e de inutilização de expressões e palavras formulados pelo Ministério Público do Trabalho e pela suscitante; V – rejeito as preliminares de extinção do Dissídio Coletivo por falta de “comum acordo” e de negociação prévia; por incapacidade de parte e irregularidade de representação; por impossibilidade jurídica do pedido; e por ilegitimidade ativa; VI – acolho em parte a preliminar de litispendência e de coisa julgada, para, reconhecendo a litispendência em relação ao Processo nº TST-RODC-20.174/2004-000-02-00.0, extinguir o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, inciso V, do Código de Processo Civil, apenas em relação aos trabalhadores que prestam serviço de capatazia para Marimex Despachos Transportes e Serviços Ltda. no Porto de Santos, excluindo-os do alcance da decisão normativa a ser proferida nestes autos; VII – *no mérito, julgo parcialmente procedente o Dissídio Coletivo*, para: *a)* – declarar que, até 11 de agosto de 1995, os operadores portuários podiam contratar trabalhadores, fora do sistema, para a atividade de capatazia. A partir de 12 de agosto de 1995, data da incorporação da Convenção nº 137 da OIT ao ordenamento jurídico, a contratação de trabalhador, por prazo indeterminado, para o serviço de capatazia, deve ocorrer, prioritariamente, dentro do sistema, especificando o operador portuário a qualificação do trabalhador desejado, facultando-se às empresas operadoras portuárias a contratar, por prazo indeterminado, fora do sistema, na hipótese de remanescer vagas; *b)* – fixar a data de publicação do acórdão a partir da qual esta declaração produzirá efeitos; *c)* – determinar o envio, por ofício, de cópia desta decisão a todos os OGMOS do Brasil e ao Ministério Público do Trabalho; *d)* – julgar improcedente o pedido de honorários advocatícios; *e)* – fixar as custas processuais em R\$200,00 (duzentos reais), calculadas sobre o valor atribuído à causa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), cabendo à suscitante pagar 50% (cinquenta por cento) desse valor e às suscitadas a metade remanescente, na forma do art. 789, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Isto posto,

JURISPRUDÊNCIA

Acordam os Ministros da Seção Especializada em Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: I – por unanimidade, rejeitar o pedido de denúncia da lide formulado pelas suscitadas; II – por unanimidade, rejeitar o chamamento do Ministério Público do Trabalho para atuar como litisconsorte facultativo requerido pelas suscitadas; III – por unanimidade, rejeitar a objeção de pré-julgamento do Dissídio Coletivo e de quebra do princípio da isonomia argüida pelas suscitadas em razões finais; IV – por unanimidade, indeferir os pedidos de desentranhamento de peças e de inutilização de expressões e palavras formulados pelo Ministério Público do Trabalho e pela suscitante; V – por unanimidade, rejeitar as preliminares de extinção do Dissídio Coletivo por falta de “comum acordo” e de negociação prévia; por incapacidade de parte e irregularidade de representação; por impossibilidade jurídica do pedido; e por ilegitimidade ativa; VI – por unanimidade, acolher em parte a preliminar de litispendência e de coisa julgada, para, reconhecendo a litispendência em relação ao Processo nº TST-RODC-20.174/2004-000-02-00.0, extinguir o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, inciso V, do Código de Processo Civil, apenas em relação aos trabalhadores que prestam serviço de capatazia para Marimex Despachos Transportes e Serviços Ltda. no Porto de Santos, excluindo-os do alcance da decisão normativa a ser proferida nestes autos; VII – *por maioria, julgar parcialmente procedente o Dissídio Coletivo*, para declarar que, até 11 de agosto de 1995, os operadores portuários podiam contratar trabalhadores, fora do sistema, para a atividade de capatazia. A partir de 12 de agosto de 1995, data da incorporação da Convenção nº 137 da OIT ao ordenamento jurídico, a contratação de trabalhador, por prazo indeterminado, para o serviço de capatazia, deve ocorrer, prioritariamente, dentro do sistema, especificando o operador portuário a qualificação do trabalhador desejado, facultando-se às empresas operadoras portuárias a contratar, por prazo indeterminado, fora do sistema, na hipótese de remanescer vagas. Vencidos, em parte, os Exmos. Ministros Milton de Moura França, Carlos Alberto Reis de Paula e Ives Gandra Martins, que entenderam que a recusa do operador portuário em contratar há que ser fundamentada; VIII – por maioria, que os efeitos da presente declaração são a partir da publicação do acórdão. Vencidos os Exmos. Ministros João Oreste Dalazen, Carlos Alberto Reis de Paula, Ives Gandra Martins e Rider Nogueira de Brito; IX – por unanimidade, determinar o envio, por ofício, de cópia desta decisão a todos os OGMOS do Brasil e ao Ministério Público do Trabalho; X – por unanimidade, julgar improcedente o pedido de honorários advocatícios; e XI – por unanimidade, fixar as custas processuais em R\$ 200,00 (duzentos reais), calculadas sobre o valor atribuído à causa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), cabendo à suscitante pagar 50% (cinquenta por cento) desse valor e às

JURISPRUDÊNCIA

suscitadas a metade remanescente, na forma do art. 789, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Brasília, 16 de agosto de 2007. *João Batista Brito Pereira*, relator.

RECURSO DE REVISTA. CLÁUSULA PENAL. LEI Nº 9.615/98. RESPONSABILIDADE

RECURSO DE REVISTA – CLÁUSULA PENAL – LEI Nº 9.615/98 – RESPONSABILIDADE

1. O art. 28 da Lei nº 9.615/98 (Lei Pelé) prevê cláusula penal a ser paga pela parte responsável pelo inadimplemento contratual à outra, sem diferenciar o sujeito passivo da obrigação.

2. Assim, a agremiação esportiva deve pagar ao atleta, quando for responsável pela extinção do contrato de trabalho, o valor previsto na cláusula penal.

Recurso de Revista conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-1.433/2004-011-07-00.0, em que é Recorrente MARCUS VINÍCIUS DAMASCENO e Recorrido FORTALEZA ESPORTE CLUBE.

O Reclamante interpõe Recurso de Revista, às fls. 162/171, ao acórdão de fls. 149/156, que negou provimento ao Recurso Ordinário do Reclamante e deu parcial provimento ao do Reclamado.

Despacho de admissibilidade, às fls. 188/189.

Contra-razões, às fls. 193/204.

Os autos não foram remetidos ao D. Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 82 do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

JURISPRUDÊNCIA

VOTO

REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

Atendidos os requisitos extrínsecos de admissibilidade – tempestividade (fls. 157/162), regularidade de representação processual (fls. 12) e desnecessário o preparo –, passo ao exame do recurso.

CLÁUSULA PENAL – LEI PELÉ – RESPONSABILIDADE

a) Conhecimento

O Eg. Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região, no acórdão de fls. 149/156, negou provimento ao Recurso Ordinário do Reclamante e deu parcial provimento ao do Reclamado. No que interessa, entendeu que a cláusula penal prevista no art. 28 da Lei Pelé (Lei nº 9.615/98) é devida apenas à agremiação esportiva, quando a culpa pela extinção do contrato do trabalho for do atleta. São estes os fundamentos do acórdão regional:

“2.3. DA CLÁUSULA PENAL

O reclamado requer a reforma da sentença no tocante ao deferimento do pagamento proporcional do valor ajustado como cláusula penal.

Diz o réu que o atleta faz jus tão-somente ao pagamento da multa rescisória conforme art. 31, § 3º, da Lei nº 9.615/98 c/c o art. 479 da CLT. Aduz o recorrente que quando o jogador rescinde com o clube lhe é aplicada a cláusula penal de R\$ 100.000,00 constante no contrato de fl. 18, mas quando é o clube que rescinde com o atleta este tem direito apenas ao pagamento da penalidade prevista no art. 479 da CLT.

É certo que a Lei Pelé (9.615/98) estatuiu a obrigatoriedade de cláusula penal nos contratos firmados entre atletas profissionais de qualquer modalidade e os entes desportivos, a ser aplicada nas hipóteses de descumprimento e ruptura unilateral do contrato, consoante se verifica de seu art. 28, caput:

Art. 28. A atividade do atleta profissional, de todas as modalidades desportivas, é caracterizada por remuneração pactuada em contrato formal de trabalho firmado com entidade de prática desportiva, pessoa jurídica de direito privado, que deverá conter, obrigatoriamente, cláusula

JURISPRUDÊNCIA

penal para as hipóteses de descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral.

Resta claro, entretantes, que semelhante cláusula foi contemplada como meio de proteger a entidade de prática desportiva, ou seja, o empregador, do mau profissional, indenizando-a pelo investimento baldado, com valor que lhe permita a contratação de novo atleta para o elenco, haja vista a extinção do ‘passe’.

Nesse sentido:

EMENTA. ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL. RESCISÃO ANTECIPADA. CLÁUSULA PENAL. Por objetivar a cláusula penal resguardar os clubes de futebol contra a extinção do passe, torna-se aplicável somente em desfavor do atleta, quando da rescisão antecipada por ele causada, e não há falar em violação ao princípio da isonomia, porque a Lei nº 9.615/98 aumenta, por outro lado, a responsabilidade da agremiação em face das obrigações legais, assim como a previsão contida no art.31, da lei em questão, dispondo sobre a liberação do atleta frente à associação que não cumpre com suas obrigações contratuais. Na forma do § 3º, do art.31, da citada Lei nº 9.615/98, com a redação dada pela Lei nº 10.672/03, a multa rescisória em favor do atleta será a disposta no art. 479/CLT no caso de rescisão indireta. (TRT 3 R – 4 T – 01395-2004-106-03-00-0 RO – Rel. Juiz Fernando Luiz Gonçalves Rios Neto – DJMG 07/05/2005)

Calha observar que o próprio contrato prevê nas Cláusulas ‘Nona’ e ‘Décima Segunda’ do contrato de trabalho do jogador (fl. 18v), interpretadas sistematicamente, não ser devida a cláusula penal ao atleta. Confira:

CLÁUSULA NONA – Quando a rescisão for de iniciativa unilateral da ASSOCIAÇÃO, o ATLETA ficará livre, com recebimento de multa contratual e da indenização legal (art. 479, da Consolidação das Leis do Trabalho). [...]

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA – Fica sujeita à multa de R\$ 2.000,00 a parte infratora do presente contrato.

Assim, indubitável que ‘multa contratual’ a que se refere a Cláusula Nona é aquela prevista na Cláusula Décima Segunda, e não a cláusula penal – Cláusula 25, a qual, como sobredito, é devida exclusivamente à agremiação, quando a culpa pela cessação do contrato for do jogador.

JURISPRUDÊNCIA

Sentença reformada neste ponto.” (fls. 153/154)

No Recurso de Revista, o Reclamante alega que a cláusula penal é devida tanto à agremiação quanto ao atleta, devendo aquele que deu causa à extinção do contrato de trabalho pagá-la ao outro. Aponta violação ao art. 28, *caput* e § 2º, da Lei nº 9.615/98.

São estes os termos do art. 28 da Lei Pelé:

“Art. 28. A atividade do atleta profissional, de todas as modalidades desportivas, é caracterizada por remuneração pactuada em contrato formal de trabalho firmado com entidade de prática desportiva, pessoa jurídica de direito privado, que deverá conter, obrigatoriamente, cláusula penal para as hipóteses de descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral.

§ 1º Aplicam-se ao atleta profissional as normas gerais da legislação trabalhista e da seguridade social, ressalvadas as peculiaridades expressas nesta Lei ou integrantes do respectivo contrato de trabalho.

§ 2º O vínculo desportivo do atleta com a entidade desportiva contratante tem natureza acessória ao respectivo vínculo trabalhista, dissolvendo-se, para todos os efeitos legais: (Redação dada pela Lei nº 10.672, de 2003)

(...)

II – com o pagamento da cláusula penal nos termos do *caput* deste artigo.”

Como se vê, o preceito estabelece que o contrato de trabalho do atleta profissional deve conter, obrigatoriamente, cláusula penal, aplicável quando houver descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral do contrato. A norma não define quem é o sujeito passivo da penalidade ou quem é seu beneficiário e, assim, é forçosa a conclusão de que a cláusula penal é aplicável àquele que der causa ao descumprimento do acordado – seja o atleta ou a agremiação esportiva.

Essa exegese da norma encontra suporte, inclusive, no contexto fático de justificação legislativa da Lei Pelé. Antes da normatização estabelecida pela Lei nº 9.615/98, o vínculo entre os atletas e as agremiações esportivas era regido pela Lei nº 6.354/76, que estabelecia o regime do passe, pelo qual o atleta continuava vinculado à agremiação mesmo após o término da vigência do contrato.

JURISPRUDÊNCIA

Nesse sistema, a transferência do atleta para outro clube esportivo se dava necessariamente pelo pagamento de uma indenização à agremiação original. Essa situação gerava ônus extremo aos atletas, cuja vida profissional dependia da negociação da indenização relativa a seu passe, sendo-lhes negada a liberdade de contratar livremente com as agremiações que lhes oferecessem as melhores condições contratuais.

A Lei Pelé, por sua vez, estabeleceu sistema distinto, pelo qual o atleta se vincula a uma agremiação esportiva por meio de um contrato de trabalho – tal quais todos os outros trabalhadores. Todavia, tendo em vista os altos custos de formação e contratação dos atletas, a Lei Pelé também não poderia deixar desamparados os clubes esportivos e, por isso, previu vários mecanismos de compensação financeira para o clube.

Nesse sentido, a Lei nº 9.615/98 encontra sua *mens legis* na busca por um equilíbrio entre os interesses de clubes e atletas. Assim, estabeleceu, entre outras medidas, que o atleta tem liberdade contratual; que os custos de formação do esportista serão ressarcidos ao clube formador caso o atleta se desvincule dele antes dos vinte anos de idade (art. 29, § 6º); e que o contrato do atleta pode ser rescindido caso o salário contratual esteja com atraso por prazo superior a três meses (art. 31).

Uma das medidas que ilustram como o legislador buscou mediar os interesses de atletas e agremiações é a cláusula penal prevista no art. 28. A sua finalidade é proteger a parte prejudicada pelo inadimplemento contratual: por um lado, protege a agremiação esportiva, pois institui uma penalidade financeira caso o atleta deseje encerrar o vínculo contratual prematuramente, v.g., durante uma competição esportiva. Como o clube esportivo será prejudicado por não poder mais contar com o atleta durante aquela competição, tem o direito a uma indenização compensatória. Por outro lado, a cláusula penal também protege o atleta de uma despedida arbitrária durante a vigência do contrato de trabalho.

Assim, não há como acolher a tese regional de que a cláusula penal é devida apenas ao empregador, na hipótese de o atleta não cumprir o acordo. Esta Eg. Corte, inclusive, já reconheceu que a cláusula penal é devida à parte que der causa ao inadimplemento contratual, como demonstram os seguintes arestos:

“ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL LEI PELÉ (ART. 28 DA LEI Nº 9.615/98) RESCISÃO CONTRATUAL CLÁUSULA PENAL – RESPONSABILIDADE. Pelo art. 28 da Lei nº 9.615/98 (Lei Pelé), o contrato de trabalho do atleta profissional de futebol deve conter obrigatoriamente cláusula penal pela rescisão unilateral do contrato, do

JURISPRUDÊNCIA

que se infere ser o sujeito passivo da multa rescisória quem deu azo à rescisão, e beneficiário aquele que com ela sofreu prejuízo. *In casu*, restou assentada a iniciativa do Reclamado na ruptura contratual, o que atrai sobre ele, portanto, a responsabilidade pelo pagamento da multa rescisória preconizada na cláusula penal firmada no contrato celebrado entre as Partes. Recurso de revista provido.” (TST-RR-1.457/2004-201-04-00.4, 4ª Turma, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DJ de 18.05.2007);

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CLÁUSULA PENAL ESTABELECIDA PELO ART. 28 DA LEI Nº 9.615/98. GARANTIA CONTRA RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO DESTINADA APENAS AO EMPREGADOR. IMPROCEDÊNCIA. Não há no art. 28 da Lei nº 9.615/98 nenhum elemento que permita a conclusão de que a cláusula penal por ele estipulada o foi em favor apenas dos clubes, como alega o Reclamado, *concessa maxima venia*. Realmente, não obstante a *mens legis* da Lei Pelé, ao criar a figura da cláusula penal acima referida, tenha sido a concessão aos clubes de futebol de uma proteção mínima contra transferências de atletas após a extinção do passe, previsto pelo art. 11 da Lei nº 6.354/76, não há motivo juridicamente relevante para pretender-se restringir essa garantia apenas aos clubes, dela excluindo os atletas. A exigência do *caput* do art. 28 da Lei nº 9.615/98 de celebração de contrato formal de trabalho já evidencia a igualdade jurídica das partes reconhecida pelo legislador, pois a isonomia é a regra geral dos contratos, sendo admitidas exceções apenas quando expressamente previstas em lei. Por outro lado, a parte final do *caput* daquele artigo estabelece a necessidade da cláusula penal para as hipóteses de descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral, sem fazer alusão a uma suposta restrição da iniciativa daqueles atos a apenas uma das partes contratantes. Logo, por força do princípio hermenêutico segundo o qual não é lícito ao intérprete fazer distinções onde a norma interpretada não o fez, inequívoca a conclusão de que o Reclamante faz jus à cláusula penal em comento, pois houve rescisão unilateral do contrato de trabalho. Reforça ainda esse raciocínio a previsão contida no art. 33 da Lei em análise, segundo o qual cabe à entidade nacional de administração do desporto que registrar o contrato de trabalho profissional fornecer a condição de jogo para as entidades de prática desportiva, mediante a prova de notificação do pedido de rescisão unilateral firmado pelo atleta ou documento do empregador no mesmo sentido, desde que acompanhado da prova de pagamento da cláusula penal nos termos do art. 28 desta

JURISPRUDÊNCIA

Lei. Embargos de declaração parcialmente acolhidos para sanar omissão, sem efeito modificativo, e para corrigir erro material.” (TST-ED-RR-1121/2002-007-04-40.6, 2ª Turma, Rel. Min. Horácio Senna Pires, DJ de 18.08.2006)

Na hipótese, o Eg. Tribunal Regional do Trabalho entendeu, a partir das provas dos autos, que a relação contratual foi extinta pelo Empregador de maneira imotivada (fls. 152). Apesar disso, excluiu da condenação o pagamento da cláusula penal, acolhendo a tese de que ela é devida apenas na hipótese em que o empregado é o responsável pelo inadimplemento do contrato.

Esse entendimento, contudo, viola o disposto no art. 28 da Lei nº 9.615/98, motivo pelo qual conheço do Recurso de Revista.

b) Mérito

Conhecido o apelo por violação de lei federal, tem-se, como corolário, a necessidade do seu provimento.

Dessarte, dou provimento ao Recurso de Revista para determinar o pagamento *integral* do valor previsto na cláusula penal ao Reclamante.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do Recurso de Revista por violação ao art. 28 da Lei nº 9.615/98 e dar-lhe provimento para determinar o pagamento *integral* do valor previsto na cláusula penal ao Reclamante.

Brasília, 20 de junho de 2007. *Maria Cristina Irigoyen Peduzzi*, relatora.

RECURSO DE REVISTA. DENUNCIÇÃO DA LIDE. POSSIBILIDADE

RECURSO DE REVISTA. DENUNCIÇÃO DA LIDE NO PROCESSO DO TRABALHO. POSSIBILIDADE. Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que elasteceu a competência da Justiça do Trabalho, de modo a alcançar não somente a relação de emprego, mas, sim, a relação de trabalho em sentido amplo, é possível, a princípio, a denúncia da lide no processo do trabalho. Caberá, porém, a análise de sua pertinência caso a caso.

JURISPRUDÊNCIA

Precedentes do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista parcialmente conhecido e desprovido.

(Processo n° TST-RR-660.401/00 – Ac. 6ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° TST-RR-660.401/00.4, em que é Recorrente FERROVIA CENTRO-ATLÂNTICA S.A. – FCA e Recorrida ELIZABETE CARDOSO FERREIRA.

O e. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, por meio do v. acórdão às fls. 105-113, complementado às fls. 125-131, decidiu, entre outros temas, acerca de responsabilidade solidária, julgamento *ultra e extra petita* e denunciação da lide no processo do trabalho.

A reclamada Ferrovia Centro Atlântica S.A. interpõe recurso de revista (fls. 133-150) suscitando, preliminarmente, a nulidade do julgado do Tribunal Regional do Trabalho por negativa de prestação jurisdicional. No mérito, questiona a decisão recorrida nos pontos mencionados. Denuncia violação de dispositivos de lei e da Constituição Federal de 1988, além de colacionar arestos para confronto de teses.

O recurso foi admitido (fl. 154), não tendo sido apresentadas contra-razões (certidão à fl. 154, verso), sendo dispensada a remessa dos autos ao douto Ministério Público do Trabalho em face do disposto no art. 82, § 2º, inciso II, do Regimento Interno.

É o relatório.

VOTO

Satisfeitos os requisitos de admissibilidade referentes à tempestividade (fls. 132-133), regularidade de representação (fls. 152-153) e preparo (fl. 151), passo à análise dos pressupostos específicos do recurso.

1 – CONHECIMENTO

1.1 – NULIDADE DO JULGADO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Mediante as razões lançadas às fls. 135-139, a reclamada Ferrovia Centro Atlântica S.A., ora recorrente, suscita preliminar de nulidade do julgado do Tribunal Regional do Trabalho por negativa de prestação jurisdicional. Diz

JURISPRUDÊNCIA

que existiu recusa de jurisdição quanto à análise dos temas relativos ao julgamento *ultra e extra petita*, a denunciação da lide no processo do trabalho, bem como a questão da responsabilidade solidária, conforme a ótica que imprimiu.

Dessa forma, afirma que está prejudicado o seu direito de defesa, especialmente considerando o teor da Súmula 297 do TST.

Em decorrência do articulado, denuncia violação dos arts. 5º, XXXV e LV e 93, IX, da Constituição da República; 832 e 794, da CLT e 458 e 535 e seguintes do CPC, além de colacionar arestos para confronto de teses.

Não existiu recusa de jurisdição no caso vertente.

A d. 3ª Turma do e. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, no julgamento do recurso ordinário da recorrente, devidamente fundamentou as decisões em que rejeitou a arguição de nulidade do julgado por decisão *ultra e extra petita* (fls. 107-108) e a denunciação da lide (fls. 108-109) pretendida. Houve, igualmente, a devida fundamentação no que se refere ao decreto condenatório relativo à responsabilidade solidária (fls. 109-111) da recorrente.

No julgamento dos embargos de declaração que se seguiram, a d. Turma regional ratificou o decidido, consoante se vê do acórdão proferido às fls. 125-131.

Portanto, não existiu recusa de jurisdição, mas, sim, decisão contrária aos interesses da parte, cabendo lembrar que as indagações da recorrente lançadas no tema procuram questionar, por via oblíqua, a decisão que lhe foi desfavorável nos tópicos mencionados.

Outrossim, cabe lembrar que a jurisprudência da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-I) do TST, consubstanciada na Orientação Jurisprudencial (OJ) 115, é no sentido de que o conhecimento do recurso de revista ou de embargos por negativa de prestação jurisdicional supõe a indicação de violação dos arts. 832 da CLT, 458 do CPC ou do 93, IX, da Constituição Federal, razão pela qual é inadmissível o conhecimento do tema considerando os demais dispositivos constitucionais e legais tidos por vulnerados.

Inexistente, portanto, a alegada negativa de prestação jurisdicional.

Não conheço.

1.2 – JULGAMENTO *ULTRA E EXTRA PETITA*

A douta Turma regional, mediante os fundamentos lançados às fls. 107-108, rejeitou a arguição de julgamento *ultra e extra petita* levantada pela recorrente no que se refere a sua condenação de forma solidária.

JURISPRUDÊNCIA

Essa decisão teve como norte a regra do art. 840, § 1º, da CLT, que exige uma breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, a partir da qual o juízo poderá proferir o julgado, conforme entendimento da doutrina colacionada.

No mais, concluiu a d. Turma regional:

“Observa-se da petição inicial, fls. 03/07, que a reclamante propôs ação trabalhista contra duas reclamadas, expondo que foi contratada pela J Z Construtora, tendo prestado serviços exclusivamente para a FCAS/A, na função de escriturária; e faz os pedidos às fls. 05/06, de forma conjunta. Ademais, para que moveria a reclamante ação contra duas reclamadas se pretendesse a condenação de somente uma?” (fl. 107).

No julgamento dos embargos de declaração que se seguiram, a d. Turma regional confirmou o decidido, porém acrescentando o seguinte:

“A intenção velada da embargante ao postular o reexame da questão sob a ótica da distribuição do ônus da prova é reformar o julgado, através do revolvimento dos elementos de convicção trazidos aos autos, o que não se admite na via estreita dos embargos declaratórios.

Sob outro ângulo, a exposição dos fatos de que resulta o dissídio deve ser breve, conforme disposto no art. 840/CLT, ficando a encargo do Julgador o enquadramento jurídico, ainda que não ventilados os motivos pelas partes (art. 131/CPC, de aplicação subsidiária).

Assim sendo, não se sustenta a alegada violação ao contido nos arts. 128 e 460, ambos do CPC; improcedendo, por conseguinte, a tese de que a condenação versa sobre objeto diverso ao que foi demandado.” (fl. 127)

A recorrente, às fls. 139-141, renova a denúncia de julgamento *ultra e extra petita*. Sustenta que da leitura da petição inicial verifica-se que não existiu pedido específico de sua responsabilização, daí porque a condenação extrapolou os limites do pedido, o que gera lesão aos arts. 128, 286 e 460 do CPC. Também colaciona arestos para confronto de teses.

Não existem as lesões articuladas.

A decisão do e. Tribunal Regional do Trabalho mineiro foi calcada no art. 840, § 1º, da CLT, que, como é sabido, não guarda a mesma rigidez dos dispositivos do CPC no que se refere à elaboração da petição inicial.

Portanto, a decisão regional não lesiona os arts. 128, 286 e 460 do CPC.

Por fim, os arestos colacionados à fl. 140 não abordam a mesma particularidade destes autos com emissão de tese em sentido contrário, o que dá azo à incidência, aqui, do óbice da Súmula 296, I, do TST.

Não conheço.

JURISPRUDÊNCIA

1.3 – ACOLHIMENTO DA DENUNCIÇÃO DA LIDE NO PROCESSO DO TRABALHO

A d. Turma regional, com apoio no art. 114 da Constituição Federal de 1988, concluiu (fls. 108-109) que a Justiça do Trabalho não detém competência para acolher a denúncia da lide requerida pela recorrente, uma vez que a competência desta Justiça Especializada diz respeito à solução e conciliação de conflitos entre empregados e empregadores.

Por fim, no julgamento dos embargos de declaração que se seguiram, assentou:

“Nos termos do art. 114, da CF/88, a Justiça do Trabalho é competente para julgar dissídios individuais ou coletivos, desde que envolvidos os interesses de empregados e empregadores – o que, definitivamente, não é o caso da denúncia da lide.

Isso por que, com ela surge uma ação secundária onde o que está em jogo é a pretensão da denunciante, resistida pela denunciada. Vale dizer, não se trata de litígio trabalhista.

Face outra, compete ao reclamante ajuizar a demanda contra quem julga responsável pela lesão ou ameaça a direito (art. 840, § 1º, da CLT c/c o art. 282, II, do CPC), restando desautorizada, na sistemática processual trabalhista, a aludida intervenção de terceiros.

A inclusão do empregado principal na lide, como quer a embarcante, instauraria controvérsia entre pessoas distintas da figura do empregado, surgindo demanda paralela, de nítida cunhagem civilista.

Esclarecimento que se dá” (fls. 127-128).

A recorrente insiste (fls. 141-143) na tese de que a denúncia da lide é compatível com o processo do trabalho, conforme a argumentação desenvolvida.

Transcreve arestos para confronto de teses e denuncia lesão aos arts. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, 70, III, do CPC e 455 da CLT.

O aresto às fls. 142-143, proveniente do e. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, possibilita o conhecimento do tema por conflito interpretativo, na medida em que afirma que a denúncia da lide é cabível no processo do trabalho, tese, consoante se vê, divergente da adotada pela d. Turma regional.

Conheço, por divergência jurisprudencial.

JURISPRUDÊNCIA

1.4 – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA RECORRENTE – EXCLUSÃO DA LIDE

A d. Turma regional manteve (fls. 109-111) a condenação da recorrente a responder de forma solidária pelos créditos trabalhistas devidos à reclamante, ora recorrida.

No caso, ficou constatado que a recorrida foi contratada, formalmente, pela primeira reclamada, a JZ Construtora Ferroviária e Rodoviária, tendo prestado serviços diretamente à recorrente.

Dessa forma e tendo em vista os termos da petição inicial, foi declarada a responsabilidade solidária da recorrente por todos os débitos trabalhistas, uma vez que, como tomadora dos serviços, “percebeu o trabalho da reclamante durante todo o seu contrato de trabalho” (fl. 111).

No julgamento dos embargos de declaração que se seguiram, acrescentou a d. Turma regional:

“Ainda que assim não o fosse, nenhuma razão lhe assiste, porquanto o v. aresto se pautou no conjunto probatório produzido, não se resumindo à confissão judicial, colhida quando da oitiva do preposto da ora embargante (v. ata de fl. 53). Ademais, enquanto meio de prova, a confissão faz prova contra o confitente (art. 350, do CPC, primeira parte).

Sobre os demais argumentos (inexistência de irregularidade no contrato celebrado entre a embargante e a EBATE – eventual empreiteira principal; validade da terceirização; o disposto no art. 455/CLT), mostra-se ociosa a discussão, uma vez que o decisório convenceu-se da caracterização da merchandage, cuja legalidade, só se verifica nos casos de trabalho temporário, serviços de vigilância e de conservação e limpeza.

De acordo com os fundamentos expendidos às fls. 109/111, a prova oral noticia que a reclamante, apesar de ‘formalmente’ contratada pela JZ Construtora, prestava serviços diretamente à Ferrovia Centro Atlântica, de quem recebia os salários, indiretamente.

Reconhecida a *merchandage* não vinga a versão de contrato de empreitada, tampouco a exclusiva responsabilização do empreiteiro principal e do subempreiteiro. Também não se há falar em licitude da terceirização, porque, no entendimento do julgado, a situação fática demonstra ser outra a realidade.

JURISPRUDÊNCIA

A prática de ato ilícito implica responsabilidade solidária da embargante, ficando seus bens sujeitos à reparação do dano, à luz do contido no art. 1.518, do Código Civil.

Nada a alterar.” (fls. 128-129, o trecho grifado não consta do original)

A recorrente insiste (fls. 143-150) no argumento de que deve ser excluída da lide, pois, em síntese, a recorrida nunca lhe prestou serviços, “mas, sim, à primeira Reclamada” (fl. 144).

Diz, ainda, que jamais celebrou contrato com a empregadora da recorrida, a reclamada JZ, mas, sim, com a empresa ABATE, que subempreitou a prestação de serviços para a JZ, daí porque essa última empresa (ABATE) é que deve ser responsabilizada, nos termos do art. 455 da CLT.

Em decorrência do articulado, denuncia lesão aos arts. 896 do Código Civil; 455 da CLT e 5º, II, da Constituição Federal de 1988, além de colacionar arestos para confronto de teses.

Não há como conhecer do tema.

Com efeito, a decisão regional, pelos seus próprios termos, não lesionou os arts. 896 do Código Civil e 455 da CLT, até porque há de se considerar a regra do art. 9º da CLT.

Aplicável, quanto à alegada afronta ao art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988, o óbice da Súmula 297 do TST.

Por fim, nem por divergência o tema logra conhecimento, já que não existiu debate nos autos no sentido de a recorrente ser dona de obra, ou, ainda, ter mantido vínculo de emprego com a recorrida, circunstância que dá azo à incidência da Súmula 296 do TST.

Não conheço.

2 – MÉRITO

2.1 – ACOLHIMENTO DA DENUNCIÇÃO DA LIDE NO PROCESSO DO TRABALHO

Deve ser mantida a decisão regional.

Muito embora a competência da Justiça do Trabalho tenha sido elasticsada com o advento da Emenda Constitucional 45, de dezembro de 2004 (DOU de

JURISPRUDÊNCIA

31.12.2004), que modificou o art. 114 da Constituição Federal de 1988, a denunciação da lide no processo do trabalho deve ser admitida com restrição, ou seja, deve ser considerada caso a caso, levando em conta a rapidez para o desfecho da demanda, até pela natureza alimentar do crédito trabalhista.

Nesse sentido está a ementa do processo TST-RR-594.133/99.0, por mim relatado:

“RECURSO DE REVISTA. CERCEAMENTO DE DEFESA DENUNCIÇÃO À LIDE. Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que elasteceu a competência da Justiça do Trabalho, de modo a alcançar não somente a relação de emprego, mas, sim, a relação de trabalho em sentido amplo, é possível, a princípio, a denunciação da lide no processo do trabalho. Caberá, porém, a análise de sua pertinência caso a caso. Nesse sentido direcionou-se a jurisprudência desta Corte, ao cancelar a Orientação Jurisprudencial (OJ) nº 227 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-1), rejeitando, por conseguinte, a tese da incompatibilidade absoluta do instituto com o processo do trabalho. Entretanto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência mostram cautela ao admitir a aplicação irrestrita da denunciação à lide no processo do trabalho, já que, para tanto, devem ser considerados os interesses do trabalhador, notadamente no rápido desfecho da causa, haja vista a natureza alimentar do crédito trabalhista. Neste sentido precedente de minha lavra (TST-RR-1.944/2001-018-09-40.7, 2ª Turma, DJU de 28.04.2006) e outros (TST-AIRR-698.356/2000.2, 6ª Turma, Relator Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJU de 18.08.2006; TST-AIRR-714.252/2000.7, 6ª Turma, Relator Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJU de 30.06.2006). No presente feito, porém, não há que se cogitar de cerceamento de defesa decorrente do indeferimento da denunciação à lide porque o Tribunal Regional manteve o Banco, ora Reclamado, no pólo passivo da lide, por ser o sucessor do antigo empregador. Deste modo, resta incólume a literalidade do art. 70 do CPC. SUCESSÃO. Havendo o Tribunal Regional declarado existente sucessão de empregadores, a violação do art. 896 do Código Civil anterior não se verifica ante a incidência das Súmulas 296 e 297 do TST.

(...)

(Fonte: TST-RR-594.133/99.0, 6ª Turma, Relator Ministro Horácio Senna Pires)

Igual posicionamento externei no julgamento do processo TST-RR-1.944/2001-018-09-40.7, também de minha relatoria, quando compus a douda

JURISPRUDÊNCIA

2ª Turma deste colendo Tribunal Superior do Trabalho na condição de Juiz Convocado, valendo a pena transcrever o seguinte excerto da ementa:

“RECURSO DE REVISTA. PROCESSO DO TRABALHO. DENUNCIÇÃO DA LIDE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. POSSIBILIDADE. REQUISITOS. Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que elasteceu a competência da Justiça do Trabalho, é possível, a princípio, o instituto da denúncia da lide no processo do trabalho, cabendo a análise de sua pertinência caso a caso. Todavia, doutrina e jurisprudência mostram cautela ao admiti-la, já que, para tanto, devem ser considerados os interesses do trabalhador, notadamente no rápido desfecho da causa, haja vista a natureza alimentar do crédito trabalhista, bem como a própria competência da Justiça do Trabalho para apreciar a controvérsia que surgirá entre o denunciante e o denunciado. Na hipótese a reclamante foi cedida pelo empregador para trabalhar para o Município, tendo as decisões ordinárias mantido o vínculo empregatício original, rejeitando o chamamento à lide do ente público. Recurso de revista não conhecido.” (Fonte: TST-RR-1944/2001-018-09-40.7, 2ª Turma, DJ de 28.04.2006)

Desse último julgado, destaco a seguinte fundamentação:

“Por fim, com base na doutrina de Fábio Lima Quintas (*in Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 71, nº 3, set/dez 2005, p. 150-156), mesmo após o cancelamento da Orientação Jurisprudencial (OJ) nº 227 da Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho, a denúncia da lide *deve permanecer incompatível* com o processo do trabalho nas *ações oriundas da relação de trabalho*, ainda que superado o óbice da incompetência absoluta, ‘*ante a colisão do instituto com os escopos do processo do trabalho*’ (p. 156), *apenas sendo admissível* nas ações decorrentes da nova competência que não estejam vinculadas às relações de trabalho, tais como, ‘*por exemplo, nas ações sobre representação sindical (inciso III do art. 114 da Constituição) ou que envolvam exercício do direito de greve (inciso II do art. 114 da CF)*’ (p. 156)”

Por tais fundamentos, nego provimento.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista, por divergência

JURISPRUDÊNCIA

jurisprudencial, tão-somente do tema “Acolhimento da Denúncia da Lide no Processo do Trabalho”. No mérito, sem divergência, negar-lhe provimento.

Brasília, 22 de agosto de 2007. *Horácio Senna Pires*, relator.

RECURSO DE REVISTA. NOVA COMPETÊNCIA. AÇÃO DE COBRANÇA

RECURSO DE REVISTA. NOVA COMPETÊNCIA. AÇÃO DE COBRANÇA. CNA. ART. 600 DA CLT. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL RURAL. Nos termos da jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal o art. 600 da CLT não foi recepcionado pela ordem constitucional vigente, pois prevê multa progressiva que permite sanção pecuniária, em hipótese de mora que supera o valor principal (in ADI-551/RJ, no sentido de que “a desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em contrariedade ao mencionado dispositivo do texto constitucional federal” (Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 14.2.2003).

Recurso de revista não conhecido.

(Processo nº TST-RR-595/2005-073-15-00 – Ac. 6ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-595/2005-073-15-00.4, em que é Recorrente CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA AGRICULTURA – CNA e Recorrido ESPÓLIO DE ANTÔNIO POLIZEL.

O Eg. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, mediante o v. acórdão de fls. 101-104, complementado pelo acórdão de fls. 114-115, conheceu e deu parcial provimento ao recurso ordinário interposto pela demandante para determinar o recolhimento da contribuição sindical rural relativa ao ano de 1998 com acréscimos pela taxa SELIC, ante a natureza tributária da referida contribuição.

Inconformada, a confederação interpõe recurso de revista às fls. 117-128. Inicialmente sustenta que o presente recurso é juridicamente transcendente. Pugna, em suma, pela incidência da multa progressiva prevista no art. 600 da CLT às contribuições sindicais rurais recolhidas fora do prazo legal. Aponta violação dos arts. 9º do Decreto-lei nº 1.166/71 e 600 da CLT. Colaciona arestos visando à comprovação de divergência jurisprudencial.

JURISPRUDÊNCIA

O recurso de revista foi admitido, mediante o r. despacho de fl. 162, por divergência jurisprudencial.

Não foram apresentadas contra-razões, conforme certidão de fl. 162.

Sem remessa dos autos à douta Procuradoria-Geral do Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 82 do Regimento Interno deste Tribunal Superior do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

I – PRELIMINAR DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA TRANSCENDÊNCIA

RAZÕES DE NÃO-CONHECIMENTO

Nas razões do recurso de revista a confederação sustenta que o presente recurso é juridicamente transcendente e que, nos termos do art. 896-A da CLT, a matéria ora discutida sobre a aplicação do art. 600 da CLT tem reflexos de natureza econômica, política ou social.

A aplicação do princípio da transcendência, previsto no art. 896-A da CLT, ainda não foi regulamentada no âmbito deste C. Tribunal, providência que se faz necessária em face do comando do art. 2º da Medida Provisória 2.226/2001 (DOU 05.09.2001), que dispõe: “O Tribunal Superior do Trabalho regulamentará, em seu regimento interno, o processamento da transcendência do recurso de revista, assegurada a apreciação da transcendência em sessão pública, com direito a sustentação oral e fundamentação da decisão”, razão pela qual o exame da admissibilidade do recurso de revista se restringe aos pressupostos do art. 896 da CLT.

Não conheço.

II – CONTRIBUIÇÃO SINDICAL RURAL

RAZÕES DE NÃO-CONHECIMENTO

O Eg. Tribunal Regional da 15ª Região deu parcial provimento ao recurso ordinário interposto pela demandante para determinar o recolhimento da

JURISPRUDÊNCIA

contribuição sindical rural relativa ao ano de 1998 com acréscimos pela taxa SELIC, ante a natureza tributária da referida contribuição, sob o seguinte fundamento, *in verbis*:

“Postula a recorrente a cobrança de contribuição sindical, devida por produtor rural, parcela de natureza tributária, eis que devida em razão de lei (arts. 578 e seguintes da CLT e art. 8º, inciso IV, da CF), detendo a CNA legitimidade ativa, em razão da Lei nº 8.847/94, que retirou da Secretaria da Receita Federal a legitimidade para cobrar o imposto sindical.

A contribuição sindical rural é devida pelos empregadores rurais, cuja descrição legal encontra-se no art. 1º, inciso II, do Decreto-lei 1.166/71, sendo que o na alínea ‘c’ daquele mesmo artigo (propriedade de dois imóveis rurais, Fazendas São Joaquim Ajaí, respectivamente, em Clementina e Penápolis) não foi impugnado pela defesa. Ademais o reclamado não apresentou o DIAT – DOCUMENTO DE INFORMAÇÃO E APURAÇÃO DO IMPOSTO TERRITORIAL RURAL (ITR), meio pelo qual poderia demonstrar a ausência de empregados ou de exploração de atividades produtivas. Assim, deve responder pela contribuição sindical vindicada, independentemente de filiação sindical ou participação em assembléias.

Deverá a reclamada proceder ao pagamento devido, com acréscimos pela taxa Selic, ante a natureza tributária da contribuição sindical rural, não sendo aplicável a Lei nº 8.177/79 já que não se trata de débito de natureza trabalhista. Não há que se falar na observância da IN 27, eis que as regras que tratam da correção monetária e juros moratórios não têm natureza processual, mas formal. O tributo será calculado sobre o adotado para o lançamento do ITR (imposto territorial rural), nos termos do § 1º do art. 4º do Decreto-lei 1.166/71, cuja apuração observará o art. 580, III, CLT, sendo o recolhimento efetuado nos moldes do art. 588 da CLT.

O art. 600 da CLT impõe penalidade, devendo ser interpretado restritivamente, não sendo possível a sua aplicação analógica, motivo pelo qual é indevida a aplicação da multa de 10%, acrescida de 2% por mês de atraso, juros de mora e correção monetária, devida apenas em caso de recolhimento espontâneo.

São devidos honorários advocatícios, no percentual de 15%, nos termos da Instrução Normativa nº 27/05, art. 5º, a cargo da reclamada, por não se tratar de lide envolvendo empregado e empregador.” (fls. 103-104)

JURISPRUDÊNCIA

Nas razões de recurso de revista, a demandada alega que o Eg. Tribunal Regional, ao considerar inaplicável a multa prevista no art. 600 da CLT, feriu os arts. 9º do Decreto-lei nº 1.166/71 e 600 da CLT. Alega que não se aplica a taxa SELIC (Sistema Especial de Liquidação de Custódia), no caso em tela, como fator de atualização de débito, porque a contribuição sindical tem natureza tributária e legislação específica.

Sem razão.

Inicialmente afaste-se a divergência colacionada às fls. 125 a 127 porque oriunda do Tribunal de Justiça de São Paulo, Tribunal de Alçada do Paraná e Superior Tribunal de Justiça, o que não atende ao disposto no art. 896 da CLT.

Não há falar em violação do art. 600 da CLT pois o Eg. STF entendeu não ter sido o dispositivo recepcionado pela ordem constitucional vigente pois prevê multa progressiva que permite sanção pecuniária, em hipótese de mora que supera o valor principal (*in ADI-551/RJ*, no sentido de que “*a desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua conseqüência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em contrariedade ao mencionado dispositivo do texto constitucional federal*” (Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 14.02.2003).

No mesmo sentido já se pronunciou o Excelso Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“PROCESSUAL – COBRANÇA – CONTRIBUIÇÃO SINDICAL RURAL – NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 600 DA CLT – APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.022/90, ART. 2º INCISO II – REVOGAÇÃO TÁCITA DO ART. 4º DO DL 1.166/71 – NECESSIDADE DE PUBLICAÇÃO DE EDITAIS – APLICAÇÃO DO ART. 605 DA CLT.

1. Aplica-se o art. 2º da Lei nº 8.022/90 em relação às penalidades decorrentes de pagamento a destempo da contribuição sindical rural, face à revogação tácita do art. 4º do DL 1.166/71 c/c art. 600 da CLT.

2. Está consagrado no ordenamento jurídico o princípio da publicidade dos atos, formalidade legal para a eficácia do ato, devendo a publicação dos editais, prevista no art. 605 da CLT, preceder ao recolhimento da contribuição sindical. Precedentes da primeira Turma desta Corte.

3. Inexiste no DL 1.166/71 e na Lei nº 8.022/90 qualquer disposição nova a respeito da revogação do art. 605 da CLT ou de publicação de editais ou mesmo sobre sua desnecessidade.

JURISPRUDÊNCIA

4. Recurso especial improvido.” (Recurso Especial REsp 631226/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 26.09.2005)

Destarte, mesmo tendo a contribuição sindical natureza jurídica de tributo o art. 600 da CLT não se aplica, *in casu*, desde a edição da Lei nº 8.022/90, que o revogou tacitamente, conforme entende a jurisprudência do Excelso STF e STJ.

Por fim, registre-se que a alegação de ofensa a Decreto não impulsiona o conhecimento do recurso de revista, nos termos do art. 896 da CLT.

Não conheço.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso de revista.

Brasília, 15 de agosto de 2007. *Aloysio Corrêa da Veiga*, relator.

REINTEGRAÇÃO. PORTADOR DE VÍRUS HIV

RECURSO DE EMBARGOS. EMPREGADO PORTADOR DE VÍRUS HIV. REINTEGRAÇÃO DETERMINADA. MATÉRIA EXAMINADA SOB O PRISMA DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E DO CONTRATO DE TRABALHO. DECISÃO QUE AFASTA A EXISTÊNCIA DE DISCRIMINAÇÃO. PRESSUPOSTO INTRÍNSECO DO RECURSO DE REVISTA NÃO DEMONSTRADO. VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT NÃO RECONHECIDA. A C. Turma confirmou a decisão do eg. Tribunal Regional que, mesmo diante da ausência de discriminação pela empresa, entendeu inválida a dispensa de empregado portador de HIV, que fora afastado em Plano de Incentivo ao Desligamento. Contra o entendimento das decisões recorridas de que a reintegração decorre da nova ótica jurídica, no sentido de se dar preponderância à função social da empresa, a embargante busca demonstrar ofensa ao art. 896 da CLT, sem, contudo, desconstituir os fundamentos que nortearam o não-conhecimento do recurso de revista: ausência de prequestionamento de dispositivos constitucionais e divergência jurisprudencial não demonstrada.

Recurso de embargos não conhecidos.

(Processo nº TST-E-RR-409/2003-004-02-00 – Ac. SBDI 1)

JURISPRUDÊNCIA

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-409/2003-004-02-00.1, em que é Embargante TELECOMUNICAÇÕES DE SÃO PAULO S.A. – TELESP e Embargado GILBERTO DE OLIVEIRA SANTOS.

A C. 4ª Turma desta Corte, mediante o acórdão de fls. 503/507, da lavra do Exmo. Ministro Barros Levenhagen, não conheceu do recurso de revista da reclamada, em face da ausência de divergência jurisprudencial, incidência das Súmulas 296 e 297 e por ausência de violação dos arts. 5º, XXXVI, e 7º, XXXVI, da Constituição Federal.

A reclamada interpõe embargos à SDI, pelas razões de fls. 520/527, indicando ofensa aos arts. 896 da CLT e 5º, II, 2º, 22, 37, § 3º, III, e 44 da Constituição Federal. Sustenta que a demissão do empregado, ainda que detivesse garantia de emprego, por ser portador do vírus HIV, se deu mediante Plano Incentivado de Desligamento e que alcançou vários empregados. Indica a ofensa aos arts. 5º, XXXVI, e 7º, XXVI, da constituição Federal, em relação às diferenças de horas extras. Diz que o acordo coletivo foi assinado em período anterior à edição da Súmula 264 do c. TST, e que a C. Turma não verificou as violações aos arts. 8º, III, da Constituição Federal e 514 da CLT, o que viola os incisos II, XXXIV, XXXV, LIV e LV do art. 5º da CF.

Sem impugnação, certidão à fl. 531.

Desnecessária a manifestação prévia do Ministério Público do Trabalho, conforme faculta o art. 82 do Regimento Interno do TST.

É o relatório.

VOTO

EMBARGOS. VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT. REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. PLANO DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA.

RAZÕES DE NÃO-CONHECIMENTO

A reclamada interpõe embargos à SDI, pelas razões de fls. 520/527, indicando ofensa aos arts. 896 da CLT e 5º, II, 2º, 22, 37, § 3º, III, e 44 da Constituição Federal. Sustenta que a demissão do empregado, ainda que detivesse garantia de emprego, por ser portador do vírus HIV, se deu mediante Plano Incentivado de Desligamento e que alcançou vários empregados.

JURISPRUDÊNCIA

A C. Turma manteve as decisões que julgaram procedente pedido de reintegração do empregado, portador do vírus HIV, tendo transcrito a v. decisão recorrida e fundamentado o entendimento, *verbis*:

“Asseverou o Colegiado:

Há reiterada jurisprudência do TST admitindo a reintegração, mas tão-somente nas hipóteses em que comprovado cabalmente ato discriminatório na dispensa, o que não se configurou, conforme exame do próprio juízo de origem.

Ressalto que a inicial, no tópico dano moral, se apóia na alegação de notória discriminação, o que não se extrai de todo o processado.

Incontroverso que a reclamada tinha ciência do fato de que o reclamante era portador de HIV desde 1998, somente procedeu à dispensa em 4 de dezembro de 2002, após transcurso de prazo considerável.

E nos autos há ainda elementos que permitem concluir que a medida não se relacionou com o estado físico do empregado. (...)

Por outro lado, a reclamada, em época de reordenamento de sua estrutura, convencionou com o Sindicato da categoria profissional, Plano Incentivado de Desligamento, sustentando plenamente plausível a inclusão do reclamante no mesmo em decorrência de sua insatisfação, expressamente manifestada em correspondência apresentada às vésperas da implantação do Plano, e a necessidade de redução da mão-de-obra.

Não se vislumbra nenhum ato de segregação por parte do empregador, mas também acertada a decisão do juízo a quo, porque efetivamente há que se dar preponderância à função social da empresa e ao bem maior a proteger: o direito à vida. (fls. 446/447)

Acrescentou o Regional que o reconhecimento do direito à reintegração decorre da nova ótica jurídica imposta aos contratantes pelo Código Civil de 2002, que preconiza, no art. 421, que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, sobretudo quando o empregador não sofre restrição patrimonial pela manutenção do vínculo de emprego.

Irresignada, a Telesp recorre de revista, argumentando, primeiramente, a inexistência de preceito legal ou convencional amparando o direito à reintegração do autor, razão por que reputa vulnerado o art. 5º, II, da Constituição da República.

JURISPRUDÊNCIA

Sustenta que, ao condenar a reclamada, o TRT está criando lei nova, em violação aos arts. 2º, 22, 37, § 3º, III, e 44 da Carta Magna. Transcreve arestos para estabelecer dissenso pretoriano.

Os julgados proferidos por Turmas do TST (1º de fls. 466 e o de fls. 466/467) são inservíveis ao cotejo, diante do disposto na alínea a do art. 896 da CLT.

Os demais não se revestem da especificidade exigida na Súmula nº 296/TST, pois nenhum deles analisa a discussão acerca do direito de reintegração no emprego de portador do vírus HIV pelo prisma do fundamento norteador do acórdão recorrido, qual seja, a função social da empresa e do contrato de trabalho sob a nova ótica emprestada pelo Código Civil/2002, especialmente em seu art. 421.

Dessa forma, o recurso não se viabiliza pela via da alínea a do art. 896 da CLT.

Não houve emissão de tese pelo Regional à luz dos arts. 2º, 22, 37, § 3º, III, e 44 da Carta Magna, tampouco houve interposição de embargos declaratórios para provocá-lo nesse sentido, circunstância que atrai a incidência da Súmula nº 297/TST.

Não há como divisar ofensa ao art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, visto que não é pertinente de forma direta à hipótese, pois erige princípio genérico (princípio da legalidade), cuja ofensa somente se afere por via oblíqua, a partir da constatação de afronta a norma de natureza infraconstitucional. Assim, não se constata o atendimento ao art. 896, c, da CLT.” (fls. 504/506)

Ante o acima transcrito, verifica-se que a tese que a v. decisão confirmou foi não apenas no sentido de que não houve discriminação, porque a empresa já tinha conhecimento desde 1998 sobre o estado de saúde do empregado, e apenas procedeu à dispensa no final de 2002.

Também resta claro que o que norteou a reintegração foi o fato de o empregado ser portador de HIV, em face do conteúdo social inserido no art. 421 do Código Civil que determina que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

O apelo não comportou conhecimento por serem os arestos oriundos do mesmo Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, e por inespecificidade, além da ausência de prequestionamento acerca do que dispõem os arts. 2º, 22, 37, § 3º, III, e 44 da Constituição Federal.

JURISPRUDÊNCIA

Não cabe a pretensão da parte de entender violados os incisos II, XXXIV, XXXV, LIV e LV do art. 5º da CF, porque aplicou-se a preclusão em relação aos dispositivos retromencionados.

Trata-se de regra processual e ônus do qual a parte não se desincumbiu, a determinar a preclusão operada, pela mesma razão, em relação ao que dispõem os arts. 8º, III, da Constituição Federal e 514 da CLT.

Não conheço.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer dos embargos.

Brasília, 06 de março de 2007. *Aloysio Corrêa da Veiga*, relator.

REINTEGRAÇÃO. PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA

RECURSO DE REVISTA. CONHECIMENTO. REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA. ATITUDE DISCRIMINATÓRIA DA EMPRESA. CONFIGURAÇÃO.

1. A jurisprudência predominante do TST reputa discriminatório o ato de Empresa que, sem motivação, dispensa empregado portador do vírus HIV, quando já ciente, à época, do estado de saúde em que se encontrava o empregado. Inspira-se, para tanto, em fundamento basilar do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III): o respeito à dignidade da pessoa humana. Ademais, o repúdio à atitude discriminatória, objetivo da República Federativa do Brasil (art. 3º, inciso IV), deriva do que dispõe expressamente o art. 4º, inc. I, da Lei nº 9.029/95.

2. Presume-se discriminatória a despedida se há ciência prévia e inequívoca do gerente-geral de agência de Banco, representante do empregador no estabelecimento, de que o empregado é portador do vírus HIV. A exemplo da despedida da empregada gestante, trata-se de presunção hominis, baseada na experiência subministrada ao juiz pela observação do que ordinariamente acontece, ou seja, na constatação de que em geral a discriminação é velada e não ostensivamente declarada.

JURISPRUDÊNCIA

3. Embargos conhecidos e providos, no particular:

(Processo nº TST-E-ED-RR-244/2002-013-10-00 – Ac. SBDI I)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº TST-E-ED-RR-244/2002-013-10-00.4, em que é Embargante GERALDO ANTÔNIO DE MENDONÇA e Embargado BANCO MERCANTIL DO BRASIL S.A.

A Eg. Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por meio do v. acórdão de fls. 859/872, da lavra do Exmo. Ministro Ives Gandra Martins Filho, não conheceu do recurso de revista interposto pelo Reclamante, que versou sobre os temas “intempestividade do recurso ordinário do Banco Reclamado”, “preliminar de negativa de prestação jurisdicional – cerceamento de defesa”, “prescrição”, “nulidade da rescisão contratual”, “dano moral”, “majoração da indenização”, “horas extras – cargo de confiança”, “equiparação salarial”, “diferenças salariais” e “ajuda-alimentação”.

Aos embargos de declaração interpostos pelo Reclamante (fls. 892/895), deu-se parcial provimento para prestar esclarecimentos (fls. 898/900).

O Reclamante interpôs ainda segundos embargos de declaração (fls. 905/911), aos quais se negou provimento com a aplicação de multa (fls. 914/916).

Daí os presentes embargos (fls. 919/944), por meio dos quais o Reclamante pugna pela reforma do v. acórdão turmário no tocante aos seguintes temas: “preliminar – nulidade – acórdão turmário – negativa de prestação jurisdicional”, “intempestividade do recurso ordinário do Banco Reclamado”, “nulidade – acórdão regional – negativa de prestação jurisdicional”, “nulidade da rescisão contratual – reintegração – empregado portador do vírus HIV”, “dano moral”, “majoração da indenização”, “bancário – horas extras – cargo de confiança”, “equiparação salarial – ônus da prova”, “diferenças salariais”, “ajuda-alimentação” e “multa – embargos de declaração”

Contra-razões apresentadas pelo Banco Reclamado (fls. 948/991).

É o relatório.

1. CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade dos embargos, passo ao exame dos requisitos intrínsecos do presente recurso.

JURISPRUDÊNCIA

1.1. PRELIMINAR. NULIDADE. ACÓRDÃO TURMÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Com fulcro em ofensa aos arts. 832 e 897-A, da CLT, ao art. 535, do CPC, e aos arts. 5º, incisos XXXV e LV, e 93, inciso IX, da Constituição Federal, alega o Reclamante que a Eg. Quarta Turma não sanou as omissões suscitadas nos segundos embargos de declaração em recurso de revista interpostos. Assim, requer a decretação da nulidade do v. acórdão turmário, por negativa de prestação jurisdicional.

Todavia, não demonstra sob que aspectos residiriam as supostas omissões.

Inviável, pois, aferir-se a indigitada nulidade sem a indicação expressa dos pontos supostamente não examinados pela Eg. Quarta Turma do TST. Ressalte-se que a argüição de nulidade do v. acórdão turmário, por negativa de prestação jurisdicional, requer a expressa delimitação da matéria objeto de inconformismo, mormente quando se atenta para a natureza extraordinária do recurso de embargos, não sendo suficiente que as alegadas omissões estejam consignadas nos embargos de declaração.

Dessa forma, conclui-se que o recurso de embargos, quanto à preliminar, apresenta-se desfundamentado.

À vista do exposto, não conheço do recurso pela preliminar.

1.2. RECURSO DE REVISTA. CONHECIMENTO. INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO ORDINÁRIO DO BANCO RECLAMADO

A Eg. Quarta Turma não conheceu do recurso de revista do Reclamante quanto à alegada intempestividade do recurso ordinário do Reclamado, sob a seguinte fundamentação:

“O Regional adota três fundamentos distintos para afastar a alegada intempestividade do recurso ordinário do reclamado.

O primeiro é o de que a sentença foi proferida em 02.05.2002, tendo o Juízo autorizado a ciência das partes, inclusive na Secretaria, pelo que inferiu o Regional que o reclamado dela tomou conhecimento em 03.05.2002, nos termos do art. 775 da CLT, sendo tempestivo o recurso ordinário, interposto em 13.05.2002.

JURISPRUDÊNCIA

Consigna, também, o Regional a tese de que é tempestivo o recurso protocolizado antes da publicação da sentença, devendo-se considerar que a parte dela tomou conhecimento antes da publicação.

Registra, por fim, a Corte de origem o fato de que os embargos declaratórios interromperem o prazo do recurso ordinário não impede que esse seja interposto antes da publicação da sentença.

(...)

Com efeito, este relator não desconhece o entendimento que vem se consagrando neste Tribunal, em sentido contrário ao segundo fundamento adotado no acórdão recorrido, de que a tempestividade do recurso é fixada considerando-se a data de publicação da decisão recorrida.

Ocorre, porém, que *o Regional registra peculiaridade que impede que se declare a intempestividade do recurso ordinário do reclamado, que é o fato de o Juízo de primeiro grau ter determinado que 'a sentença seria proferida até 03/05/02, 'podendo ela ser antecipada a qualquer momento e, tão logo proferida, será ela disponibilizada sem prejuízo da regular intimação das partes, que poderá ser efetuada inclusive em Secretaria'.* (fl. 730)

Ora, considerando-se que foi expressamente autorizada a intimação na Secretaria e que, conforme registra o Regional, foram observados os oito dias do prazo legal (sentença proferida em 02.05.2002, ciência em 03.05.2002 e interposição do recurso ordinário em 13.05.2002), resulta afastada a alegada ofensa aos arts. 895 da CLT e 6º da Lei nº 5.584/70.

Também não autoriza o conhecimento da revista do reclamante a alegação de afronta ao art. 538 do CPC, sob o argumento de que seus embargos declaratórios interromperam o prazo para o reclamado interpor recurso ordinário.

Com a ciência da sentença inicia-se o prazo comum para as partes interpor recurso, não se podendo exigir que uma delas diligencie quanto à eventual oposição de embargos declaratórios pela parte contrária, para interpor ou não o seu recurso ordinário.

É sabido que o recorrente não está obrigado a aguardar a oposição de declaratórios pelo *ex adverso* e muito menos a ratificar a (*sic*) razões de seu recurso, tempestivamente interposto, após a decisão dos declaratórios. Os recursos são autônomos e não se comunicam.

JURISPRUDÊNCIA

Frise-se que a decisão dos declaratórios poderia, sim, de acordo com o seu conteúdo eventualmente desfavorável ao banco, possibilitar que este apresentasse razões aditivas ao seu recurso, mas jamais inviabilizar o conhecimento do seu recurso ordinário interposto no prazo legal.” (fls. 863/865)

Irresignado, o Reclamante interpõe os presentes embargos. Com fulcro em ofensa aos arts. 895 e 896 da CLT, ao art. 538 do CPC e ao art. 6º da Lei nº 5.584/70 e em divergência jurisprudencial, renova a tese de intempestividade do recurso ordinário do Banco Reclamado, porque interposto prematuramente.

Segundo o Reclamante, o Banco Reclamado interpôs o recurso ordinário antes da publicação da decisão que deu provimento aos embargos de declaração interpostos pelo Reclamante contra a sentença.

Não prospera a irresignação do Reclamante.

Sem embargo do entendimento do Eg. Tribunal Pleno, segundo o qual é extemporânea a interposição de recurso antes da publicação da decisão impugnada, porquanto inexistente juridicamente (ED-ROAR-11.607/2002-000-02-00.4, Rel. Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, julgamento realizado na sessão de 04.05.2006), entendo que, no presente caso, o recurso ordinário interposto pelo Banco Reclamado revela-se tempestivo.

Com efeito. Na hipótese dos autos, a r. sentença foi proferida pela MM. Vara de origem em 02.05.2002, com a possibilidade de intimação das partes, por seus procuradores, em Secretaria (fls. 556/568).

O Banco Reclamado, por sua vez, utilizando-se da faculdade que lhe foi conferida, foi intimado da r. sentença na Secretaria da MM. Vara do Trabalho em 03.05.2002 (sexta-feira), consoante se depreende do v. acórdão regional (fl. 730). Por outro lado, interpôs o recurso ordinário em 13.05.2002 (fl. 583).

Constata-se, portanto, que, não obstante interposto antes da publicação da r. sentença (DJ de 14.05.2002), o recurso ordinário do Banco Reclamado apresenta-se tempestivo, uma vez que a intimação da parte deu-se em Secretaria (faculdade conferida pelo MM. Juízo de primeiro grau) e o referido recurso foi interposto corretamente no oitídio legal.

Assim, não vislumbro ofensa aos arts. 895 da CLT e 6º da Lei nº 5.584/70.

Quanto à violação ao art. 538 do CPC, esta não se configura. Em verdade, por se tratar de prazo comum às partes e de recursos autônomos, a interposição de embargos de declaração contra a r. sentença por uma das partes não impede que a outra interponha recurso ordinário.

JURISPRUDÊNCIA

De qualquer sorte, não se pode exigir que, no prazo comum, a parte diligencie acerca da eventual interposição de embargos de declaração pelo “*ex adverso*”, a fim de interpor ou não o seu recurso ordinário.

Ademais, cumpre salientar que o Banco Reclamado somente foi cientificado da interposição de embargos de declaração do Reclamante em 21.06.2002 (data da publicação da decisão).

Dessarte, incólume o art. 538 do CPC.

Em última análise, portanto, não vislumbro vulneração ao art. 896 da CLT.

Por fim, os arestos colacionados (fls. 922/923) revelam-se inespecíficos, porquanto não abordam o mesmo fundamento delineado no v. acórdão turmário, a saber, a possibilidade de intimação das partes, por seus procuradores, em Secretaria de Vara do Trabalho. Aplicação do item I da Súmula nº 296 do TST.

Não conheço, portanto, dos embargos.

1.3. RECURSO DE REVISTA. CONHECIMENTO. NULIDADE DO ACÓRDÃO REGIONAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Nos presentes embargos, o Reclamante insurge-se contra o não-conhecimento de seu recurso de revista, relativamente à preliminar de nulidade do v. acórdão regional, por negativa de prestação jurisdicional.

Segundo alega o ora Embargante, o Eg. Regional não esclareceu:

- a) quanto ao tema “nulidade da rescisão contratual”, se o Reclamante deveria se reportar à primeira testemunha, Sr. Paulo Fernando de Sousa, sobre o fato de ser portador do HIV;
- b) acerca do tema “horas extras – cargo de confiança”, se havia subordinados sob o comando do Reclamante;
- c) no que tange ao tema “diferenças salariais”, a análise de todos os fundamentos delineados no recurso ordinário; e
- d) no que concerne ao tema “ajuda-alimentação”, se o Banco Reclamado era vinculado ao PAT e se as cláusulas das normas coletivas vinculam a natureza indenizatória da parcela à Lei nº 6.321/76.

Articula com violação ao art. 896 da CLT, ao fundamento de que o recurso de revista, no particular, merecia conhecimento por violação aos arts. 832 e 897-A da CLT, 535 do CPC e 5º, XXXV e LV, e 93, IX, da Constituição Federal.

JURISPRUDÊNCIA

Todavia, entendo que não merece reparos o v. acórdão turmário, ora impugnado.

Em primeiro lugar, no que pertine ao tópico “nulidade da rescisão contratual”, o Eg. Regional consignou:

“(…) a primeira testemunha ouvida, trazida pelo Autor, que à época exercia a função de gerente geral da agência, *sendo seu superior hierárquico*, atestou ‘que uns três meses antes da saída do Autor o próprio confirmou ao depoente que era soropositivo; (...) que o depoente não deu ciência aos seus superiores hierárquicos do fato do Autor ser soropositivo’ (fl. 535)” (fl. 704)

Não vislumbro, pois, a omissão alegada pelo ora Embargante, uma vez que o Eg. Tribunal de origem expressamente afirmou que o Sr. Paulo Fernando de Sousa (primeira testemunha do Autor) era o superior hierárquico do Reclamante.

Quanto ao tópico “horas extras – cargo de confiança”, o Eg. Regional salientou que “*o depoimento testemunhal dá conta de que o Autor tinha subordinados*” (fl. 709).

Já em relação ao tema “diferenças salariais”, os presentes embargos ressentem-se de fundamentação, porquanto não há indicação expressa dos pontos supostamente não examinados pelo Eg. Regional.

Por fim, no que concerne ao tema “ajuda-alimentação”, igualmente penso que, tal qual decidido pela Eg. Turma de origem, houve o devido enfrentamento da matéria no v. acórdão regional.

Com efeito, o Eg. TRT de origem, com apoio nas cláusulas das normas coletivas, concluiu que a ajuda-alimentação não tem natureza salarial (fl. 712). Ademais, esclareceu que “*não há nenhuma outra norma que afaste, em face de adesão da empresa ao PAT, a incidência do pactuado por empregadores e trabalhadores mediante instrumentos coletivos*” (fl. 734).

Impõe-se esclarecer que o fato de o órgão julgador decidir contrariamente aos interesses da parte não significa negativa de prestação jurisdicional, desde que o acórdão se apresente fundamentado, como sucedeu no caso dos autos.

Assim, observa-se que o v. acórdão regional atendeu ao comando dos arts. 93, inciso IX, da Constituição da República e 832 da CLT, embora de forma diversa da pretendida pelo Reclamante.

Não conheço, portanto, dos embargos, ante a integridade do art. 896 da CLT.

JURISPRUDÊNCIA

1.4. RECURSO DE REVISTA. CONHECIMENTO. NULIDADE DA RESCISÃO CONTRATUAL. REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV

A Eg. Quarta Turma do TST não conheceu do recurso de revista interposto pelo Reclamante, por entender não caracterizada a dispensa discriminatória. Consignou que não resultou configurado o nexu causal entre a doença – AIDS – e a dispensa.

Decidiu nos seguintes termos:

“Em que pese a SBDI-1 do TST ter precedentes no sentido de presumir discriminatória a dispensa do empregado aidético, criando, na prática, verdadeira estabilidade sem base legal, em detrimento de portadores de outras doenças igualmente graves, o fato é que tal jurisprudência não se amolda à hipótese fática dos presentes autos. Isso porque parte do pressuposto de que a simples ciência da doença, pelo empregador, com a conseqüente dispensa do empregado, sinalizaria para a existência de nexu causal entre os dois fatos. Ora, ‘in casu’, essa premissa fática é expressamente afastada pelo Regional, com base na prova dos autos, referindo que o Reclamante comunicou ser soropositivo ao ‘gerente geral da agência’ na qual laborava e este não deu ciência do fato aos seus superiores hierárquicos, que procederam à dispensa. Ademais, a inicial asseverava que a ciência da doença, por parte do empregador, deu-se em 30.04.1998, enquanto que a dispensa somente se procedeu em 29.06.2001, mais de três anos depois, o que descaracterizaria o nexu causal.

Nesses termos, não há como considerar provada ou sequer presumida a discriminação na dispensa do Reclamante, pois o Reclamado, conforme a prova testemunhal, não teve ciência da patologia da qual sofria o empregado.” (fls. 868/869)

O Reclamante, no arrazoado dos embargos, insiste em que o Banco Reclamado tinha conhecimento de sua condição de portador do vírus HIV. Afirma que houve nexu de causalidade entre a doença – AIDS – e a dispensa. Pugna, pois, pelo restabelecimento da r. sentença.

Indigita violação aos arts. 818 e 896 da CLT, 333 do CPC e 4º, I, da Lei nº 9.029/95. Traz, outrossim, arestos para demonstração de dissenso jurisprudencial.

Como visto, a controvérsia, neste passo, reside em saber se constituiu ato discriminatório a dispensa do Reclamante, portador do vírus HIV, e, portanto,

se se configurou o nexo de causalidade entre a enfermidade e o ato praticado pela Empresa.

O Eg. TRT da 10ª Região deu provimento ao recurso ordinário interposto pelo Reclamado para afastar a declaração de nulidade da dispensa do Reclamante.

Eis o teor do v. acórdão regional:

“O magistrado prolator da sentença de primeiro grau declarou nula a dispensa do autor por presumi-la discriminatória e arbitrária, determinando a sua reintegração, nos termos do art. 5º da Constituição Federal c/c arts. 8º, § único e 165 da CLT, bem como art. 4º, inciso I, da Lei nº 9.029/95. Fundamentou que à época era o reclamante soropositivo e aquele ato não se fulcrou em motivo técnico, econômico ou financeiro, devidamente comprovado nos autos, tampouco nas hipóteses enumeradas no art. 482 do texto consolidado. Acrescentou ter o autor comprovado, mediante depoimento testemunhal e anotação constante do verso do TRCT, que o réu tinha pleno conhecimento de seu estado de saúde e de sua condição de soropositivo.

(...)

Inicialmente, cumpre frisar que, ao exame da peça inicial, denota-se que o autor, pelo fato de ser portador do vírus HIV, entende que não poderia ser dispensado, porquanto detentor de estabilidade provisória. Dessa forma, considera discriminatória a sua dispensa, uma vez que o empregador tinha ciência de sua enfermidade.

Deve-se ressaltar, ainda, como já registrado alhures, que o Juízo a quo acolheu o pleito obreiro, por ter presumido que a dispensa foi discriminatória e arbitrária, tendo em vista que à época era o reclamante soropositivo e aquele ato não se fulcrou em motivo técnico, econômico ou financeiro, devidamente comprovado nos autos, tampouco nas hipóteses enumeradas no art. 482 do texto consolidado.

Há de se considerar que nosso ordenamento jurídico não assegura a estabilidade provisória ao detentor da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – SIDA (AIDS). Outrossim, não goza o autor sequer de estabilidade convencional, já que o instrumento normativo de 2000/2001, em sua cláusula 24ª, alínea *c* e *d*, assim preceitua (...).

Entrementes, o reclamante não se enquadra em nenhuma das hipóteses citadas, pois sequer alega que esteve afastado de suas funções por doença ou em decorrência de acidente de trabalho.

JURISPRUDÊNCIA

Portanto, não gozando o obreiro de estabilidade provisória, seja convencional, como retrocitado, ou legal, já que inexistente norma jurídica que garanta o emprego ao portador do vírus HIV, não há como declarar nulo o rompimento contratual, impondo ao réu a reintegração do demandante no emprego, sob pena de ofensa ao princípio insculpido no inciso II do art. 5º da Constituição Federal.

De qualquer sorte, a Carta Magna proíbe qualquer espécie de discriminação (arts. 5º, *caput*, e 3º, IV), inclusive aquela pertinente ao trabalhador portador de deficiência (art. 7º, XXXI). *Porém, deve haver certeza a respeito da discriminação.*

Nesse comenos, *há de se perquirir nos autos se o reclamado dispensou o reclamante pelo fato de ter conhecimento de ser o mesmo portador do vírus HIV*, o que, aí sim, configuraria ato discriminatório vedado constitucionalmente.

Todavia, da prova produzida nos autos não se extrai qualquer sinal de discriminação, tampouco se demonstrou que o réu tivesse ciência do fato supramencionado.

O reclamante quando inquirido em Juízo, declarou ‘que por uns três meses antes de ser demitido o depoente comunicou verbalmente ser soropositivo para o gerente da agência e para o gerente regional de Brasília’ (fl. 535). *Tal declaração não se coaduna com o afirmado na peça inicial no sentido de que o Banco reclamado, desde 30.04.1998, tinha conhecimento de sua enfermidade.* E se considerasse esta assertiva como verdadeira, o lapso de cerca de três anos entre o conhecimento do fato pela empresa e a dispensa (29.06.2001) demonstraria a ausência do caráter discriminatório da rescisão contratual, porquanto a atitude discriminatória configura-se quando o empregador dispensa o empregado logo que se torna conhecedor de sua doença (...).

Por sua vez, *a primeira testemunha ouvida, trazida pelo autor, que à época exercia a função de gerente geral da agência, sendo seu superior hierárquico, atestou ‘que uns três meses antes da saída do autor o próprio confirmou ao depoente que era soropositivo; (...) que o depoente não deu ciência aos seus superiores hierárquicos do fato do [sic] autor ser soropositivo’* (fl. 535).

Logo, *a prova oral não corrobora de forma inconteste a tese obreira no sentido de ter o reclamado ciência de sua doença.*

De outro norte, os documentos presentes nos autos relativos aos exames médicos periódicos, bem como o demissional, revelaram que o

JURISPRUDÊNCIA

autor estava apto para o trabalho, confirmando a assertiva patronal de que desconhecia ser o autor soropositivo, sendo certo que as normas coletivas vedavam a exigência de exames médicos para diagnóstico do vírus HIV, como se verifica na cláusula trigésima sexta das CCT's de 1997/1998, 1998/1999 e 1999/2000, respectivamente, às fls. 37, 59 e 80, bem assim a cláusula trigésima sétima da CCT de 2000/2001 (fl. 103).

Destarte, não há falar-se em dispensa discriminatória quando não demonstrado o necessário nexos direto de causalidade entre o fato de o reclamante ser soropositivo e a sua dispensa.

(...)

Registre-se que não é defeso ao empregador dispensar seus empregados sem justa causa. Por se tratar de ato discricionário do primeiro, prescindível a motivação, dependendo, na hipótese de dispensa sem justa causa, da vontade do empregador. Assim, *o fato de ser o autor portador do vírus HIV, por si só, não obsta a dispensa na forma da lei.*" (fls. 701/705)

Do excerto reproduzido, conclui-se que o Eg. Regional pautou-se em dois fundamentos para reformar a r. sentença, a saber:

- a) inexistência de lei ou norma coletiva assegurando ao Reclamante estabilidade provisória em face de portar "Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – SIDA (AIDS)";
- b) ausência de demonstração do "*necessário nexos direto de causalidade entre o fato de o reclamante ser soropositivo e a sua dispensa*". Acaso comprovado o aludido nexos causal, caracterizar-se-ia o ato discriminatório da empresa, a autorizar a reintegração do Autor, tendo em vista que a Constituição Federal veda "*qualquer espécie de discriminação (arts. 5º, caput, e 3º, IV), inclusive aquela pertinente ao trabalhador portador de deficiência (art. 7º, XXXI)*".

De um lado, o primeiro fundamento adotado pelo Eg. Tribunal *a quo* não subsiste diante do entendimento majoritário perfilhado no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho.

Com efeito. A jurisprudência predominante do TST, inspirada em fundamento basilar do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III), qual seja a dignidade da pessoa humana, tem se inclinado no sentido de reputar discriminatório o ato de Empresa que, sem motivação, dispensa empregado

JURISPRUDÊNCIA

portador do vírus HIV, quando já ciente, à época, do estado de saúde em que se encontrava o empregado.

Entende-se que o repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, inciso IV), sobrepõe-se à própria inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade no emprego.

Nesse sentido palmilham os seguintes julgados:

“REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. 1. Caracteriza atitude discriminatória ato de Empresa que, a pretexto de motivação de ordem técnica, dispensa empregado portador do vírus HIV sem a ocorrência de justa causa e já ciente, à época, do estado de saúde em que se encontrava o empregado. 2. O repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, inciso IV), e o próprio respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III), sobrepõem-se à própria inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade no emprego. 3. Afronta aos arts. 1º, inciso III, 5º, *caput* e inciso II, e 7º, inciso I, da Constituição Federal não reconhecida na decisão de Turma do TST que conclui pela reintegração do Reclamante no emprego. 4. Embargos de que não se conhece.”

(E-RR-439041/1998, SBDII, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ 23.05.2003)

“EMBARGOS. REINTEGRAÇÃO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO PORTADOR DA SIDA (AIDS). Tratando-se de dispensa motivada pelo fato de ser o empregado portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – SIDA e sendo incontestável a atitude discriminatória perpetrada pela empresa, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, a despedida deve ser considerada nula, sendo devida a reintegração. Embargos não conhecidos.”

(E-RR-217791/1995, SBDII, Rel. Min. Vantuil Abdala, DJ 02.06.2000)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. PORTADOR DO VÍRUS HIV DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. I- Ciente o empregador de que o empregado é portador do vírus HIV, presume-se discriminatório o exercício do direito potestativo de dispensa. Ademais, ainda que inexista

JURISPRUDÊNCIA

norma legal específica que determine a reintegração do empregado, não há dúvida de que o ordenamento jurídico repudia o tratamento discriminatório e arbitrário.”

(AIRR-206/2001-261-02-40, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Levenhagen, DJ 11.05.2007)

De outro lado, em relação à configuração de nexo de causalidade entre a enfermidade e o ato de dispensa, *data venia* do posicionamento adotado pela Eg. Quarta Turma do TST, entendo que igualmente merece reforma o v. acórdão regional.

Senão, vejamos. Consoante explicitado pelo Eg. TRT de origem, ao menos três meses antes da rescisão contratual o Reclamante informou seu superior hierárquico imediato, gerente-geral da agência, sobre o fato de ser portador do vírus HIV.

Afigura-se-me irrelevante, a propósito, a circunstância de o gerente-geral da agência não informar tal fato a seus superiores. Como sabido, o gerente-geral de agência bancária exerce cargo de confiança e encontra-se investido de amplos poderes de mando e gestão, representando, pode-se dizer, o *alter ego* do próprio empregador. Além disso, eventual ausência de comunicação entre o gerente-geral da agência e seus superiores hierárquicos, no que tange ao estado de saúde do Reclamante, constitui questão *interna corporis*, de caráter administrativo e funcional, afeta única e exclusivamente ao Banco Reclamado.

Nessas circunstâncias, explicitada pelo Eg. Regional a efetiva ciência do Banco-reclamado acerca da enfermidade do Reclamante e, ademais, considerando a ausência de motivo técnico, financeiro ou econômico a justificar a dispensa, conforme igualmente extraído do v. acórdão regional, presume-se o caráter discriminatório do ato praticado pelo Banco-reclamado.

Ora, em tais casos, a identificação do caráter discriminatório da dispensa efetivada exige um altíssimo grau de sensibilidade do Poder Judiciário, visto que o empregador, por óbvio, jamais irá admitir que assim agiu em face da contaminação do empregado pelo vírus da AIDS.

Em última análise, portanto, presume-se discriminatória a despedida se há ciência prévia e inequívoca do gerente-geral de agência de Banco, representante do empregador no estabelecimento, de que o empregado é portador do vírus HIV. A exemplo da despedida da empregada gestante, trata-se de presunção *hominis*, baseada na experiência subministrada ao juiz pela observação do que ordinariamente acontece, ou seja, na constatação de que em geral a discriminação é velada e não ostensivamente declarada.

JURISPRUDÊNCIA

De sorte que, extinta a relação de emprego por ato discriminatório do empregador, o art. 4º, inciso I, da Lei nº 9.029/95 assegura ao empregado a readmissão, consoante se infere do teor do referido dispositivo legal:

“Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta lei, faculta ao empregado optar entre:

I – a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;

II – a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.”
(sem destaque no original)

Em face do exposto, conheço dos embargos, por violação aos arts. 4º, inciso I, da Lei nº 9.029/95 e 896 da CLT.

1.5. RECURSO DE REVISTA. CONHECIMENTO. DANO MORAL

A Eg. Quarta Turma não conheceu do recurso de revista do Reclamante, quanto ao tema em apreço, adotando os seguintes fundamentos:

“Não demonstrada a discriminação argüida pelo Reclamante como fundamento da indenização por dano moral, cai por terra a motivação de uma eventual condenação, restando incólumes os arts. 5º, X, da CF, 159 e 1533 do antigo CC e não caracterizado o dissídio pretoriano.

Ainda que assim não fosse, o dano moral não se presume, mas deve ser provado, não decorrendo naturalmente do reconhecimento da dispensa discriminatória presumida.

Assim, não conheço da revista, nesse particular.” (fl. 869)

Nas razões dos embargos, o Reclamante pretende demonstrar que a dispensa, por se tratar de ato discriminatório decorrente da sua condição de soropositivo, lesionou sua honra subjetiva, configurando dano moral a reclamar a devida indenização.

O ora Embargante aponta violação aos arts. 5º, X, da Constituição Federal, 159 e 1.533 do Código Civil de 1.916 e 896 da CLT.

Não lhe assiste razão, contudo.

No particular, o Eg. TRT de origem reformou a r. sentença para excluir da condenação o pagamento de indenização por danos morais, asseverando textualmente:

JURISPRUDÊNCIA

“Primeiramente, insta registrar que a dispensa do autor não o impediu de continuar o tratamento de saúde, porquanto o instrumento normativo vigente no período de 2000/2001, presente nos autos, em sua cláusula trigésima oitava, garantiu ao obreiro por 180 dias, após a rescisão do pacto laboral, a fruição dos convênios de assistência médica e hospitalar contratados pelo Banco, ‘mantidas as condições do plano ao qual se vincula o empregado’ (fl. 502). Ademais, o Regulamento do Plano de Benefícios e Serviços da Caixa de Assistência Vicente Araújo, em seu art. 7º, faculta ao ex-empregado continuar contribuindo com o plano de benefícios (fl. 211).

(...)

Estes autos não dão a menor notícia de que a ex-empregadora, com a sua atitude de romper o liame empregatício até então mantido com o ex-empregado, teria ultrapassado a barreira do exercício de direito potestativo inerente a quem comanda e de quem aproveita a prestação de serviço. Não há prova de que o autor tenha sido humilhado propositadamente, ou mesmo que o empregador tivesse o objetivo e tenha trabalhado para denegrir sua imagem, tanto no plano pessoal como no profissional.

(...)

Na hipótese dos autos, não foi produzida qualquer prova de que, quando da rescisão contratual, a reclamada haja de fato ferido a honra subjetiva do autor, sendo certo que sequer restou demonstrado que o ato foi discriminatório.” (fls. 705/707)

Ora, ao contrário do que entende o Reclamante, a presunção em torno do caráter discriminatório do ato praticado pelo Banco-reclamado, consistente na dispensa de empregado portador do vírus HIV, não atrela qualquer conclusão sobre a configuração de dano moral.

Em outras palavras, a presunção baseada na constatação de que, em geral, a discriminação é velada e não ostensivamente declarada não tem o condão de transmutar a dispensa imotivada, em princípio consistente em exercício regular de um direito potestativo, em ato violador da honra e imagem do empregado, apto a ensejar o pagamento de indenização por dano moral. Tal assertiva ainda mais se corrobora se se atende para a circunstância, aqui observada, de que a dispensa do Autor deu-se de forma genérica e respeitosa, sem divulgação de qualquer notícia acerca de seu estado de saúde.

À vista do exposto, não merece reforma o v. acórdão turmário, ora impugnado, no que não conheceu do recurso de revista do Reclamante, no particular.

JURISPRUDÊNCIA

Por essa razão, reputo incólume o art. 896 da CLT, bem como os demais dispositivos legais e constitucionais invocados no recurso de revista e renovados nos presentes embargos.

Não conheço dos embargos quanto ao presente tema.

1.6. MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO

No particular, o recurso de embargos não merece conhecimento, uma vez que apresenta-se desfundamentado. Com efeito, o Reclamante não indica violação a dispositivo de lei federal e/ou da Constituição Federal, tampouco colaciona arestos para comprovação de divergência jurisprudencial, nos termos do art. 894 da CLT.

Não conheço, pois, dos embargos.

1.7. BANCÁRIO. HORAS EXTRAS. CARGO DE CONFIANÇA

A Eg. Turma não conheceu do recurso de revista acerca do tema “horas extras – cargo de confiança”, sob os seguintes fundamentos:

“O Regional deu provimento ao recurso ordinário do Reclamado, para excluir da condenação as horas extras excedentes da 6ª diária, limitando-a às trabalhadas além da oitava hora diária (fls. 707-708).

Concluiu que, no período anterior a novembro/97, o Reclamante exerceu cargo de confiança, nos termos do art. 224, § 2º, da CLT. Registrou que, nesse período, ficou comprovado pelos documentos juntados pela Reclamada que ocupou ele o cargo de chefe de serviço e percebia gratificação de função não inferior a um terço de seu salário.

Alega, o Reclamante, que o desempenho do cargo de confiança deve ser comprovado por testemunha, pois a prova documental não informa as atividades desenvolvidas (fls. 768-771). Indica violação dos arts. 224, § 2º, e 818 da CLT e 333, II, do CPC e traz arestos para confronto jurisprudencial (fls. 770-771).

Ocorre que a decisão do Regional está fundamentada na prova, e não no instituto do ônus da prova, razão pela qual os arts. 818 da CLT e 333, II, do CPC não têm pertinência com a controvérsia.

Os arestos paradigmas de fls. 769-779 são todos inespecíficos, pois consignam hipótese fática diversa da que registrada pelo Regional,

JURISPRUDÊNCIA

ou seja, em que não foram preenchidos os requisitos do art. 224, § 2º, da CLT para a configuração do cargo de confiança.

Não conheço.” (fls. 869/870)

O Reclamante insiste em que não exercia cargo de confiança, ao argumento de que “*o desempenho de efetivo cargo de chefia deve, necessariamente, ser provado por testemunha*” (fl. 939). Aponta vulneração aos arts. 224, § 2º, e 818 da CLT e 333, II, do CPC.

O recurso, contudo, encontra óbice na Súmula nº 102, item I, do Tribunal Superior do Trabalho, que assim dispõe:

“102. Bancário. Cargo de confiança. (incorporadas as Súmulas nºs 166, 204 e 232 e as Orientações Jurisprudenciais nºs 15, 222 e 288 da SDI-1) – Res. 129/2005 – DJ 20.04.2005

I – A configuração, ou não, do exercício da função de confiança a que se refere o art. 224, § 2º, da CLT, dependente da prova das reais atribuições do empregado, *é insuscetível de exame mediante recurso de revista ou de embargos*. (ex-Súmula nº 204 – RA 121/2003, DJ 21.11.2003)”

Não conheço dos embargos.

1.8. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ÔNUS DA PROVA

A Eg. Turma não conheceu do recurso de revista, no que tange ao tema em análise, mantendo a improcedência do pleito de equiparação salarial, declarada pelo Eg. Regional. Decidiu nos seguintes termos:

“O Regional deu provimento ao recurso ordinário da Reclamada para excluir da condenação as diferenças salariais decorrentes da equiparação salarial, sob o fundamento de que o Reclamante não se desincumbiu do ônus de comprovar o fato constitutivo do seu direito, ou seja, a identidade de funções (fls. 709-710).

Indica o Reclamante violação dos arts. 461 e 818 da CLT e contrariedade à Súmula nº 68 do TST. Alega ser do Reclamado o ônus de comprovar que o Reclamante não exerceu as mesmas funções do paradigma (fls. 771-772).

Quanto ao art. 461 da CLT, não tem pertinência com a decisão proferida pelo e. Regional, pois não trata do ônus da prova.

Também não se aplica a Súmula nº 68 do TST, tendo em vista que a decisão do Regional não está embasada no ônus da Reclamada de

JURISPRUDÊNCIA

comprovar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito. O e. Regional indeferiu o pedido de pagamento de diferenças salariais, sob o fundamento de que o Reclamante não comprovou o fato constitutivo do seu direito, ou seja, não demonstrou a identidade de funções com o paradigma.

Compete ao Reclamante comprovar o fato constitutivo de seu direito à equiparação salarial, ou seja, a igualdade de funções, e à Reclamada, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito, conforme especificamente determina a Súmula nº 68 do TST, em consonância com o que dispõe o art. 818 da CLT, combinado com o art. 333 do CPC.

“Não conheço.” (fl. 870)

O Reclamante, no arrazoado dos embargos, sustenta que compete ao Reclamado o ônus de comprovar fato impeditivo do direito à equiparação salarial, qual seja, a ausência de identidade de funções entre o Autor e o paradigma.

Indigita violação aos arts. 896, 461 e 818 da CLT e 333, II, do CPC, bem como contrariedade à Súmula nº 68 do TST.

O recurso não comporta conhecimento.

A meu ver, andou bem a Eg. Quarta Turma ao não reputar violados os arts. 818 da CLT e 333, inciso II.

Como sabido, para que se reconheça a igualdade salarial, os requisitos previstos no art. 461 da CLT são indispensáveis: a equiparação é feita entre empregados da mesma empresa, na mesma localidade, exercendo a mesma função, com uma diferença de função não superior a 2 anos e que seja exercida com a mesma perfeição técnica e a mesma produtividade. A falta de um dos pressupostos invalida a equiparação.

Cabe ao Autor da ação a prova dos fatos constitutivos do pleito equiparatório – identidade de função, identidade de empregador, identidade de localidade e simultaneidade do exercício funcional –, cabendo à parte adversa a prova dos fatos extintivos do pedido de equiparação salarial, ou seja, diferença de perfeição técnica e de produtividade na realização do trabalho; diferença de tempo de serviço na função superior a dois anos; existência de quadro de carreira na empresa (arts. 818 da CLT e 333 do CPC e Súmula nº 6, item VIII, do TST, antiga Súmula nº 68).

Observe-se que o art. 818 da CLT diz apenas que o ônus da prova incumbirá à parte que formular alegações, sem distinguir entre serem estas

JURISPRUDÊNCIA

positivas ou negativas. Nenhuma regra lógica dispensa o litigante de produzir a prova de suas alegações, e toda afirmação é ao mesmo tempo uma negação e a alegação negativa é geralmente uma inversão de uma alegação afirmativa.

Por sua vez, o art. 333 do CPC, em questão de ônus da prova, dispõe que o fato constitutivo do direito deve ser provado pelo Autor, enquanto os fatos modificativos, impeditivos e extintivos, pelo Réu.

Compete ao Autor, pois, a comprovação do fato constitutivo de seu direito, qual seja, no caso em debate, a identidade de funções.

Na espécie, consoante o Eg. Regional, “*sequer o Reclamante provou o exercício das mesmas funções do paradigma*” (fl. 710).

Dessa forma, não há violação ao art. 896 da CLT, pois o v. acórdão regional, em momento algum, desrespeitou os critérios de fixação do *ônus probandi* em matéria de equiparação salarial, senão conferiu plena observância aos arts. 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC.

Da mesma forma, inexistente contrariedade à Súmula nº 68 do TST, hoje convertida na Súmula nº 6, item VIII. Referido verbete, ao atribuir ao empregador o ônus da prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial, de modo algum afasta a obrigação do empregado de comprovar o fato constitutivo de seu direito, nos termos dos aludidos arts. 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC.

Por fim, impertinente a invocação de afronta ao art. 461 da CLT, que não trata da distribuição do ônus probatório no que tange aos requisitos necessários ao reconhecimento de equiparação salarial.

Não conheço dos embargos.

1.9. DIFERENÇAS SALARIAIS

A Eg. Turma não conheceu do recurso de revista interposto pelo Reclamante, no particular, nos seguintes termos:

“O Regional *negou provimento ao recurso ordinário do reclamante*, para manter a sentença que *indeferiu as diferenças salariais* decorrentes de alteração contratual.

Registrou que a *alteração se deu nos valores relativos às gratificações de função ajustadas e ao ordenado*, tendo em vista a *promoção* do reclamante de gerente de controle para gerente administrativo agência III.

JURISPRUDÊNCIA

Concluiu que não houve alteração contratual ilícita, pois *a redução do valor da gratificação ajustada foi compensada pela majoração do ordenado*, mantendo-se o mesmo patamar remuneratório do reclamante.

Alega, o reclamante, que *houve redução dos valores relativos à gratificação de função paga a partir de setembro/99, acarretando redução salarial*. Indica violação dos arts. 9º e 468 da CLT. Traz aresto para confronto jurisprudencial.

O reclamante embasa os seus argumentos no pressuposto fático de que teria havido redução salarial, *diversamente do que registrado pelo Regional, segundo o qual foi mantido o mesmo patamar remuneratório*, pois houve a *compensação* entre os valores das parcelas gratificação ajustada e o ordenado.

Portanto, inviável o exame da violação dos preceitos de lei indicados, nos termos da Súmula nº 126 do TST.” (fls. 870/871)

Nos presentes embargos, fundados em ofensa ao art. 896 da CLT, o Reclamante insurge-se contra a incidência da Súmula nº 126 do TST, visto que a alegação de redução do valor da gratificação de função não ensejaria o reexame de fatos e provas.

Em relação ao mérito da controvérsia, entende o ora Embargante que, não obstante a soma do “ordenado” com a gratificação de função tenha mantido o mesmo patamar remuneratório, como consta do v. acórdão regional, a redução no percentual da gratificação de função, por si só, já lhe seria prejudicial, em ofensa aos arts. 9º e 468 da CLT e 7º, inciso VI, da Constituição Federal.

Primeiramente, com a devida vênia do posicionamento adotado pela Eg. Quarta Turma, reputo, de fato, equivocada a incidência da Súmula nº 126 do TST como óbice ao conhecimento do recurso de revista do Reclamante, no particular.

Com efeito, a questão enfrentada pelo Eg. Regional e devidamente impugnada pelo Reclamante em recurso de revista foi tão-somente a de definir se a redução no percentual de gratificação de função pelo empregador acarretou-lhe prejuízos, considerando o aumento compensatório da parte salarial fixa.

E, tal como bem alega o Embargante, a solução dessa questão prescinde de eventual exame do acervo fático-probatório dos autos. A propósito, o Eg. TRT de origem retratou satisfatoriamente o contexto fático, de modo a permitir a adoção de tese jurídica acerca da matéria debatida.

No particular, o Eg. TRT delineou claramente a hipótese dos autos: houve, por um lado, a efetiva redução do percentual de gratificação de função percebida pelo Reclamante, e, por outro, a majoração do seu ordenado.

JURISPRUDÊNCIA

É o que se depreende do teor do v. acórdão regional, vazado nos seguintes termos:

“Importante notar que não houve redução salarial, pois que *a redução do valor da gratificação ajustada foi compensada pela majoração do ordenado*. Dessa forma, manteve-se o patamar remuneratório do recorrente, como demonstram os documentos de fl. 266 e os demonstrativos de pagamentos de fl. 112.

A alteração operou-se nos valores relativos às gratificações de função ajustada e do ordenado, decorrentes da promoção do reclamante de gerente de controle para gerente administrativo agência III.

Não existe, pois, alteração ilícita do contrato de trabalho e, conseqüentemente, violação aos arts. 9º e 468 da CLT, não havendo razão para reformar o julgado.” (fls. 711/712)

Assim, incumbe ao Eg. TST, como instância recursal extraordinária, apenas apreciar eventual *error in iudicando* perpetrado pelo Eg. Regional, que não vislumbrou alteração ilícita do contrato de trabalho, em decorrência de redução do valor da gratificação de função percebida pelo Autor.

Tal procedimento, como sabido, escapa à vedação inscrita na referida Súmula 126 do TST, cuja incidência ora se afasta.

Ante o exposto, *data maxima venia* do posicionamento adotado pela Eg. Quarta Turma do TST, a diretriz perfilhada na Súmula nº 126 do TST não obsta o conhecimento do recurso de revista do Reclamante, cujo julgamento prescindia do reexame de fatos e provas.

De toda sorte, entendo que, ainda assim, o recurso de revista interposto pelo Reclamante não merece conhecimento, porquanto não configurada a alegada ofensa aos arts. 468 da CLT e 7º, inciso VI, da Constituição Federal.

A meu ver, a redução do percentual da gratificação percebida pelo empregado, sob a justificativa de que houve um aumento compensatório no valor do “ordenado”, com a manutenção do padrão remuneratório, não atenta contra o princípio da irredutibilidade salarial, previsto no art. 7º, inciso VI, da Constituição Federal.

Isso porque o valor global do complexo multiforme de parcelas de que se compõe o salário não sofreu diminuição, de modo que não se vislumbra, de modo algum, alteração contratual ilícita, notadamente por suposta redução salarial.

Afigura-se-me incólume, portanto, o art. 896 da CLT, razão pela qual não conheço, pois, dos embargos.

JURISPRUDÊNCIA

1.10. AJUDA-ALIMENTAÇÃO

A Eg. Turma não conheceu do recurso de revista quanto ao tema em apreço, mantendo o v. acórdão regional que negou provimento ao recurso ordinário do Reclamante, no qual se postulava a incorporação da referida parcela ao salário.

Fê-lo com fundamento na Súmula 296 do TST, ante a inespecificidade dos arastos colacionados no recurso de revista, fundamento esse infirmado pelo Reclamante nos presentes embargos.

Contudo, a alegação do ora Embargante esbarra no item II da Súmula 296 do TST, de seguinte teor:

“II – Não ofende o art. 896 da CLT decisão de Turma que, examinando premissas concretas de especificidade da divergência colacionada no apelo revisional, conclui pelo conhecimento ou desconhecimento do recurso. (ex-OJ nº 37 – Inserida em 01.02.1995)”

Não conheço.

1.11. MULTA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Por fim, insurge-se o Reclamante contra a multa imposta pela Eg. Turma por ocasião do julgamento dos segundos embargos de declaração em recurso de revista, considerados protelatórios, porque demonstravam apenas a insurgência da parte quanto ao tema “nulidade da rescisão”.

Contudo, revelam-se desfundamentados os presentes embargos, no particular, porquanto o ora Embargante não aponta violação a nenhum dispositivo de lei federal ou da Constituição da República.

Não conheço.

2. MÉRITO DOS EMBARGOS

2.1. RECURSO DE REVISTA. CONHECIMENTO. NULIDADE DA RESCISÃO CONTRATUAL. REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV

Em consequência do conhecimento dos embargos, no particular, por violação aos arts. 4º, inc. I, da Lei nº 9.029/95 e 896 da CLT, dou-lhes provimento para restabelecer a r. sentença, no que declarou “nula a demissão do Autor” e condenou o Banco-reclamado na obrigação de reintegrá-lo no emprego.

JURISPRUDÊNCIA

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, I – Por maioria, não conhecer dos Embargos no tocante ao item “intempestividade do recurso ordinário do Reclamado”, vencidos os Exmos. Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho e Rider Nogueira de Brito; II – Por maioria, vencida a Exma. Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, conhecer dos embargos quanto ao tema “recurso de revista – conhecimento – nulidade da rescisão contratual – reintegração – empregado portador do vírus HIV”, por violação aos arts. 4º, inc. I, da Lei nº 9.029/95 e 896 da CLT, e, no mérito, por unanimidade, dar-lhes provimento para restabelecer a r. sentença no tocante à declaração de nulidade da dispensa e à condenação à reintegração do Autor no emprego.

Brasília, 24 de setembro de 2007. *João Oreste Dalazen*, relator.

VÍNCULO EMPREGATÍCIO. NÃO-RECONHECIMENTO. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*

VÍNCULO DE EMPREGO NÃO RECONHECIDO – CONDENAÇÃO A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO DE PARCELAS TÍPICAS DE EMPREGADO BANCÁRIO – INEXISTÊNCIA DE PEDIDO SUCESSIVO – JULGAMENTO EXTRA PETITA. A descrição dos fatos e os fundamentos do pedido constituem ônus processual do autor, que, não atendidos, levam à inépcia da inicial. A causa de pedir próxima, que são os fundamentos do pedido, e a causa de pedir remota, que são os fatos constitutivos, são imprescindíveis à regularidade da inicial, sob pena de a ação tornar-se juridicamente inviável. O reclamante postulou, expressamente, que fosse reconhecido como empregado, e, conseqüentemente, com direito a verbas trabalhistas. Sob o fundamento de que o pedido de reconhecimento de vínculo de emprego encontra óbice no art. 37, II, da Constituição Federal, a decisão recorrida rejeitou-o, mas, concluindo que houve relação de trabalho, (pedido esse sucessivo, mas que não foi formulado), determinou o pagamento de indenização como substitutiva das verbas trabalhistas. Caracterização de ofensa literal aos arts. 128 e 460 do CPC.

Recurso de embargos conhecido e provido.

(Processo nº TST-E-RR-578.194/99 – Ac. SBDI 1)

JURISPRUDÊNCIA

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-578.194/99.2, em que é Embargante BANCO DO ESTADO DO PARANÁ S.A. e Embargado ROBINSON TROLEIS.

Adoto o relatório do douto relator originário, *in verbis*:

“A Terceira Turma (fls. 405/408) não conheceu do Recurso de Revista interposto pelo reclamado quanto ao tema julgamento *extra petita* – indenização.

Irresignado, o reclamado interpõe Recurso de Embargos (fls. 410/412). Aponta violação ao art. 896 da CLT, por entender que seu Recurso de Revista merecia conhecimento por afronta aos arts. 128 e 460 do CPC.

Foi oferecida impugnação (fls. 417/418).

O Recurso não foi submetido a parecer do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.”

VOTO

O recurso atende aos pressupostos genéricos de admissibilidade.

I. CONHECIMENTO

I.1 – INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA DE PARCELAS TÍPICAS DE BANCÁRIO – JULGAMENTO *EXTRA PETITA*

Adoto, ainda, o relatório do relator originário:

“A Turma não conheceu do Recurso de Revista com relação ao tema em destaque, sob os seguintes fundamentos:

“Não houve julgamento *extra petita*. Na decisão regional não foi reconhecida a relação de emprego em face do óbice do art. 37, II, da Constituição Federal. Admitiu a existência de relação de trabalho, e, por esta razão, manteve a sentença de 1º grau que condenou o Reclamado no pagamento das verbas salariais devidas e requeridas na inicial, a título de indenização. Incólumes, portanto, os arts. 128 e 460 do CPC e a divergência jurisprudencial acostada.

Ante o exposto, não conheço.” (fls. 406)

O reclamado aponta violação ao art. 896 da CLT, por entender que seu recurso de revista merecia conhecimento por afronta aos arts. 128 e 460 do

JURISPRUDÊNCIA

CPC. Sustenta que o pedido inicial é determinado e apresenta fundamento específico – reconhecimento do vínculo empregatício e parcelas resultantes desse vínculo –, razão por que entende que, ante o não-reconhecimento do vínculo e o deferimento de indenização, parcela distinta da postulada, houve julgamento *extra petita*.”

O nobre relator originário não conhecia dos embargos, sob o fundamento de que “verificada pelas instâncias ordinárias a impossibilidade de reconhecimento do vínculo em face do disposto no art. 37, inc. II, da Constituição da República, mas a efetiva prestação de serviços, e considerando que a indenização decorrente do reconhecimento da relação de trabalho representa parcela inferior ao reconhecimento do vínculo, não há cogitar de julgamento *extra petita* e, conseqüentemente, em afronta aos arts. 128 e 460 do CPC”.

É expresso o art. 282, III, do Código de Processo Civil, ao dispor que a petição inicial deve indicar, entre outros, “o fato e os fundamentos jurídicos do pedido”.

Já a Consolidação das Leis do Trabalho, ao cuidar da reclamação, igualmente exige, sem a rigidez do processo civil, que o reclamante faça “uma breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio” (art. 840).

A descrição dos fatos e os fundamentos do pedido, portanto, constituem ônus processual do autor, que, não atendidos, levam à inépcia da inicial, nos termos do que reza o art. 284 do CPC.

Por isso mesmo, a causa de pedir próxima, que são os fundamentos jurídicos que justificam o pedido, e a causa de pedir remota, que são os fatos constitutivos, são imprescindíveis, sob pena de a ação se tornar juridicamente inviável.

Como conseqüência, o pedido, que é o objeto da ação, e sobre o qual deve incidir a prestação jurisdicional, define e limita, de um lado, a atuação do magistrado, e, de outro, possibilita o amplo direito de defesa do réu, que tem o ônus de impugná-lo e especificar as provas com que pretende demonstrar a sua improcedência.

Já o pedido e a contestação fixam os limites da controvérsia, da lide. E, nesse contexto, o magistrado, ao sentenciar, submete-se à causa de pedir, sob pena de nulidade da prestação jurisdicional.

Relembre-se que o pedido deve ser interpretado restritivamente, e que ao autor é facultado formular um pedido em ordem sucessiva, a fim de que o magistrado conheça do posterior, em não podendo acolher o anterior (arts. 293 e 289 do CPC, respectivamente).

JURISPRUDÊNCIA

O que é inadmissível, porque afronta literalmente os arts. 128 e 460, ambos do CPC, é o juiz proferir sentença a favor do autor, de natureza diversa da pedida.

A nulidade nasce da inobservância dos limites em que a parte explicitou sua causa de pedir e/ou do objeto que fora pleiteado.

Por isso mesmo, agressão não se dá apenas em relação às normas infra-constitucionais, que disciplinam o procedimento, como, também, indiretamente, em relação ao devido processo legal, na medida em que impede o regular exercício do direito de defesa (art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal).

Essas simples considerações não têm outro objetivo senão o de servir de suporte à conclusão de que, *data venia*, a decisão recorrida está equivocada, e, portanto, deve ser reformada.

Com efeito, é incontroverso que o reclamante postulou, expressamente, que fosse reconhecido que trabalhou como empregado do recorrido, e, conseqüentemente, se lhe assegurasse o direito a todas as parcelas de natureza trabalhista.

A decisão recorrida, sob o fundamento de que o pedido de reconhecimento de vínculo encontra óbice no art. 37, II, da Constituição Federal, rejeitou-o, mas concluiu que houve relação de trabalho, e, por essa razão, manteve a condenação ao pagamento de verbas salariais requeridas na inicial, mas a título de indenização.

Ora, o pedido, reconhecimento da relação de emprego e pagamento de verbas trabalhistas, definiu os limites da lide, e, por isso mesmo, impôs ao reclamado o ônus de se defender, atento, exclusivamente, a essa realidade jurídica.

Esclareça-se que o reclamante não formulou pedido sucessivo, ou seja, declaração de que trabalhou subordinadamente (relação de emprego), ou de relação de trabalho com seus consectários legais.

Inquestionável, pois, que foi ofendida a literalidade dos arts. 128 e 460 do CPC, visto que não era permitido condenar o reclamado a pagar as verbas indenizatórias, sob o fundamento de que houve relação de trabalho, porque esse não foi o pedido principal, e muito menos sucessivo.

Como bem ressaltou o douto Ministro Vantuil Abdala, ao acompanhar a divergência:

“Na hipótese, o autor vem dizendo que trabalhou na condição de empregado, embora não registrado como tal, e quer as verbas decorrentes do contrato de trabalho, tais como horas extras, aviso-prévio, etc. Diz o Regional que ele realmente era empregado, fazia os serviços gerais; não

JURISPRUDÊNCIA

era estagiário, mas que não submetera a concurso público. Então, não poderia determinar a anotação em carteira, mas que o condenava a pagar as verbas pleiteadas a título de indenização: aviso-prévio, férias, décimo terceiro salário, etc. Em seu recurso ordinário, vem o reclamado alegando julgamento *extra petita* porque ele não pleiteou indenização decorrente de eventual relação de trabalho, mas direitos originários de relação de emprego, quanto aos quais, argumenta o Regional – da *mihi factum, dabo tibi jus* –, poderia ter havido a condenação. Creio que o Ministro Milton tem razão, fiquei a meditar, ao entender que não poderia, pois acho que não se aplica bem a hipótese de que, dados os fatos, cabe ao juiz fazer o enquadramento jurídico. Isto porque não se deu chance ao réu de discutir eventuais indenizações devidas em decorrência de uma relação de trabalho. Qual seria o valor dessa indenização? É devida indenização quando alguém trabalha para outrem e é rompida essa relação jurídica? Nessa relação jurídica, é devido o quê? Foi dada chance para o réu manifestar-se sobre essa indenização? Em dado momento, o Regional diz ser a indenização igual ou menor do que o direito do trabalhador. É igual ou menor por quê? E se o Juiz resolvesse entender que era maior? Dizer que ele não era empregado, mas que condenava a indenizar porque ele sofreu conseqüências muito graves, tais como não ter sua carteira anotada nem recolhida a contribuição previdenciária. Na realidade, a indenização não decorre do fato narrado na inicial, que é a relação de emprego: ele diz que é empregado e que, em decorrência disso, quer aqueles direitos. O que concluiu o juiz? Que não era empregado, mas, mesmo não sendo, concedeu-lhe os direitos. Penso que realmente está fora dos limites da lide. Eu nunca havia visto essa hipótese, mas creio que está, principalmente por esse ângulo de que não foi dada oportunidade ao réu, desde o início, de elaborar sua defesa quanto a essa tese jurídica, inclusive no que concerne aos valores...”

Com estes fundamentos, CONHEÇO dos embargos, por ofensa ao art. 896 da CLT, porque violados os arts. 128 e 460 do CPC.

I. MÉRITO

I.1 – INDENIZAÇÃO – PARCELAS TÍPICAS DE BANCÁRIO – JULGAMENTO *EXTRA PETITA*

Conhecidos os embargos por ofensa ao art. 896, da CLT, porque violados os arts. 128 e 460 do CPC, DOU-LHES PROVIMENTO para excluir da condenação a indenização correspondente a parcelas típicas de bancário.

JURISPRUDÊNCIA

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, conhecer dos embargos, por violação dos arts. 128 e 460 do CPC, vencidos os Exmos. Srs. Ministros João Batista Brito Pereira, relator, Lélío Bentes Corrêa, Rosa Maria Weber Candiota da Rosa e Maria de Assis Calsing, e, no mérito, por unanimidade, dar-lhes provimento para excluir da condenação a indenização decorrente das parcelas relativas à condição de bancário.

Brasília, 10 de setembro de 2007. *Milton de Moura França*, redator designado.

VIOLAÇÃO AO ART. 896 DA CLT. CONHECIMENTO

VIOLAÇÃO AO ART. 896 DA CLT. CONHECIMENTO DO RECURSO DE REVISTA. O exame da alegada contrariedade à Súmula 126 desta Corte redundante, inequivocamente, na análise da especificidade do aresto que ensejou o conhecimento do Recurso de Revista, o que encontra obstáculo na Súmula 296, item II, desta Corte. Por outro lado, conquanto a reclamada afirme a incidência do óbice da Súmula 23 desta Corte, não cuidou em especificar quais teriam sido os diversos fundamentos adotados pelo Tribunal Regional e que não teriam sido enfocados pelo paradigma, o que inviabiliza a aferição de contrariedade a esse verbete.

CENTRAL DAS COOPERATIVAS DE ECONOMIA E CRÉDITO MÚTUO DE SÃO PAULO – CECRESP. EQUIPARAÇÃO À ENTIDADE BANCÁRIA. Diante do quadro fático registrado pelo Tribunal Regional, observa-se que o objetivo social da reclamada, como central das cooperativas, é o de prestar auxílio administrativo, jurídico e financeiro às filiadas, fomentando o cooperativismo, e não o de exercer atividade equivalente a agente financeiro, razão por que, in casu, não se pode equipará-la a instituição bancária.

Recurso de Embargos de que se conhece em parte e a que se dá provimento.

(Processo nº TST-E-ED-RR-73.564/2003-900-02-00 – Ac. SBDI 1)

JURISPRUDÊNCIA

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº TST-E-ED-RR-73.564/2003-900-02-00.5, em que é Embargante CENTRAL DAS COOPERATIVAS DE ECONOMIA E CRÉDITO MÚTUO DE SÃO PAULO – CECRESP e Embargada CLEIDE MARGARETE DA SILVA.

A Quarta Turma (fls. 506/510 e 518/519) conheceu do Recurso de Revista interposto pela reclamante quanto ao tema “central de cooperativa de crédito – equiparação – entidade bancária” e deu-lhe provimento para reconhecer a condição de bancária da reclamante e determinar o retorno dos autos à Vara de origem para julgamento dos pedidos.

Irresignada, a reclamada interpõe Recurso de Embargos (fls. 522/526). Aponta violação ao art. 896 da CLT, por entender que o Recurso de Revista interposto pela reclamante não merecia conhecimento em face dos óbices das Súmulas 23 e 126 desta Corte. Quanto ao mérito, indica violação ao art. 224 da CLT.

Foi oferecida impugnação (fls. 529/533).

O Recurso não foi submetido a parecer do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

Satisfeitos os pressupostos genéricos de admissibilidade.

1. CONHECIMENTO

1.1 – CONHECIMENTO DO RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMANTE. VIOLAÇÃO AO ART. 896 DA CLT

A Turma conheceu do Recurso de Revista interposto pela reclamante, por divergência jurisprudencial, consignando os seguintes fundamentos:

“1 – CONHECIMENTO

1.1 – EMPREGADOS DE COOPERATIVAS DE CRÉDITO. EQUIPARAÇÃO AOS BANCÁRIOS

Extrai-se da decisão recorrida a tese de que empregado de empresas cooperativas de crédito não se equipara a bancário, por não ter a ré como objetivo o lucro (fl. 457).

JURISPRUDÊNCIA

Neste sentido, o último aresto de fls. 475, oriundo do TRT da 11ª Região, contraria a tese nuclear da decisão recorrida, ao consignar que o empregado de cooperativa de crédito se equipara aos bancários com direito à jornada de trabalho de seis horas.

Conheço, por divergência jurisprudencial.” (fls. 506/507)

A reclamada indica violação ao art. 896 da CLT, por entender que o Recurso de Revista interposto pela reclamante não merecia conhecimento em face dos óbices das Súmulas 23 e 126 desta Corte. Argumenta que a Turma, para reconhecer a divergência jurisprudencial, inverteu o quadro fático descrito pelo Tribunal Regional, pois a reclamada não é uma cooperativa de crédito, mas uma associação sem fins lucrativos que tem por objetivo fomentar o trabalho cooperativo, e não mera cooperativa de crédito. Aduz que o aresto divergente pressupunha o trabalho para sociedades de crédito imobiliário, o que não é o caso, e que o Tribunal Regional apreciou a questão externando diversos fundamentos.

Ocorre que o exame da alegada contrariedade à Súmula 126 desta Corte redundava, inequivocamente, na análise da especificidade do aresto que ensejou o conhecimento do Recurso de Revista, o que encontra obstáculo na Súmula 296, item II, desta Corte.

Por outro lado, conquanto a reclamada afirme a incidência do óbice da Súmula 23 desta Corte, não cuidou em especificar quais teriam sido os diversos fundamentos adotados pelo Tribunal Regional e que não teriam sido enfocados pelo paradigma, o que inviabiliza a aferição de contrariedade a esse verbete.

NÃO CONHEÇO.

1.2. CENTRAL DE COOPERATIVA DE CRÉDITO. EQUIPARAÇÃO À ENTIDADE BANCÁRIA

A Turma deu provimento ao Recurso de Revista com relação ao tema em destaque, asseverando que os empregados de cooperativa de crédito estão equiparados aos bancários por força da Súmula 55 desta Corte.

A reclamada sustenta que é uma entidade sem fins lucrativos que tem por objetivo fomentar o trabalho cooperativo, e não mera cooperativa de crédito, razão por que não é instituição financeira e nem a ela se equipara, não podendo seus empregados serem equiparados a bancários. Aponta violação ao art. 224 da CLT.

JURISPRUDÊNCIA

O Tribunal Regional, sobre a particularidade da natureza da reclamada, foi expresso ao afirmar que, *in verbis*:

“A Reclamada não pode ser considerada uma empresa de crédito. (...) A Autora era empregada devidamente registrada e usufruía de todos os benefícios legais e normativos assegurados à categoria na qual estava integrada. O dispositivo invocado em nada contribui para que esta venha a ser identificada como trabalhadora bancária.

A Ré não tem como objetivo o lucro. Conforme previsto nos seus atos constitutivos, assessora, administra, educa e monitora, tudo com o objetivo de fomentar o cooperativismo de crédito. A retribuição que percebe a título de *spread*, não pode ser definida no sentido estrito como remuneração do capital. Na verdade é uma contraprestação por serviços prestados, o que não se enquadra de forma alguma no conceito de ‘juros’. E o ‘lucro’ aqui considerado também não é o resultado de um investimento, pois é certo que, no final do exercício este é rateado entre todas as cooperadas, o que na verdade nada mais é que a devolução das sobras do *spread* pago como contraprestação pela assistência recebida.

(...) Isso não compromete seu fim principal que tem conotação meramente assistencial. O ‘caixa’ lá existente tem a finalidade única de facilitar a operacionalização da atividade fim e ofertar maior conforto aos seus empregados e associados.” (fls. 456/457)

Assim, diante do quadro fático registrado pelo Tribunal Regional, observa-se que o objetivo social da reclamada, como central das cooperativas, é o de prestar auxílio administrativo, jurídico e financeiro às filiadas, fomentando o cooperativismo, e não o de exercer atividade equivalente a agente financeiro, razão por que, *in casu*, não se pode equipará-la a instituição bancária.

Nesse sentido cito o seguinte precedente:

“CENTRAL DE COOPERATIVA DE CRÉDITO. EQUIPARAÇÃO À ENTIDADE BANCÁRIA. Diante do quadro fático registrado pelo Tribunal Regional, não se cogitava, efetivamente, de violação ao art. 18 da Lei nº 4.595/64 ou de contrariedade à Súmula 55 desta Corte para fins de equiparação da reclamada com instituição bancária, pois seu objetivo social é o de prestar auxílio administrativo, jurídico e financeiro às filiadas, e não o de atuar como agente financeiro. Violação ao art. 896 da CLT que não se configura. Recurso de Embargos de que não se conhece.” (E-RR-128/1999-012-02-00, Ac. SBDI-1, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DJ 23.02.2007)

JURISPRUDÊNCIA

Dessa forma, tem-se que a equiparação da reclamante a bancária, quando não são a ela aplicáveis as normas específicas de bancários, importou em afronta ao art. 224 da CLT.

CONHEÇO do Recurso de Embargos.

2. MÉRITO

2.1. CENTRAL DE COOPERATIVA DE CRÉDITO. EQUIPARAÇÃO À ENTIDADE BANCÁRIA

Conhecido o Recurso de Embargos por violação ao art. 224 da CLT, DOU-LHE PROVIMENTO para restabelecer a decisão regional no particular.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, conhecer do Recurso de Embargos apenas quanto ao tema “central de cooperativa de crédito – equiparação à entidade bancária”, por violação ao art. 224 da CLT, vencidos, em parte, os Exmos. Ministros João Oreste Dalazen, Lelio Bentes Corrêa e Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, que também conheciam dos embargos, mas por violação do art. 896 da CLT e contrariedade à Súmula nº 126/TST, e, totalmente, o Exmo. Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, que não conhecia integralmente do recurso, e, no mérito, por unanimidade, dar-lhes provimento para restabelecer a decisão regional, no particular.

Brasília, 28 de maio de 2007. *João Batista Brito Pereira*, relator.

Índice Temático

ÍNDICE TEMÁTICO

Contrato de experiência. Acidente de trabalho. Estabilidade	155
Dano moral. Agressões verbais contínuas	162
Indenização por dano moral. Acidente de trabalho. Responsabilidade da empresa	168
Liberação de depósitos do FGTS. Culpa recíproca. Indenização	174
Locação de serviços. Responsabilidade subsidiária	181
Nova competência da Justiça do Trabalho. Art. 114 da Constituição Federal	191
Portuários. Dissídio coletivo de natureza jurídica. Denúnciação da lide. Inviabilidade	199
Recurso de revista. Cláusula penal. Lei nº 9.615/98. Responsabilidade	251
Recurso de revista. Denúnciação da lide. Possibilidade	257
Recurso de revista. Nova competência. Ação de cobrança	266
Reintegração. Portador de vírus HIV	270
Reintegração. Portador do vírus HIV. Dispensa discriminatória	274
Vínculo empregatício. Não-reconhecimento. Julgamento <i>extra petita</i>	296
Violação ao Art. 896 da CLT. Conhecimento	301