



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
DA 15ª REGIÃO
CAMPINAS

Direção e coordenação da Escola Judicial
Repositório Oficial de Jurisprudência



n. 42
2013

ISSN 1679-8694



**PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO**

**REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
DA 15ª REGIÃO
CAMPINAS**

**Direção e coordenação da Escola Judicial
Repositório Oficial de Jurisprudência**

Campinas

n. 42

p. 1 - 338

jan./jun.

2013

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

Rua Barão de Jaguará, 901- 13015-927 - Campinas/SP
Fone (19) 3236-2100
www.trt15.jus.br

ESCOLA JUDICIAL DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

Rua Barão de Jaguará, 901- 3º andar - 13015-927 - Campinas/SP
Fone (19) 3731-1783 - Fax (19) 3236-0585
e-mail: escolajudicial@trt15.jus.br

Catálogo na Publicação (CPI) elaborada pelo
Seção de Biblioteca/TRT 15ª Região

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região / Escola
Judicial do TRT - 15ª Região ; n.1, jul./dez. 1991- Campinas/SP, 1991

Semestral

n. 42, jan./ jun. 2013

ISSN 1679 - 8694

1. Direito do Trabalho - Brasil. 2. Direito Processual do Trabalho - Brasil.
3. Jurisprudência - Brasil. 4. Atos Normativos - Brasil. I.Brasil. Escola Judicial.

CDU - 34:331 (81)
347.998.72 (81)

Os textos doutrinários e de jurisprudência desta Revista são de estrita
responsabilidade dos seus autores.

Supervisão: Desembargadora Tereza Aparecida Asta Gemignani
Capa: Marisa Batista da Silva

Colaboradores da organização desta edição: Resumos em inglês:

Camila Franciscato Ferreira
Elaine de Paula Michelatto
Elizabeth Ap. Nespolon Bertazzoli - CRB - 8/7467
Elizabeth de Oliveira Rei
José Alves de Camargo Neto
Kati Garcia Reina Pedra
Laura Regina Salles Aranha
Luisa Helena Araujo Fernandes
Natália Anseloni Nista

Adriana Lamour
Fernanda Babini
Gisela Franca da Costa
Samuel Jesus de Oliveira

A REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO
é indexada nos seguintes órgãos, instituições e bibliotecas:

Superior Tribunal Federal
Superior Tribunal de Justiça
Tribunal Superior do Trabalho
Superior Tribunal Militar
Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região
Biblioteca Nacional
Biblioteca do Centro de Estudos Judiciários - Conselho da Justiça Federal
Biblioteca do Senado Federal
Biblioteca da Câmara dos Deputados
Biblioteca da OIT/Brasília
Biblioteca do Ministério Público do Trabalho
Academia Nacional de Direito do Trabalho - ANDT
Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho - ANPT
Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região - AMATRA XV
Biblioteca da Associação São Bento de Ensino de Araraquara – UNIARA
Biblioteca da Faculdade Adamantinense Integrada
Biblioteca da Faculdade Comunitária de Campinas – FAC
Biblioteca da Faculdade de Campinas – FACAMP
Biblioteca da Faculdade de Direito da Alta Paulista -FADAP - Tupã
Biblioteca da Faculdade de Direito da FAAP – São Paulo
Biblioteca da Faculdade de Direito da USP
Biblioteca da Faculdade de Direito de Araras
Biblioteca da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete – FDC
Biblioteca da Faculdade de Direito de Itu
Biblioteca da Faculdade de Direito de Marília – FADIMA
Biblioteca da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo
Biblioteca da Faculdade de Direito de São João da Boa Vista - Fundação de Ensino Octávio Bastos - UNIFEOB
Biblioteca da Faculdade de Direito e Administração de Barretos
Biblioteca da Faculdade de Direito Padre Anchieta de Jundiá
Biblioteca da Faculdade de Filosofia e Letras de Catanduva
Biblioteca da Faculdade de Minas - FAMINAS
Biblioteca da Faculdade Metropolitana de Campinas - METROCAMP
Biblioteca da Faculdade Módulo de Caraguatatuba
Biblioteca da Faculdade Municipal de Direito de Franca
Biblioteca das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” - UniToledo de Presidente Prudente
Biblioteca das Faculdades Claretianas - Rio Claro
Biblioteca das Faculdades Integradas Cantareira – São Paulo
Biblioteca das Faculdades Integradas - Guarulhos
Biblioteca das Faculdades Integradas - Itapetininga - F. Karnig Bazarian
Biblioteca das Faculdades Integradas UPIS
Biblioteca das Faculdades Radial - São Paulo
Biblioteca das Faculdades Unificadas São Luís de Jaboticabal
Biblioteca da Fundação Educacional de Votuporanga
Biblioteca da Fundação Educacional Dr. Raul Bauab - UNIMAR-Jaú
Biblioteca da Fundação Educacional Sorocabana - FADI
Biblioteca da Instituição Paulista de Ensino Superior Unificado de São Carlos
Biblioteca da Ordem dos Advogados do Brasil – Subseção de Campinas
Biblioteca da Ordem dos Advogados do Brasil – Subseção de São Paulo
Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Biblioteca da Universidade Bandeirante de São Paulo

Biblioteca da Universidade Braz Cubas de Mogi das Cruzes - UBC
Biblioteca da Universidade Camilo Castelo Branco – UNICASTELO - Fernandópolis
Biblioteca da Universidade Camilo Castelo Branco - UNICASTELO - Descalvado
Biblioteca da Universidade Católica de Pelotas
Biblioteca da Universidade Católica de Santos
Biblioteca da Universidade Cidade de São Paulo
Biblioteca da Universidade Cruzeiro do Sul de São Paulo
Biblioteca da Universidade de Brasília – UNB
Biblioteca da Universidade de Franca - UNIFRAN
Biblioteca da Universidade de Guarulhos
Biblioteca da Universidade de Marília - UNIMAR
Biblioteca da Universidade de Mogi das Cruzes - UMC
Biblioteca da Universidade de Pernambuco - UPE
Biblioteca da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP
Biblioteca da Universidade de Santo Amaro – São Paulo
Biblioteca da Universidade de Sorocaba
Biblioteca da Universidade de Taubaté – UNITAU
Biblioteca da Universidade do Grande ABC – Santo André
Biblioteca da Universidade do Oeste Paulista – Presidente Prudente
Biblioteca da Universidade do Vale do Paraíba – UNIVAP – Jacareí
Biblioteca da Universidade do Vale do Paraíba – UNIVAP – São José dos Campos
Biblioteca da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP - Franca
Biblioteca da Universidade Estadual Paulista Júlio Mesquita Filho UNESP – São Paulo
Biblioteca da Universidade Federal de Juiz de Fora
Biblioteca da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG
Biblioteca da Universidade Federal de Pelotas
Biblioteca da Universidade Federal de Pernambuco - UFPE
Biblioteca da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC
Biblioteca da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES
Biblioteca da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ
Biblioteca da Universidade Federal do Rio Grande - UFRG
Biblioteca da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS
Biblioteca da Universidade Ibirapuera de São Paulo
Biblioteca da Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP - Lins
Biblioteca da Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP - Piracicaba
Biblioteca da Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP – Santa Bárbara D'Oeste
Biblioteca da Universidade Metropolitana de Santos
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP de Araçatuba
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP de Campinas
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP de Ribeirão Preto
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP de São José dos Campos
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP de São José do Rio Preto
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP de São Paulo
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP de Sorocaba
Biblioteca da Universidade Presbiteriana Mackenzie de Campinas
Biblioteca da Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo
Biblioteca da Universidade Santa Cecília de Santos
Biblioteca da Universidade São Francisco de Bragança Paulista
Biblioteca da Universidade São Judas Tadeu – São Paulo
Biblioteca da Universidade São Marcos de São Paulo
Biblioteca do Centro Regional Universitário de Espírito Santo do Pinhal
Biblioteca do Centro Universitário Anhanguera de Leme
Biblioteca do Centro Universitário Capital São Paulo
Biblioteca do Centro Universitário Católico Auxilium - UniSalesiano
Biblioteca do Centro Universitário Claretiano de Batatais
Biblioteca do Centro Universitário Claretiano de Campinas
Biblioteca do Centro Universitário de Rio Preto - UNIRP
Biblioteca do Centro Universitário do Norte Paulista – UNORP – São José do Rio Preto
Biblioteca do Centro Universitário Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo

Biblioteca do Centro Universitário FIEO de Osasco
Biblioteca do Centro Universitário Monte Serrat de Santos
Biblioteca do Centro Universitário Moura Lacerda de Ribeirão Preto
Biblioteca do Centro Universitário Nove de Julho - São Paulo
Biblioteca do Centro Universitário Salesiano de São Paulo -UNISAL - Americana
Biblioteca do Centro Universitário Salesiano de São Paulo -UNISAL - Campinas
Biblioteca do Centro Universitário Salesiano de São Paulo - UNISAL - Lorena
Biblioteca do Centro Universitário Toledo de Araçatuba - UniToledo
Biblioteca do Instituto de Ensino Superior COC - Ribeirão Preto
Biblioteca do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA
Biblioteca do Instituto Municipal de Ensino Superior de São Caetano do Sul - IMES
Biblioteca do Instituto Superior de Ciências Aplicadas – ISCA - Limeira
Biblioteca do Instituto Toledo de Ensino de Bauru - ITE
Biblioteca do TRT da 1ª Região
Biblioteca do TRT da 2ª Região
Biblioteca do TRT da 3ª Região
Biblioteca do TRT da 4ª Região
Biblioteca do TRT da 5ª Região
Biblioteca do TRT da 6ª Região
Biblioteca do TRT da 7ª Região
Biblioteca do TRT da 8ª Região
Biblioteca do TRT da 9ª Região
Biblioteca do TRT da 10ª Região
Biblioteca do TRT da 11ª Região
Biblioteca do TRT da 12ª Região
Biblioteca do TRT da 13ª Região
Biblioteca do TRT da 14ª Região
Biblioteca do TRT da 16ª Região
Biblioteca do TRT da 17ª Região
Biblioteca do TRT da 18ª Região
Biblioteca do TRT da 19ª Região
Biblioteca do TRT da 20ª Região
Biblioteca do TRT da 21ª Região
Biblioteca do TRT da 22ª Região
Biblioteca do TRT da 23ª Região
Biblioteca do TRT da 24ª Região
Editora Champanhath - Curitiba
Escola Judicial do TRT da 1ª Região
Escola Judicial do TRT da 2ª Região
Escola Judicial do TRT da 3ª Região
Escola Judicial do TRT da 4ª Região
Escola Judicial do TRT da 5ª Região
Escola Judicial do TRT da 6ª Região
Escola Judicial do TRT da 7ª Região
Escola Judicial do TRT da 8ª Região
Escola Judicial do TRT da 9ª Região
Escola Judicial do TRT da 10ª Região
Escola Judicial do TRT da 11ª Região
Escola Judicial do TRT da 12ª Região
Escola Judicial do TRT da 13ª Região
Escola Judicial do TRT da 14ª Região
Escola Judicial do TRT da 16ª Região
Escola Judicial do TRT da 17ª Região
Escola Judicial do TRT da 18ª Região
Escola Judicial do TRT da 19ª Região
Escola Judicial do TRT da 20ª Região
Escola Judicial do TRT da 21ª Região
Escola Judicial do TRT da 22ª Região
Escola Judicial do TRT da 23ª Região

Escola Judicial do TRT da 24ª Região
Escola Superior de Direito Constitucional - ESDC
Escola Superior do Ministério Público - ESMP
Instituto Brasileiro de Ciências Jurídicas - IBCJ
Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA
Tribunal Regional Federal da 2ª Região
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

- Exterior

Argentina

Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

China

Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Macau

Espanha

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Carlos III de Madrid

Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid

Universidad Pablo de Olavide – Sevilla

Universidad de Sevilla

França

Département des Etudes Internationales, Européennes et Comparatives de L'université Paris I -
Panthéon-Sorbonne - Paris

Université Cergy Pontoise – Cergy

Portugal

Consulado Geral do Brasil em Portugal

Departamento de Direito da Universidade Portucalense Infante Dom Henrique – Porto

Embaixada do Brasil em Lisboa

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa de Lisboa

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa do Porto

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito da Universidade do Minho – Braga

Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Faculdade de Direito da Universidade Lusíada - Vila Nova Amalição

Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa

Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Faculdade de Direito Universidade Autónoma de Lisboa Luís de Camões

Ministério da Educação – Lisboa

Ordem dos Advogados – Lisboa

Uruguai

Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo

Universidad de la Republica - Facultad de Derecho – Montevideo

ESCOLA JUDICIAL DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

Des. Samuel Hugo Lima - Diretor
Des. Tereza Aparecida Asta Gemignani - Vice-diretora

CONSELHO EDITORIAL

Des. Tereza Aparecida Asta Gemignani - Editora-chefe

Des. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva
Des. Maria Cristina Mattioli
Juiz José Roberto Dantas Oliva
Juiz Guilherme Guimarães Feliciano
Juíza Luciana Caplan de Argenton e Queiroz
Juiz Henrique Macedo Hinz

Exterior:

Professor Jorge Miranda - Universidade Clássica de Lisboa - Portugal
Professor David Sánchez Rubio - Universidad de Sevilla - Espanha
Professor Doutor Rafael de Asís Roig - Universidad Carlos III de Madrid - Espanha
Professor Carlos Miguel Herrera - Université Cergy Pointoise - Cergy - França
Juiz Mauricio César Arese - Universidad de Cordoba - Argentina
Professor Mario Garmendia Arigón - Universidad de la Republica - Montevideo - Uruguai

CONSELHO CONSULTIVO

Des. Flavio Allegretti de Campos Cooper
Des. Fernando da Silva Borges
Des. Henrique Damiano
Des. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella
Des. José Pitás

CONSELHO TÉCNICO

PARECERISTAS NACIONAIS

Membros do TRT da 15ª Região

Des. Manuel Soares Ferreira Carradita
Des. Fabio Grasselli
Des. Manoel Carlos Toledo Filho
Des. Roberto Nóbrega de Almeida Filho
Des. Carlos Alberto Bosco
Juiz Fabio Allegretti Cooper
Juiz Luiz Felipe Paim da Luz Bruno Lobo
Juíza Olga Regiane Pilegis
Juiz Marco Antônio de Souza Branco
Juiz José Antonio Ribeiro de Oliveira Silva
Juiz Flávio Landi
Juiz Firmino Alves Lima
Juíza Eliana dos Santos Alves Nogueira
Juíza Ana Cláudia Pires Ferreira de Lima
Juiz José Guido Teixeira Junior
Juíza Fernanda Cristina de Moraes Fonseca
Juíza Candy Florencio Thomé
Juíza Rosilene da Silva Nascimento

PARECERISTAS INTERNACIONAIS

Professor João Leal Amado - Universidade de Coimbra - Portugal
Professor Álvaro Sánchez Bravo - Universidade de Sevilla - Espanha
Professora Iciar Alzaga Ruiz - Universidade de Educação à Distância de Madrid - Espanha
Professor Jordi Garcia Viña - Universidade de Barcelona - Espanha
Professor Miguel Cardenal Carro - Universidade de Extremadura - Espanha
Professor Alberto Levi - Universidade di Modena e Reggio Emilia - Itália
Professora Luísa Galantino - Universidade di Modena e Reggio Emilia - Itália
Professora Martha Elisa Monsalve Cuelle - Universidade La Gran Colombia - Colômbia
Professor Diego López Hernández - Universidade do Chile - Chile
Professor Carlos Alberto Toselli - Universidade de Córdoba - Argentina
Professor Hugo Roberto Mansueti - Universidade Católica de Buenos Aires - Argentina

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL

PRESIDENTE

Flavio Allegretti de Campos Cooper

VICE-PRESIDENTE ADMINISTRATIVO

Fernando da Silva Borges

VICE-PRESIDENTE JUDICIAL

Henrique Damiano

CORREGEDOR REGIONAL

Eduardo Benedito de Oliveira Zanella

VICE-CORREGEDOR REGIONAL

José Pitas

DESEMBARGADORES

Luís Carlos C. M. Sotero da Silva

Maria Cecília F. Álvares Leite

Olga Aida Joaquim Gomieri

Eduardo B. de Oliveira Zanella

Renato Buratto

Henrique Damiano

Flavio Allegretti de Campos Cooper

Luiz Antonio Lazarim

José Pitas

Nildemar da Silva Ramos

Luiz Roberto Nunes

Lorival Ferreira dos Santos

Manuel Soares Ferreira Carradita

Fernando da Silva Borges

Flavio Nunes Campos

Elency Pereira Neves

Gerson Lacerda Pistori

Mariane Khayat

Ana Maria de Vasconcellos

Helena Rosa M. da Silva Lins Coelho

Gisela R. M. de Araújo e Moraes

Edmundo Fraga Lopes

Tereza Aparecida Asta Gemignani

Ana Amarylis V. de Oliveira Gulla

Thomas Malm

Susana Graciela Santiso

Samuel Hugo Lima

Maria Cristina Mattioli

Maria Madalena de Oliveira

Suzana Monreal Ramos Nogueira

Fabio Grasselli

Erodite Ribeiro dos Santos De Biasi

Valdevir Roberto Zanardi

Dagoberto Nishina de Azevedo

Thelma Helena M. de Toledo Vieira

Manoel Carlos Toledo Filho

Antonio Francisco Montanagna

Rita de Cássia Penkal B. de Souza

Luiz José Dezena da Silva

Francisco A. da M. Peixoto Giordani

João Alberto Alves Machado

Claudinei Zapata Marques

José Otávio de Souza Ferreira

Ana Paula Pellegrina Lockmann

Roberto Nóbrega de Almeida Filho

Helcio Dantas Lobo Junior

Eder Sivers

Antonia Regina Tancini Pestana

Carlos Augusto Escanfella

Eleonora Bordini Coca

Carlos Alberto Bosco

ÓRGÃO ESPECIAL

Des. Flavio Allegretti de Campos Cooper (Presidente)
Des. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva
Des. Olga Aida Joaquim Gomieri
Des. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella
Des. Renato Buratto
Des. Henrique Damiano
Des. Luiz Antonio Lazarim
Des. José Pitas
Des. Nildemar da Silva Ramos
Des. Luiz Roberto Nunes
Des. Lorival Ferreira dos Santos
Des. Manuel Soares Ferreira Carradita
Des. Fernando da Silva Borges
Des. Gerson Lacerda Pistori
Des. Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes
Des. Edmundo Fraga Lopes
Des. Tereza Aparecida Asta Gemignani
Des. Samuel Hugo Lima
Des. Luiz José Dezena da Silva
Des. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani
Des. João Alberto Alves Machado
Des. Claudinei Zapata Marques
Des. José Otávio de Souza Ferreira
Des. Ana Paula Pellegrina Lockmann
Des. Helcio Dantas Lobo Junior

SEÇÃO DE DISSÍDIOS COLETIVOS

Des. Flavio Allegretti de Campos Cooper (Presidente)
Des. Henrique Damiano
Des. Lorival Ferreira dos Santos
Des. Flavio Nunes Campos
Des. Gerson Lacerda Pistori
Des. Ana Maria de Vasconcellos
Des. Tereza Aparecida Asta Gemignani
Des. Samuel Hugo Lima
Des. Maria Cristina Mattioli
Des. Valdevir Roberto Zanardi
Des. Antonio Francisco Montanagna
Des. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani
Des. João Alberto Alves Machado
Des. Helcio Dantas Lobo Junior

1ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

Des. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella (Presidente)
Des. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva
Des. Luiz Antonio Lazarim
Des. Luiz Roberto Nunes
Des. Manuel Soares Ferreira Carradita
Des. Elency Pereira Neves
Des. Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes
Des. Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira Gulla
Des. Erodite Ribeiro dos Santos De Biasi
Des. Dagoberto Nishina de Azevedo
Des. Thelma Helena Monteiro de Toledo Vieira
Des. Claudinei Zapata Marques
Des. Ana Paula Pellegrina Lockmann

2ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

Des. José Pitas (Presidente)
Des. Renato Buratto
Des. Nildemar da Silva Ramos
Des. Mariane Khayat
Des. Helena Rosa Mônaco da Silva Lins Coelho
Des. Suzana Monreal Ramos Nogueira
Des. Manoel Carlos Toledo Filho
Des. José Otávio de Souza Ferreira
Des. Roberto Nóbrega de Almeida Filho
Des. Eder Sivers
Des. Antonia Regina Tancini Pestana
Des. Carlos Augusto Escanfella
Des. Eleonora Bordini Coca

3ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

Des. Fernando da Silva Borges (Presidente)
Des. Maria Cecília Fernandes Álvares Leite
Des. Olga Aida Joaquim Gomieri
Des. Edmundo Fraga Lopes
Des. Thomas Malm
Des. Susana Graciela Santiso
Des. Maria Madalena de Oliveira
Des. Fabio Grasselli
Des. Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza
Des. Luiz José Dezena da Silva
Des. Carlos Alberto Bosco

1ª TURMA

Primeira Câmara

Des. Luiz Antonio Lazarim (Presidente da 1ª Câmara)
Des. Tereza Aparecida Asta Gemignani
Des. Maria Cristina Mattioli

Segunda Câmara

Des. José Otávio de Souza Ferreira (Presidente da Turma e da 2ª Câmara)
Des. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella
Des. Mariane Khayat
Des. Helena Rosa Mônaco da Silva Lins Coelho
Des. Susana Graciela Santiso

2ª TURMA

Terceira Câmara

Des. Edmundo Fraga Lopes (Presidente da 3ª Câmara)
Des. José Pitas
Des. Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira Gulla
Des. Helcio Dantas Lobo Junior
Des. Antonia Regina Tancini Pestana

Quarta Câmara

Des. Rita de Cássia Penkal B. de Souza (Presidente da Turma e da 4ª Câmara)
Des. Dagoberto Nishina de Azevedo
Des. Manoel Carlos Toledo Filho
Des. Luiz José Dezena da Silva
Des. Eleonora Bordini Coca

3ª TURMA

Quinta Câmara

Des. Gisela R. M. de Araújo e Moraes (Presidente da Turma e da 5ª Câmara)
Des. Lorival Ferreira dos Santos
Des. Ana Maria de Vasconcellos
Des. Samuel Hugo Lima
Des. Maria Madalena de Oliveira

Sexta Câmara

Des. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani (Presidente da 6ª Câmara)
Des. Henrique Damiano
Des. Ana Paula Pellegrina Lockmann
Des. Roberto Nóbrega de Almeida Filho

4ª TURMA

Sétima Câmara

Des. Renato Buratto (Presidente da 7ª Câmara)
Des. Luiz Roberto Nunes
Des. Manuel Soares Ferreira Carradita
Des. Carlos Augusto Escanfella
Des. Carlos Alberto Bosco

Oitava Câmara

Des. Erodite Ribeiro dos Santos De Biasi (Presidente da Turma e da 8ª Câmara)
Des. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva
Des. Flavio Allegretti de Campos Cooper
Des. Thomas Malm
Des. Claudinei Zapata Marques

5ª TURMA

Nona Câmara

Des. Gerson Lacerda Pistori (Presidente da Turma e da 9ª Câmara)
Des. Nildemar da Silva Ramos
Des. Elency Pereira Neves
Des. Suzana Monreal Ramos Nogueira
Des. Thelma Helena Monteiro de Toledo Vieira

Décima Câmara

Des. Fabio Grasselli (Presidente da 10ª Câmara)
Des. Fernando da Silva Borges
Des. Valdevir Roberto Zanardi
Des. Antonio Francisco Montanagna
Des. João Alberto Alves Machado

6ª TURMA

Décima Primeira Câmara

Des. Eder Sivers (Presidente da Turma e da 11ª Câmara)
Des. Maria Cecília Fernandes Álvares Leite
Des. Olga Aida Joaquim Gomieri
Des. Flavio Nunes Campos

JUIZES TITULARES DE VARA DO TRABALHO

Em 15.4.2013

<u>Nome</u>	<u>Vara do Trabalho</u>	<u>Nome</u>	<u>Vara do Trabalho</u>
Fabio Allegretti Cooper	6ª Ribeirão Preto	Cláudia Cunha Marchetti	Sumaré
Luciane Storel da Silva	Itatiba	Olga Regiane Pilegis	8ª Campinas
Ricardo Antonio de Plato	2ª Jundiá	Julio Cesar Roda	Araras
Maria Inês Corrêa de C. César Targa	2ª Paulínia	Jorge Antonio dos Santos Cota	7ª Campinas
Fábio Prates da Fonseca	Aparecida	Eliana Felix Batista	Presidente Venceslau
Paulo Augusto Ferreira	Batatais	Tárcio José Vidotti	4ª Ribeirão Preto
José Carlos Ábile	2ª Lençóis Paulista	Oséas Pereira Lopes Junior	1ª Paulínia
Rosemeire Uehara Tanaka	Campo Limpo Paulista	Walney Quadros Costa	2ª Ribeirão Preto
Jorge Luiz Souto Maior	3ª Jundiá	Ronaldo Oliveira Siandela	Piedade
João Batista da Silva	2ª Taubaté	Wilson Pocidonio da Silva	Bragança Paulista
Luiz Felipe Paim da Luz Bruno Lobo	4ª Campinas	Flávio Gaspar Salles Vianna	6ª Campinas
Orlando Amâncio Taveira	Caçapava	Levi Rosa Tomé	Ourinhos
Keila Nogueira Silva	2ª Marília	Claudia Giglio Veltri Corrêa	1ª São Carlos
Edison dos Santos Pelegrini	1ª Bauru	Marco Antonio Macedo André	4ª Sorocaba
Larissa Carotta M. da Silva Scarabelim	1ª Jundiá	Marco Antonio de Souza Branco	1ª Assis
Mari Angela Pelegrini	Rancharia	Maurício Takao Fuzita	3ª Araçatuba
Maria da Graça Bonança Barbosa	5ª S. José dos Campos	Luís Fernando Lupato	Ubatuba
Ricardo Regis Laraia	11ª Campinas	Amauri Vieira Barbosa	Cajuru
Eliane de Carvalho Costa Ribeiro	Hortolândia	Wellington César Paterlini	2ª Sertãozinho
Renan Ravel Rodrigues Fagundes	Santa Bárbara D'Oeste	André da Cruz e Souza Wenzel	Lorena
Wilton Borba Canicoba	3ª Campinas	Sérgio Milito Barêa	Taquaritinga
Andrea Guelfi Cunha	4ª Jundiá	Roberto Nicácio	Caraguatatuba
Edna Pedroso Romanini	Mogi Mirim	José Roberto Dantas Oliva	1ª Presidente Prudente
Regina Dirce Gago de Faria Monegatto	Atibaia	Marcelo Carlos Ferreira	Salto
Silnei Garrido Lage	Olímpia	Renê Jean Marchi Filho	1ª Sertãozinho
Hélio Grasselli	1ª São José do Rio Preto	José Roberto Thomazi	1ª Jau
Marcelo Garcia Nunes	4ª São José dos Campos	Hamilton Luiz Scarabelim	Itu
Marcos da Silva Pôrto	5ª Ribeirão Preto	Wagner Ramos de Quadros	1ª Catanduva
Rita de Cássia Scagliusi do Carmo	10ª Campinas	Jaide Souza Rizzo	Birigüi
Adriene Sidnei de M. David Diamantino	2ª Piracicaba	André Augusto Ulpiano Rizzardo	12ª Campinas
Marcelo Magalhães Rufino	3ª São José do Rio Preto	João Vieira de Moraes	2ª Jaboticabal
Jorge Luiz Costa	1ª Franca	Luiz Antonio Zanqueta	Lins
Margarete Aparecida Gulmaneli Solcia	2ª Catanduva	Luciana Moro Loureiro	Leme
Antonia Sant'Ana	3ª São José dos Campos	Roberta Jacopetti Bonemer	3ª Ribeirão Preto
Ana Cláudia Torres Vianna	2ª Campinas	Robson Adilson de Moraes	5ª Campinas
Scynthia Maria Sisti Tristão	Tanabi	Dora Rossi Góes Sanches	2ª São José dos Campos
Cinthia Maria da Fonseca Espada	Garça	José Antonio Ribeiro de Oliveira Silva	2ª Araraquara
Mônica Aiex	1ª Marília	Flávio Landi	Itapira
Renato Henry Sant'Anna	1ª Ribeirão Preto	Marina de Siqueira Ferreira Zerbinatti	São Roque
Carlos Eduardo Oliveira Dias	1ª Campinas	Renato de Carvalho Guedes	1ª Limeira
Adelina Maria do Prado Ferreira	1ª Lençóis Paulista	Firmino Alves Lima	2ª Sorocaba
Regiane Cecília Lizi	Pederneiras	Inez Maria Jantália	Itanhaém
Maria de Fátima Vianna Coelho	9ª Campinas	Eliana dos Santos Alves Nogueira	2ª Franca

Nome	Vara do Trabalho	Nome	Vara do Trabalho
Sandra de Poli	1ª Jacareí	Arilda Cristiane Silva de Paula Calixto	Cravinhos
Guilherme Guimarães Feliciano	1ª Taubaté	Cássia Regina Ramos Fernandes	1ª São José dos Campos
Rosana Fantini	2ª Jacareí	Júlio César Marin do Carmo	2ª Jaú
Renata dos Reis D'Ávila Calil	Capivari	José Eduardo Bueno de Assumpção	Pirassununga
Maria Angélica Mineto Pires	Indaiatuba	Denise Ferreira Bartolomucci	Pindamonhangaba
Juliana Benatti	2ª Limeira	Andreia de Oliveira	Guaratinguetá
Luciana Nasr	1ª Americana	Alzeni Aparecida de Oliveira Furlan	Tietê
Ana Cláudia Pires Ferreira de Lima	4ª Bauru	Alessandro Tristão	Fernandópolis
Alexandre Vieira dos Anjos	São José do Rio Pardo	Alvaro dos Santos	Rio Claro
Gisele Pasotti Fernandes Flora Pinto	2ª Bauru	Sandro Valério Bodo	Botucatu
Marcelo Schmidt Simões	Itapeva	Nelma Pedrosa G Sant'Anna Ferreira	2ª Assis
Fernanda Cavalcanti Varzim Gaetano	Bebedouro	Marcus Menezes Barberino Mendes	Tatuí
Maria Cristina Brizotti Zamunér	1ª Sorocaba	Gislene Aparecida Sanches	Cruzeiro
Mauro César Luna Rossi	Capão Bonito	Adhemar Prisco da Cunha Neto	1ª Araçatuba
Walter Gonçalves	3ª Sorocaba	Tânia Aparecida Claro	3ª Araraquara
José Guido Teixeira Júnior	Itararé	Alcione Maria dos Santos Costa Gonçalves	2ª Araçatuba
Kátia Liriam Pasquini Braiani	2ª Presidente Prudente	Pedro Edmilson Pilon	Jales
Cristiane Montenegro Rondelli	2ª Americana	Valdir Rinaldi Silva	Registro
Eliane Aparecida Aguado Moreno	Itapetininga	Isabela Tófano de Campos L. Pereira	2ª São Carlos
André Luiz Alves	3ª Bauru	Renato da Fonseca Janon	Matão
Ismar Cabral Menezes	1ª Jaboticabal	Luciana Caplan de Argenton e Queiroz	Teodoro Sampaio
Leandra da Silva Guimarães	Amparo	Márcia Cristina Sampaio Mendes	Orlândia
Patrícia Glugovskis Penna Martins	3ª Piracicaba	Kathleen Mecchi Zarins Stamato	São João da Boa Vista
Lúcia Zimmermann	São Sebastião	Andréia Alves de Oliveira Gomide	São Joaquim da Barra
Luís Rodrigo Fernandes Braga	1ª Piracicaba	José Antônio Gomes de Oliveira	Votuporanga
Laura Bittencourt Ferreira Rodrigues	Mogi Guaçu	Valéria Cândido Peres	1ª Araraquara
Adriana Fonseca Perin	2ª São José do Rio Preto	Daniela Renata Rezende Ferreira Borges	Barretos
Ana Paula Alvarenga Martins	Porto Ferreira	Alan Cezar Runho	Penápolis
Evandro Eduardo Maglio	Mococa	Eucymara Maciel Oliveto Ruiz	Adamantina
Júlio César Trevisan Rodrigues	4ª São José do Rio Preto	Fernanda Cristina de Moraes Fonseca	Itápolis
Pedro Marcos Olivier Sanzovo	Tupã	Daniela Macia Ferraz Giannini	Sta Cruz do Rio Pardo
Alexandre Garcia Muller	José Bonifácio	Marcelo Bueno Pallone	Dracena
Léo Minoru Ozawa	Avaré	Renato César Trevisani	Ituverava

JUÍZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS

Em 15.4.2013

<u>Nome</u>	<u>Circunscrição</u>	<u>Nome</u>	<u>Circunscrição</u>
Paulo Cesar dos Santos	São José dos Campos	Maria Flávia Roncel de Oliveira Alaite	Ribeirão Preto
Fernando Lucas Uliani M dos Santos	Campinas	Alexandre Alliprandino Medeiros	Ribeirão Preto
Henrique Macedo Hinz	Campinas	Sidney Xavier Rovida	Araçatuba
Wilson Candido da Silva	São José dos Campos	Wellington Amadeu	São José dos Campos
Conceição Ap Rocha de Petribu Faria	S José do Rio Preto	Carlos Roberto Ferraz de Oliveira Silva	Bauru
Mônica Muniz Barretto Volasco Foschi	Ribeirão Preto	João Dionísio Viveiros Teixeira	Campinas
Decio Umberto Matoso Rodovalho	Campinas	Débora Wust de Proença	São José dos Campos
Antonia Rita Bonardo	Campinas	Cecy Yara Tricca de Oliveira	Campinas
Marcos Roberto Wolfgang	Presidente Prudente	Marco Antonio Folegatti de Rezende	São José dos Campos
Azael Moura Junior	Campinas	Carmen Lucia Couto Taube	São José dos Campos
Carlos Eduardo Vianna Mendes	São José dos Campos	João Batista de Abreu	São José dos Campos
Cleber Antonio Grava Pinto	Araçatuba	Clóvis Victório Júnior	Araçatuba
Afrânio Flora Pinto	Bauru	André Luiz Menezes Azevedo Sette	Campinas
João Baptista Cilli Filho	Ribeirão Preto	Artur Ribeiro Gudwin	Campinas
Rosana Alves Siscari	Campinas	Cristiane Kawanaka de Pontes	Campinas
Rodrigo Penha Machado	Ribeirão Preto	Lenita Aparecida Pereira Corbanez	Campinas
Marcelo Siqueira de Oliveira	Bauru	Christina Feuerharmel	Campinas
Candy Florencio Thomé	São José dos Campos	Maurício Matsushima Teixeira	Sorocaba
Lucineide Almeida de Lima Marques	Bauru	Solange Denise Belchior Santaella	Campinas
Sandra Maria Zironi	São José do Rio Preto	Saint-Clair Lima e Silva	Campinas
Sidney Pontes Braga	São José do Rio Preto	Ronaldo Capelari	Campinas
Elen Zoraide Mólodo Jucá	Araçatuba	Mauricio Bearzotti de Souza	Campinas
Ana Maria Eduardo da Silva	Sorocaba	Adriana Custódio Xavier de Camargo	Campinas
Cláudio Issao Yonemoto	Presidente Prudente	Salete Yoshie Honma Barreira	Campinas
Regina Rodrigues Urbano	Campinas	Vinicius Magalhães Casagrande	Sorocaba
Manoel Luiz Costa Penido	São José dos Campos	Aparecido Batista de Oliveira	Sorocaba
Paulo Bueno Cordeiro de A Prado Bauer	Bauru	André Luiz Tavares de Castro Pereira	Campinas
Ana Paula Silva Campos Miskulin	São José do Rio Preto	Leticia Gouveia Antonioli	Campinas
Déborah Beatriz Ortolan Inocêncio Nagy	Sorocaba	Antonio Carlos Cavalcante de Oliveira	Araçatuba
Teresa Cristina Pedrasi	Campinas	Mauro César Moreli	São José do Rio Preto
Diovana Bethânia O Inocêncio Fabreti	Sorocaba	Ricardo Luis Valentini	Ribeirão Preto
Priscila de Freitas Cassiano Nunes	São José dos Campos	Rogério Princivalli da Costa Campos	São José dos Campos
Ana Flávia de Moraes Garcia Cuesta	Campinas	Paulo Eduardo Belloti	Sorocaba
Ana Maria Garcia	Ribeirão Preto	Roberto dos Santos Soares	São José dos Campos
José Antonio Dosualdo	Campinas	Sérgio Polastro Ribeiro	Bauru
Rodarte Ribeiro	São José do Rio Preto	Rosana Nubiato Leão	Araçatuba
Suzeline Longhi Nunes de Oliveira	Araçatuba	Tony Everson Simão Carmona	Sorocaba
Alexandre Chedid Rossi	Sorocaba	Rodrigo Adelio Abrahão Linares	São José dos Campos
Maurício de Almeida	Bauru	Paulo Henrique Coiado Martinez	Ribeirão Preto
Flávio Henrique Garcia Coelho	Bauru	Eduardo Souza Braga	Ribeirão Preto
Andréa Maria Pfrimer Falcão	Ribeirão Preto	Mércio Hideyoshi Sato	Campinas
Denise Santos Sales de Lima	Ribeirão Preto	Camila Moura de Carvalho	Campinas
Ana Lucia Cogo Casari Castanho Ferreira	Campinas	Alexandre Klimas	São José dos Campos

<u>Nome</u>	<u>Circunscrição</u>	<u>Nome</u>	<u>Circunscrição</u>
Siumara Junqueira de Oliveira	São José dos Campos	Andressa Venturi da Cunha Weber	Ribeirão Preto
Carlos Alberto Frigieri	Ribeirão Preto	Elias Terukiyo Kubo	São José dos Campos
Milena Casacio Ferreira Beraldo	Campinas	Sofia Lima Dutra	Campinas
Camila Ceroni Scarabelli	Campinas	Gothardo R Backx Van Buggenhout	São José dos Campos
Thiago Henrique Ament	Campinas	Luciene Pereira Scandiuci Ridolfo	Campinas
Fabio Natali Costa	Ribeirão Preto	Alessandra Regina Trevisan Lambert	Campinas
Newton Cunha de Sena	Campinas	Breno Ortiz Tavares Costa	Bauru
Polyanna Sampaio C. da Silva Santos	Ribeirão Preto	Guilherme Alves dos Santos	Ribeirão Preto
Amanda Barbosa	Ribeirão Preto	Cláudia Bueno Rocha Chiuzuli	Ribeirão Preto
Maria Teresa de Oliveira Santos	Ribeirão Preto	Danielle Guerra Florentino Lopes	São José dos Campos
Taciana Orlovicin Gonçalves Pita	Ribeirão Preto	Erika Ferrari Zanella	Sorocaba
Arthur Albertin Neto	Araçatuba	Luciane Cristina Muraro de Freitas	Campinas
Marcelo Chaim Chohfi	Campinas	Tatiana de Bosi e Araujo	Campinas
Patrícia Maeda	Campinas	Pablo Souza Rocha	Campinas
Edson da Silva Junior	Bauru	Karine Vaz de Melo Mattos Abreu	Campinas
Renato Ferreira Franco	São José do Rio Preto	Reginaldo Lourenço Pierrotti Junior	Campinas
Mariângela Fonseca	Bauru	Leonardo Kayukawa	Bauru
Luciano Brisola	Sorocaba	Daniele Comin Martins	Bauru
Rogério José Perrud	Presidente Prudente	Gustavo Triandafelides Balthazar	Campinas
Josué Cecato	Campinas	Viviane Maria Neves da Rocha Borges Costa	Ribeirão Preto
Ludmilla L. Evangelista Matsuguma	Campinas	Anderson Relva Rosa	Campinas
Rafael Marques de Setta	Campinas	Régis Antônio Bersanin Niedo	Presidente Prudente
Érica Escarassatte	Campinas	Bárbara Baldani Fernandes Nunes	Presidente Prudente
Luís Augusto Fortuna	Ribeirão Preto	Rosilene da Silva Nascimento	Ribeirão Preto
Ricardo Luís da Silva	Sorocaba	Wanessa Rodrigues Vieira	São José do Rio Preto
Estefânia Kelly Reami Fernandes	Campinas	Eliseu Cardozo Barcellos	São José do Rio Preto
Marcelo Luís de Souza Ferreira	Campinas	Karine da Justa Teixeira Rocha	Campinas
Andréia Nogueira Rossilho de Lima	Presidente Prudente	Edenir Barbosa Domingos	São José do Rio Preto
Evelyn Calimam S Tabachine Ferreira	Ribeirão Preto	Eliete Thomazini Perin	São José do Rio Preto
Ana Missiato de Barros Pimentel	Campinas	Adriel Pontes de Oliveira	Presidente Prudente
Luís Furian Zorzetto	Bauru	Mônica Rodrigues Carvalho	Ribeirão Preto
Patrícia Juliana Marchi Alves	Campinas	Vinícius de Miranda Taveira	Campinas
Cristiane Souza de Castro Toledo	Campinas	Camila Ximenes Coimbra	Campinas
Luiz Roberto Lacerda dos Santos Filho	Ribeirão Preto	Renato Clemente Pereira	Presidente Prudente
Lays Cristina de Cunto	Campinas	Veranici Aparecida Ferreira	Campinas
Vanessa Cristina Pereira Salomão	Campinas	Leandro Renato Catelan Encinas	São José do Rio Preto
Liana Maria Freitas de Sá Cavalcante	Campinas	Karina Suemi Kashima	Bauru
Gabriela Lenz de Lacerda	Campinas	Carolina Sferra Croffi	Campinas
Rafael Moreira de Abreu	Campinas	Renata Carolina Carbone Stamponi	Ribeirão Preto
Laura Rodrigues Benda	Campinas	José Augusto de A P Ferreira de Castilho	Ribeirão Preto
Maria Lucia Ribeiro Morando	Campinas	Bruna Müller Stravinski	Campinas
Vanessa Maria Sampaio Lopes Villanova	Araçatuba	Gustavo Zabeu Vasen	Campinas
Caio Rodrigues Martins Passos	Campinas	Grasiela Monike Knop Godinho	Campinas
Roberta Confetti Gatsios Amstalden	Campinas	Adriana Kobs Zacarias Lourenço	Ribeirão Preto
Rosério Firmo	Campinas	Sheila Spode	Ribeirão Preto
Fernanda Amabile M de Souza Gomes	São José do Rio Preto	Adriane da Silva Martins	Sorocaba
Natália Scassiotta Neves Antoniassi	Campinas	Christophe Gomes de Oliveira	São José do Rio Preto
Francieli Pissoli	Ribeirão Preto	Simone Bemfica Borges	Presidente Prudente
Patrícia Caroline Silva Abrão	Ribeirão Preto	Amanda Sarmento Gakiya	Ribeirão Preto
Zilah Ramires Ferreira Siqueira	Bauru		

SUMÁRIO

EDITORIAL

SEÇÃO ESPECIAL

Discurso de posse do Exmo. Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.....25
COOPER, Flavio Allegretti de Campos

Competência para (des)autorização de trabalho infantil, inclusive artístico, é do Juiz do Trabalho.....29
OLIVA, José Roberto Dantas

O modelo brasileiro é corporativista, pós-corporativista ou semicorporativista.....41
ALMEIDA, Renato Rua de

ARTIGOS

Doutrina Nacional

A jurisdição trabalhista constitucional no Século XXI: novas tutelas.....65
GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta

O comportamento do Juiz diante das novas tecnologias: impactos e desafios numa gestão de mudanças.....81
MATTIOLI, Maria Cristina

A reforma constitucional empreendida pela ratificação da convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência aprovada pela Organização das Nações Unidas.....93
FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da

Independência judicial *versus* poder disciplinar.....117
DANTAS, Adriano Mesquita e FELICIANO, Guilherme Guimarães

A flexibilização da jornada de trabalho e seus reflexos na saúde do trabalhador.....127
SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira

A função social da empresa e o princípio da solidariedade: instrumentos de cristalização dos valores sociais na estrutura jurídico-trabalhista.....157
WAMBIER, Luciane

Doutrina Internacional

La congruencia en el proceso laboral.....175
TOSELLI, Carlos Alberto

Relaciones laborales, teletrabajo y protección de datos personales: una aproximación desde el derecho europeo.....195
SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro A.

Trabalhos do Meio Científico

Os desafios contemporâneos e a necessária releitura dos princípios de Direito do Trabalho: princípios da irrenunciabilidade, da primazia da realidade e da continuidade.....215
GEMIGNANI, Daniel

JURISPRUDÊNCIA

2ª Seção de Dissídios Individuais243

3ª Seção de Dissídios Individuais245

Seção de Dissídios Coletivos247

Direito Material251

Direito Processual291

Direito Rural303

Execução305

ATOS NORMATIVOS

Atos Normativos311

ÍNDICE

Jurisprudência317

Onomástico329

Normas para Publicação e Submissão337

EDITORIAL

A Revista 42 do Tribunal do Trabalho de Campinas inaugura nova fase, marcada por expressivo processo de mudanças não só na parte gráfica, mas também em sua linha editorial, fruto da maturidade que está atingindo como publicação destinada a contribuir de forma decisiva para o aprimoramento do Direito do Trabalho.

A nova configuração gráfica, desenvolvida com a participação importante de nossos servidores, teve o escopo de registrar esta evolução e facilitar a leitura, num mundo marcado pela escassez de tempo para a reflexão.

O Conselho Editorial ficou enriquecido com a vinda de novos integrantes, professores de renomadas universidades europeias.

A Revista agora passa a contar com um Conselho Consultivo, que muito contribuirá para seu aperfeiçoamento.

O corpo de Pareceristas, integrantes do Conselho Técnico, também foi ampliado com a valiosa participação de novos magistrados do nosso Tribunal e professores universitários de vários países da Europa e América do Sul.

A Seção Especial abre com o Discurso de posse proferido pelo novo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho de Campinas, Desembargador Flavio Allegretti de Campos Cooper. Também publica a palestra do Juiz José Roberto Dantas Oliva sobre “Competência para (des) autorização de trabalho infantil, inclusive artístico, é do juiz do trabalho” e a palestra do advogado e professor universitário Renato Rua de Almeida sobre o tema: “O modelo sindical brasileiro é corporativista, pós-corporativista ou semicorporativista?”

A Subseção de Doutrina Nacional publica “A jurisdição trabalhista constitucional no Século XXI: novas tutelas” da lavra da Desembargadora Tereza Aparecida Asta Gemignani, “O comportamento do juiz diante das novas tecnologias: impactos e desafios numa gestão de mudanças” da Desembargadora Maria Cristina Mattioli, “A reforma constitucional empreendida pela ratificação da convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência aprovada pela Organização das Nações Unidas” de autoria do Desembargador do Paraná Ricardo Tadeu Marques da Fonseca,

“Independência judicial *versus* poder disciplinar” dos Juizes Adriano Mesquita Dantas e Guilherme Guimarães Feliciano, “A flexibilização da jornada de trabalho e seus reflexos na saúde do trabalhador” do Juiz José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva e “A função social da empresa e o princípio da solidariedade: instrumentos de cristalização dos valores sociais na estrutura jurídico-trabalhista” de Luciane Wambier.

A Subseção de Doutrina Internacional publica os artigos “La congruencia en el proceso laboral” do professor argentino Carlos Alberto Toselli e “Relaciones laborales, teletrabajo y protección de datos personales: una aproximación desde el derecho europeo” do professor espanhol Álvaro A. Sánchez Bravo.

A Subseção de Trabalhos do Meio Científico traz o artigo “Os desafios contemporâneos e a necessária releitura dos princípios de Direito do Trabalho: princípios da irrenunciabilidade, da primazia da realidade e da continuidade” escrito pelo auditor do Ministério do Trabalho Daniel Gemignani.

Como repositório oficial de jurisprudência do Tribunal traz ementas de julgados selecionados da 2ª e 3ª Seção de Dissídios Individuais e Seção de Dissídios Coletivos, além de ementas sobre Direito Material, Direito Processual, Direito Rural e Execução das decisões proferidas pelas Câmaras das Turmas.

Por derradeiro, também publica os Atos Normativos deste Regional.

A par de todas as alterações, a nova Revista do Tribunal Regional do Trabalho de Campinas mantém sua postura aberta à multiplicidade de olhares e perspectivas que o Direito do Trabalho vem desvelando, num mundo cada vez mais plural e complexo, preservando sua marca registrada como foco de resistência à precarização da condição humana nas relações trabalhistas.

Muda para abrir novos horizontes, mas em todos eles reitera o compromisso de evitar que o culto contemporâneo ao fugaz, superficial e efêmero, tenha a ousadia de tentar nos roubar o humano prazer de pensar.

Tereza Aparecida Asta Gemignani
Editora-Chefe



SEÇÃO ESPECIAL

DISCURSO DE POSSE DO EXCELENTÍSSIMO DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO*

Flavio Allegretti de Campos Cooper

Eu disse agora há pouco à Procuradora-Chefe do Ministério Público, Doutora Catarina Von Zuben, que o irmão menor sempre entrega o maior [refere-se ao discurso de seu irmão, Fábio Allegretti Cooper]. Descortinou a minha vida e contou os segredos, mas nós somos três. Tem o mais jovem ainda, somos Flavio, Fábio e Fausto.

Ontem sonhei com este momento e, após proferir o meu discurso, perguntei ao Ministro Dalazen: quanto tempo? O Ministro respondeu: “57 minutos”. Acordei suando. Era um pesadelo e uma auto advertência por amor à brevidade. Já que todas autoridades foram nominadas pelo cerimonial e também pelo nosso Presidente Buratto e, completamente impossibilitado de citar o nome de cada pessoa querida que está aqui, sintam-se cada um de vocês acolhidos no meu e no nosso coração, no coração do nosso Tribunal.

Gostaria de oferecer um brinde de palavras. Então, para o grupo que iniciará uma nova gestão comigo, para os Desembargadores com os seus projetos, anseios, para os Juízes e para todos os presentes pelo ano que se inicia, na seguinte frase: “O segredo do sucesso é a constância de propósito” (Desembargador Renato Buratto, Araraquara/SP, 9.11.2012, às 19 horas e 42 minutos). E “O futuro habita dentro de nós antes de acontecer” (Ministro João Dalazen, Brasília/DF, 11.10.2012, Seminário Trabalho Infantil, eu esqueci de registrar o horário).

Se me perguntarem como me sinto ao assumir a Presidência, eu trouxe uma foto [exibe uma foto dele mesmo, agachado, segurando uma guia com um tigre] para ilustrar exatamente o que vai dentro de mim. Meu sentimento é de pavor calmo. Trouxe outras fotografias para mostrar alguns marcos da vida profissional.

[Em seguida exibe algumas fotos e as explica]

Em 1988, fui promovido por antiguidade a Juiz Titular da Vara de São José dos Campos. Vejam que aquele lá [exibe outra foto] da primeira fileira, irreconhecível, é o Doutor Pitas, de bigode. Aquele, ao lado dele, é o Desembargador Lazarim. Tem o Pancotti... Nildemar, Vossa Excelência está um pouco escondida ali na segunda fileira, tem Dr. Damiano, Fernando Borges, Lorival; todos tomamos posse juntos, na mesma data.

*Em discurso de posse em 7.12.2012.

Na próxima fotografia, quem nos deu posse, nosso querido Presidente Pedro Benjamim Vieira. É um dos patriarcas do nosso Tribunal, um dos criadores do nosso Tribunal junto com o Ministro Pazianotto, que aqui se encontra presente também.

Aquele rapaz ali do lado é o Alex Duboc Garbellini que viria, futuramente, a ser Procurador-Chefe do Ministério Público do Trabalho e, lá na ponta, vejam o Dr. Adilson Bassalho Pereira, nosso finado Presidente, querido Presidente também.

Tomei posse como Desembargador, [exibe outra foto] no gabinete do então Presidente José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza. E depois, em posse solene no Tribunal, como já disse o Desembargador Buratto, ele foi o orador da nossa turma. Eu prefiro, ao invés de dizer que éramos jovens, éramos mais jovens.

Depois, como Diretor da Escola em 2008, resolvi fazer uma música com o Desembargador Gerson Pistori. Tinha história, tinha audiência, era a história de um trabalhador rural. Então, é um trequinho que foi resgatado lá da memória da Desembargadora Ana Paula, que puxou do baú do nosso Tribunal, e a gente vai ouvir um pouquinho [exibe um vídeo tocando violão e cantando com o Desembargador Gerson segurando o microfone, no Congresso de Juízes e Professores da Justiça do Trabalho, em Campinas/SP].

O salário da jornada
Foi promessa de ser bão
Trabalhei que nem um cão
Mas fiquei é ser ver nada

Foi precisão, não desaforo
Que fui pra cidade reclamá
Me indicaram um lugá
A que chamavam de Fôro

O juiz me recebeu
Fui atendido com paciência
E numa tal de Audiência
O meu patrão apareceu

Depois da testemunha e diligência
O juiz disse que dava a sentença
E foi na nossa presença
Essa tal de procedência

Recurso não houve não
Mas o dinheiro não veio
Pois é difícil nesse meio
Uma tal de execução

Na penúltima foto, foi quando tomei posse como Corregedor na gestão do querido amigo Desembargador Sotero, com os Desembargadores Lazarim e Zanella.

E finalmente [exibe outra foto], no dia da eleição, com outros Ex-Presidentes presentes, resolvi mostrar apenas a fotografia da nossa querida Presidente, única mulher que presidiu este Tribunal, Dra. Eliana Felipe Toledo. E este é o fim da sequência de fotografias.

Eu queria, como já se falou em família, ao invés de prestar homenagem à pessoa mais velha da minha família, quer dizer, é mais velha de idade, mas jovem de espírito. Ao invés de prestar homenagem à minha mãe, eu vou pedir que ela venha aqui para prestar homenagem a todas as mães. Ela vai dizer uns versinhos.

[Discurso da Sra. Maria Thereza Cooper]

Eu nunca recitei em público, mas como meu filho pediu muito, eu vou tentar.

Mãe.

Minha mãe era bonita,
Era toda a minha dita,
Era todo o meu amor.
Seus olhos eram suaves,
Como o gorjeio das aves
Sobre a choça do pastor.

Minha mãe era mui bela,
Eu me lembro tanto dela,
De tudo quanto era seu!
Tenho em meu peito guardadas
Suas palavras sagradas,
E os risos que ela me deu.

Minha mãe! – diz-me esta vida,
Diz-me também esta lida,
Este retrós, esta lâ:
Minha mãe! – diz-me este canto;
Minha mãe! – diz-me este pranto;
Tudo me diz – Minha mãe!

Minha mãe era bonita,
Era toda a minha dita,
Era todo o meu amor.
Seus olhos eram suaves,
Como o gorjeio das aves
Sobre a choça do pastor.

Não é uma gracinha ela? Valeu a pena.

Eu queria, antes de fazer a minha última homenagem, também eu não poderia deixar de mencionar, o professor carioca, Elieser Rosa, Desembargador já falecido, que no livro a Voz da Toga disse que “Quando um juiz se projeta é porque o seu cartório não cumpriu seu dever”. Eu fiquei muito tempo meditando, será que ele quis dizer o que disse? Será que foi um erro de impressão? No final eu concluí que o professor queria dizer alguma coisa profunda. Quando o Juiz se projeta, e eu acrescento, o Tribunal também, é porque os servidores não cumpriram o seu dever, eles foram muito além do seu dever, em horas, em dedicação, e trabalhando, muitas vezes, no final de semana. Então tudo o que nós somos, e cada Magistrado sabe disso, se deve aos seus servidores, a quem eu quero homenagear, em geral e em especial, ao meu valente gabinete.

E também, no nosso Tribunal, nós convidamos, o Presidente Buratto e eu, um grupo de servidores terceirizados que se encontram aqui na frente, ali na direita. Nós temos a Adriane, que é recepcionista do andar. Hoje nós ficamos sem recepcionista no andar. As três ascensoristas não vieram hoje, mas valeu à pena porque elas se prepararam para virem à posse. Tem a Cleonice, a Cleozineire, o Denilo, o Edilson Serafim, Eliana, Fábio, o garçom, Francisco, Eliane, Luciane Santos, Maria Helena, Nilza do Carmo Ridolfi de Souza, motoristas, cozinheiros, segurança e eu queria dizer que vocês são muito importantes para nós. Nós convivemos com vocês todos os dias, e só para exemplificar, a recepcionista do meu andar, todo o dia que eu chego, ela me dá um bilhetezinho com uma frase bíblica, e embaixo dizendo “Bom dia Doutor”, “Boa sorte Doutor”. E eu nunca lhe retribuí, nunca escrevi nada pra ela, nunca disse nada a esse respeito. Então hoje eu queria retribuir também citando, recitando, uma frase da Escritura que diz assim: “O Senhor Deus me deu uma língua erudita para que saiba, a seu tempo, dizer uma boa palavra ao cansado”. Sempre uma boa palavra, sempre ao seu tempo, e erguendo os cansados, os desanimados e os oprimidos. Essa é a nossa missão como Magistrados.

E por fim, os meus filhos e netos querem saber o que eu vou falar da mãe e da avó, não é? E esse é o momento final. E eu vou citar as palavras de um poeta argentino:

Te vi, andavas distraída pela praça de Madrid, não sei se eras anjo ou rubi, ou simplesmente te vi. Te vi, te vi, te vi, eu não queria nada, mas te vi.

Leonor, é anjo, é rubi e eu te vi.

Portanto, tocando em frente, Desembargador Buratto. Ministro Dalazen: “O futuro habita dentro de nós antes de acontecer”. “As respostas estão no vento”.

Senhores e senhoras: ao dever.

Obrigado.

COMPETÊNCIA PARA (DES)AUTORIZAÇÃO DE TRABALHO INFANTIL, INCLUSIVE ARTÍSTICO, É DO JUIZ DO TRABALHO*

José Roberto Dantas Oliva**

Enfim, o que pode fazer um homem válido e na força da idade, não será equitativo exigí-lo duma mulher ou duma criança. Especialmente a infância, – e isto deve ser estritamente observado – não deve entrar na oficina senão depois que a idade tenha desenvolvido nela as forças físicas, intelectuais e morais; do contrário, como uma planta ainda tenra, ver-se-á murchar com um trabalho demasiado, precoce, e dar-se-á cabo da sua educação.

O alerta não foi feito ontem. Data do início da última década do século XIX. Uma súplica para o mundo, do Papa Leão XIII, que consta da Encíclica *Rerum Novarum*, de 15 de maio de 1891. Em outubro de 2012 estamos ainda discutindo os malefícios do trabalho infantil, mas precisamos acreditar que logo ele será apenas fato histórico, como asseverou o ativista indiano Kailash Satyarth, indicado ao Prêmio Nobel da Paz em 2006, na conferência de abertura do Seminário **Trabalho Infantil, Aprendizagem e Justiça do Trabalho**, promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) e pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), de 9 a 11 de Outubro de 2012, no Plenário do TST em Brasília-DF, que contou com cerca de 1.600 inscritos. Trabalhemos incansavelmente para isto.

O evento, do qual tive a honra de participar como painelistas, foi definido pela Ministra do Estado da Secretaria de Direitos Humanos, Maria do Rosário Nunes, como acontecimento preparatório importante para a 3ª Conferência Mundial sobre trabalho infantil a ser realizada no Brasil em outubro de 2013.

O fato é que, em pleno século XXI, dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD 2011, do IBGE, recentemente divulgada, dá conta que no Brasil ainda existem cerca de 3,7 milhões de

*Adaptação, com acréscimos, da palestra proferida no dia 11 out.2012, no Seminário **Trabalho Infantil, Aprendizagem e Justiça do Trabalho**, realizado pelo TST e CSJT, no Plenário do TST, em Brasília-DF

Juiz Titular da 1ª VT e Diretor do Fórum Trabalhista de Presidente Prudente (TRT 15ª Região), Membro da Comissão Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e de Proteção ao Trabalho Decente do Adolescente do CSJT/TST, Mestre em Direito das Relações Sociais (subárea Direito do Trabalho) pela PUC-SP e Professor das Faculdades Integradas **Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente-SP.

crianças e adolescentes com idade compreendida entre 5 e 17 anos trabalhando, muitos em condições análogas às de escravos.

No mundo, segundo dados da OIT, são 215 milhões de explorados na mesma faixa etária.

São pessoas em peculiar condição de formação e desenvolvimento que têm seus direitos humanos elementares violados. Há mobilização planetária para tentar curar essa moléstia social, mas as dificuldades são enormes, pois tal qual vírus que se propaga com rapidez, mitos de que o trabalho precoce é bom recrudescem e são extremamente contagiosos, infectando incautos que são estimulados por mal-intencionados. Para que não virem epidemia, é necessário que permaneçamos em estado de vigília.

E a conscientização da sociedade, por meio de eventos como o que foi promovido pelo TST/CSJT, é remédio importante para o combate eficaz desse mal.

Em 2006, o Brasil assumiu, perante a OIT, o ambicioso compromisso de, até 2015, erradicar as piores formas de trabalho infantil e, até 2020, todas as formas.

O Judiciário Brasileiro tem um papel importante a cumprir, ao lado de outras instituições e organismos públicos e privados, para a consecução dos objetivos traçados. O CSJT e o TST, ao instituírem – por meio de seu Presidente, Ministro João Oreste Dalazen – uma Comissão Nacional permanente de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e de Proteção ao Trabalho Decente do Adolescente, hoje presidida pelo Ministro Lélío Bentes Corrêa, que dedicou sua vida ao tema, engajam-se à Justiça do Trabalho, definitivamente, nesta luta que é e deve ser de todos.

O propósito, neste trabalho, é discorrer sobre a competência para autorização – na verdade, mais para desautorização! – de trabalho infanto-juvenil: se do Juiz da Infância e da Juventude, como estabelecido na própria legislação trabalhista, ou do Juiz do Trabalho, como parece ser certo, notadamente após o advento da EC n. 45/2004, que ampliou consideravelmente a competência da Justiça do Trabalho para torná-la aquilo que sua própria denominação anuncia: uma Justiça de todos os trabalhadores, e não apenas de empregados (ou desempregados, como é mais comum, considerando o momento em que normalmente é procurada).

Antes de tratar da competência, porém, necessário assentar, desde logo, algumas premissas que considero fundamentais, a fim de que não haja incompreensão do que será dito:

- 1) Nenhuma autorização judicial de trabalho pode ser dada para quem ainda não completou 16 anos de idade, pois há vedação – constitucional e infraconstitucional – que resulta em absoluta impossibilidade jurídica do pedido;

2) Excepcionalmente e com garantias de proteção integral e prioritária do artista infanto-juvenil, é possível a autorização individual de trabalho inferior à idade mínima, em razão do que prevê o art. 8º da Convenção n. 138 da OIT (de modo absolutamente regrado, o que, aqui, não será debatido, dada a estreiteza do tema proposto);

3) Nenhuma autorização judicial pode ser dada para trabalho em ruas, praças e logradouros, ou quando o trabalho a ser desenvolvido for noturno, prejudicial à moralidade, insalubre, perigoso ou penoso, para quem ainda não completou 18 anos de idade, em razão de proibição – constitucional e/ou infraconstitucional –, o que configuraria, também, impossibilidade jurídica do pedido;

4) Se for aprendizagem verdadeira, não há necessidade de autorização judicial para exercê-la a partir dos catorze anos; se o trabalho não envolver riscos e não for noturno, prejudicial à moralidade, insalubre, perigoso ou penoso, também não há necessidade de autorização judicial para quem já completou 16 anos de idade. Assim, seria carecedor da ação aquele que ingressasse em juízo para pleitear autorização em quaisquer dessas situações, porquanto não teria interesse processual (fundado no binômio necessidade/ utilidade do provimento), uma vez que a Constituição e a lei já o permitem.

Diante disto, a discussão acerca da competência perderia então sua relevância, ou se cingiria à hipótese de autorização judicial para trabalho infanto-juvenil artístico? – A resposta, evidentemente, é negativa. Ainda que haja diminuição dos pedidos quando aumentar a conscientização dos malefícios do trabalho precoce, e a família, ou na sua falha a sociedade e o Estado passarem a cumprir efetivamente seu dever constitucional de proteção prioritária e integral de crianças e adolescentes (também agora de jovens, a partir da EC n. 65/2010), até para extinguir qualquer feito sem resolver o mérito – por impossibilidade jurídica ou falta de interesse processual – ou mesmo negar a autorização solicitada, há que se decidir qual seria o juiz competente, uma vez que os pedidos continuam a ser formulados em Juízo.

Aliás, dados da Relação Anual de Informações Sociais - RAIS, do Ministério do Trabalho e Emprego, apontam que, entre 2005 e 2010, 33.173 autorizações judiciais para trabalho em idade inferior à legalmente permitida teriam sido concedidas no País, sendo o Estado de São Paulo o campeão, com nada menos que 11.295 permissões. Ainda que hoje já se saiba que tais números foram inflados por empregadores inescrupulosos que declaravam falsamente a existência de alvarás na RAIS para que a contratação formal irregular de crianças e adolescentes não fosse detectada, os dados, de qualquer modo, continuam alarmantes.

Hoje, a Secretaria de Inspeção do Trabalho anuncia que faz um trabalho de varredura das empresas que declaram a existência de alvarás,

autuando os infratores que informam incorretamente a RAIS. Aliado a isto, trabalho de conscientização, sensibilização e de repressão, encetado pelo Ministério do Trabalho e Emprego, Ministério Público do Trabalho e outras instituições que integram a Rede de Proteção à Criança e ao Adolescente, propiciou redução significativa do número declarado de autorizações judiciais.

Em 2010 eram 7.421 e em 2011, 3.134 autorizações judiciais para crianças e adolescentes de 10 a 15 anos trabalharem, uma queda de 58% ou 4.287 permissões a menos que no ano anterior.

De qualquer modo, não se concebe a ideia de uma única autorização que seja fora dos estreitos limites mencionados anteriormente. O que dizer de mais de 3 mil ainda existentes?

Neste passo, uma nova questão precisa ser enfrentada.

Pedidos dessa espécie constituem o que se denomina jurisdição voluntária, que, para parte da doutrina tradicional, não seria propriamente atividade jurisdicional, mas mera administração pública de interesses - ou direitos - privados.

Perfilho, entretanto, o entendimento de que, como estabelece o próprio CPC já no seu art. 1º, a cognominada jurisdição voluntária, ao lado da contenciosa, constitui sim, parcela de jurisdição, conquanto os efeitos de uma e de outra não sejam exatamente os mesmos.

A partir desta concepção, entendo que, desde o advento da EC n. 45/2004, que ampliou substancialmente as matérias que estão afetas à apreciação da Justiça do Trabalho, não é mais do Juiz da Infância e da Juventude a competência para analisar pedidos de autorização judicial para trabalho infanto-juvenil artístico ou mesmo daqueles que, segundo a CLT, poderiam ser realizados em ruas, praças e outros logradouros por adolescentes com mais de 14 anos de idade.

Estes, como já vimos, não podem mais existir. Note-se que, primeiro, a CLT, quando os autoriza, condiciona a permissão judicial a que a ocupação seja indispensável à própria subsistência do adolescente ou à de seus pais, avós ou irmãos. Ora, só isto subverte, totalmente, o princípio da proteção integral. A família, a sociedade e o Estado é que devem proporcionar proteção prioritária e integral a crianças e adolescentes, e não impingir-lhes dever de sustento, inclusive de familiares. Outra exigência: do exercício da atividade não poderá advir prejuízo à formação moral. Como, se a rua é palco de arregimentação até mesmo para o tráfico de drogas?

Desse modo, a busca do reconhecimento de competência, como já dito - e isso implica trabalho sério de debates e discussão interna aprofundada - é mais para desautorizar do que para autorizar. Os limites, aliás, não são estabelecidos pelo Juiz, pois este jura, ao tomar posse, cumprir a Constituição Federal e as leis (as últimas, claro, desde que não colidam com princípios constitucionais, pois, aí, será lícito afastá-las).

Desde 2005, quando defendi minha dissertação de mestrado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sustento referida competência. Apresentei tese, em maio de 2006, no Congresso Nacional de Magistrados do Trabalho, promovido pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho - Anamatra, em Maceió/AL, que foi então aprovada. Hoje, esta é uma bandeira também da Anamatra.

Mais de seis anos depois, tendo de enfrentar ao longo do caminho olhares de assombro e desaprovação, sinto-me hoje em posição de relativo conforto, apesar da responsabilidade que me foi confiada. A estrada, antes esburacada, já está pavimentada. O asfalto é da mais alta qualidade. Já na abertura do Seminário, quando Sua Excelência, Ministro João Oreste Dalazen, deixou claro, como já o fizera em ocasiões anteriores, que entende ser da Justiça do Trabalho a competência, vibrei e pensei: diante do peso desta manifestação, está facilitada a minha defesa.

Também o Procurador Geral do Trabalho, Luís Antonio Camargo de Melo, dizendo não entender por que, em matéria de autorizações judiciais, magistrados da Justiça do Trabalho abrem mão de sua competência, concitou: "Não podemos abrir mão de competência ou atribuição!".

Sucederam-se no mesmo Seminário manifestações, no mesmo sentido, dos Drs. Sandra Regina Cavalcante e Rafael Dias Marques.

Diante da autoridade de tais pronunciamentos, resta-me apresentar, como pequeno contributo para reflexão de todos e na tentativa de corroborar tão lúcidas e abalizadas posições, alguns argumentos complementares, que embasam cada vez mais meu entendimento de que a competência é trabalhista.

Não se olvidou ou olvida que a CLT atribui ao "Juiz de Menores" referida competência. Nem que o art. 149 do ECA, quando trata de trabalho infantil artístico, embora se refira apenas a "autoridade judiciária" competente, sem especificá-la, estipula, no art. 146, que "a autoridade a que se refere esta Lei é o Juiz da Infância e da Juventude, ou o juiz que exerce essa função, na forma da lei de organização judiciária local".

Entretanto, mesmo antes de ingressar na análise constitucional do tema, importante lembrar que a LC n. 75, de 20.5.1993, ao tratar no art. 83 da competência do Ministério Público do Trabalho, estabelece (grifei):

Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:

[...]

III - promover a **ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho**, para defesa de **interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos**;

[...]

V - propor as **ações necessárias à defesa dos direitos e interesses dos menores**, incapazes e índios, decorrentes das relações de trabalho;

Note-se, portanto, que desde 1993, é possível afirmar, a partir da competência estabelecida ao Ministério Público do Trabalho por Lei Complementar (hierarquia superior à de leis ordinárias, como a CLT e o ECA), tanto no plano metaindividual como individual, quaisquer questões relacionadas ao trabalho envolvendo até mesmo crianças ou adolescentes são de competência da Justiça do Trabalho, tendo sido revogadas, ainda que tacitamente, disposições contrárias.

De qualquer modo, o art. 114, I, da CF, agora é de clareza solar: tratando-se de relações de trabalho (*lato* e não mais *stricto sensu*), compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações que delas se originarem. A expressão relação de trabalho deve ser entendida como continente, do qual a relação de emprego é apenas conteúdo, ou seja, gênero que comporta múltiplas espécies, sendo a relação empregatícia só uma delas.

Nada excepcionando a Carta, com ela também colidem as regras infraconstitucionais que outorgam ao Juiz da Infância e da Juventude competência para permissões de trabalho infanto-juvenil, inclusive o artístico. E vários são os motivos justificadores da referida competência.

Em primeiro lugar, estando as consequências do trabalho afetas à Justiça do Trabalho, não há o que justifique que a autorização que o precede possa ser dada por juiz que, ulteriormente, será incompetente para analisar tais efeitos.

A questão é jurídica, de lógica, envolve a necessidade de unidade de convicção e interpretação sistemática. Antes da modificação do art. 114 da CF, havia autêntica pulverização de competência em diversas matérias envolvendo inclusive trabalho infanto-juvenil. Hoje não mais. Tudo se concentra na Justiça do Trabalho. Vejamos:

1. Se antes, em razão de uma autorização judicial, se formasse apenas uma relação de trabalho e não de emprego, a competência seria da Justiça Comum Estadual ou do Distrito Federal para resolver quaisquer litígios dela decorrentes; hoje não mais, pois ainda que não haja ou se pleiteie reconhecimento de vínculo empregatício, e mesmo que tenha de recorrer ao Código Civil, é o juiz do trabalho quem solucionará todas as questões que envolverem trabalho humano individualmente prestado;

2. Caso a criança ou adolescente, no exercício de trabalho autorizado judicialmente, sofresse eventual dano – material ou moral –, se derivado de relação que não fosse empregatícia, a competência seria da

Justiça Comum Estadual e do Distrito Federal; havia, não faz muito tempo, questionamentos até sobre se seria da Justiça do Trabalho quando houvesse relação de emprego. Hoje, a teor do art. 114, VI da CF, não há dúvida que, em ambas as situações, será competente apenas a Justiça do Trabalho;

3. O contratante de pessoa em peculiar condição de desenvolvimento, criança ou adolescente, está sujeito à fiscalização e sanções administrativas por parte do Ministério do Trabalho e Emprego, conforme previsão contida nos arts. 434 e 438 da CLT; antes, qualquer insurgência a respeito teria que ocorrer na Justiça Federal. Agora, se houver penalidade administrativa imposta por órgãos de fiscalização das relações de trabalho e o contratante quiser discuti-la em Juízo, terá também de fazê-lo perante a Justiça do Trabalho, conforme art. 114, VII, da CF/1988;

4. Nos termos do inciso VIII do mesmo art. 114 da CF, a Justiça do Trabalho é competente também para a execução de ofício das contribuições previdenciárias decorrentes das sentenças que proferir, mesmo em relações de trabalho sem vínculo empregatício, quando, antes, a tarefa era da Justiça Federal;

5. Na hipótese de sofrer a criança ou adolescente acidente no trabalho, trazendo-lhe este consequências danosas, tanto materiais como morais: se antes a competência era da Justiça Estadual e do Distrito Federal, hoje, inequivocamente é da Justiça do Trabalho, conforme pacificado, aliás, pela Súmula Vinculante n. 22 do STF.

Ora, se em quaisquer destas hipóteses e até mesmo em outras não divisadas, será o Juiz do Trabalho o competente para instruir e julgar eventual ação ajuizada, não há explicação plausível para que as autorizações de trabalho que originaram tais efeitos tenham sido dadas por quem não poderá apreciá-los, não sendo razoável manter-se a competência do Juiz da Infância e da Juventude, conforme lhe atribuem textos infraconstitucionais.

Há quem assevere também que, em se tratando de jurisdição voluntária, tradicionalmente tida como administração pública de interesses (ou direitos) privados, não haveria propriamente competência a ser aferida, mas simples atribuição, que poderia ser perfeitamente do Juiz da Infância e da Juventude, conforme prevê a legislação ordinária.

Pois bem! O legislador pátrio tratou a jurisdição civil como gênero que comporta duas espécies: contenciosa e voluntária. E ao analisar, como no caso de autorização para trabalho infanto-juvenil, qual solução se lhe afigura a mais justa ou menos prejudicial, estará o juiz sim, a meu ver, exercendo parcela da jurisdição.

Assim, apesar do respeito devotado à corrente contrária, entendo, faço questão de reiterar, que estamos, em hipóteses tais, diante de autêntica jurisdição, e que esta é do Juiz do Trabalho.

Aliás, tal convicção foi externada, recentemente, pelo Conselho Nacional de Justiça e também pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Em pedidos de providências formulados pelo Ministério Público do Trabalho contra decisões judiciais e pareceres de Promotores de Justiça que resultaram nas milhares de autorizações já mencionadas para trabalho em idade inferior à mínima constitucionalmente permitida, ambos os Conselhos entenderam que a matéria não era administrativa, mas jurisdicional, não lhes cabendo, por isto, interferir.

De qualquer modo, reconhecendo a relevância da questão, e aderindo à manifestação da Conselheira Morgana Richa, o Conselheiro Jorge Hélio Chaves de Oliveira, Relator do voto condutor da v. decisão no CNJ, negou provimento ao recurso administrativo interposto contra sua decisão monocrática em que não conhecia do pedido de providências, mas recomendou aos Tribunais de Justiça que adotem medidas que visem a adequação das diretrizes pertinentes às atuações conjuntas com o Ministério Público do Trabalho, objetivando combater o trabalho infantil.

Já o CNMP, acatando à unanimidade o voto da Conselheira Sandra Lia Simón, deu procedência parcial ao Pedido de Providências, para expedir Resolução, que contempla a obrigatoriedade de o membro do Ministério Público que se manifestar favoravelmente ao trabalho de crianças e adolescentes com menos de 16 anos, encaminhar, por meio eletrônico, cópia do parecer à Comissão para Aperfeiçoamento da Atuação do Ministério Público na área da infância e juventude do CNMP.

Por entender que a matéria é jurisdicional, preocuparam-me, confesso, os pedidos de providências formulados, por neles vislumbrar precedentes perigosos para a própria sociedade e para o Estado Democrático de Direito, pois não se concebe interferência administrativa em atuação jurisdicional, que só pode ser combatida pela via do recurso às instâncias superiores.

Reconheço, sem dúvida, que o móvel dos expedientes utilizados foi nobre. Embora os fins não justifiquem os meios, porém, os resultados, inegavelmente, foram altamente satisfatórios, especialmente para a causa da abolição do trabalho infantil. Os dois Conselhos trataram o tema como matéria jurisdicional, nele não se imiscuindo diretamente, mas acabaram por adotar medidas de conscientização que, não tenho dúvida, contribuíram com a redução das autorizações já anunciada.

Acerca da competência, os temas processuais não empolgam ou sensibilizam tanto quanto questões materiais. Por vezes geram dúvidas como a de que se não seria melhor atuar de forma complementar.

Bom lembrar que estamos diante de competência absoluta, e qualquer decisão proferida por juiz materialmente incompetente, para autorizar ou negar trabalho, será nula de pleno direito. Essa a razão pela qual se torna necessário definir, de vez, de quem é a competência.

Por questão de honestidade intelectual, necessário reconhecer que o C. STJ tem decidido que a competência é da Justiça Comum. A última decisão a respeito foi proferida no final de agosto passado. Necessária, portanto, defesa jurídica intransigente com o fito de mudar a jurisprudência daquela Corte. E isto, embora de forma vagarosa, vem acontecendo.

Já houve cancelamento até de súmulas e aguarda-se, para breve, o de outras, que inserem, no âmbito da justiça comum, matérias que sabidamente são da Justiça do Trabalho, como competência para apreciar questões envolvendo processo eleitoral sindical (4), ação de cumprimento de ACT/CCT (57), contribuição sindical (222) e contribuição sindical rural pela CNA (396).

O melhor mesmo, como diz Homero Batista Mateus da Silva, Juiz do Trabalho da 2ª Região e Professor da USP, seria uma lei ordinária pôr fim à discussão sobre autorização excepcional do trabalho da criança e do adolescente.

É evidente, acrescenta ele em obra de sua autoria,

[...] que a matéria está afeta à Justiça do Trabalho, visto que seus magistrados se especializaram não somente no cotidiano das atividades profissionais, mas também nos fundamentos do direito do trabalho, incluindo-se as várias razões jurídicas, sociológicas e médicas que impedem a utilização da mão de obra infantil.¹

Nem todos, como também por ele lembrado, parecem dispostos a executar tão longo raciocínio como o que aqui expus, para se chegar à conclusão de que a competência é da Justiça do Trabalho. Entretanto, as coisas começam a mudar, como se viu no Seminário do CSJT/TST.

Aliás, em 22 de agosto de 2012, durante o Seminário Nacional para a Erradicação do Trabalho Infantil realizado conjuntamente pelo CNMP e CNJ, tive a felicidade de, por delegação da Comissão Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Trabalho decente do adolescente, defender o mesmo tema aqui exposto, no grupo 1, que tratou da Autorização Judicial para o Trabalho Infantil, e teve por Coordenador o então Juiz Auxiliar do CNJ, Nicolau Lupianhes Neto.

O Ministro Lélío Bentes Corrêa, na ocasião, proferiu conferência tratando do **Panorama Internacional sobre Trabalho Infantil** e houve, em cada grupo, a presença de um membro da Comissão Nacional do CSJT/TST, tendo sido debatidos temas da mais alta relevância. Referido seminário

¹SILVA, Homero Batista Mateus da. Curso de Direito do Trabalho Aplicado. **Justiça do Trabalho**. v. 8, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 112-115.

teve a participação de Promotores e Juízes da Infância e da Juventude de todo o País, Ministério Público do Trabalho, defensores públicos, Ministério do Trabalho e Emprego, Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e da Secretaria de Direitos Humanos.

Acerca do tema aqui abordado, duas foram as conclusões:

I. Não cabe autorização judicial para o trabalho antes da idade mínima prevista no art. 7º, do inc. XXXIII, da Constituição Federal, salvo na hipótese do art. 8º, in. I, da Convenção 138 da OIT.

II. A competência para a autorização judicial é da Justiça do Trabalho, e quando indeferida a petição inicial ou indeferido de plano o pedido, o Juiz do Trabalho observará o disposto no artigo 221 do ECA.²

Pelo que se vê, quando o Juiz do Trabalho não conceder a autorização pretendida, remeterá cópias ao Ministério Público, do Trabalho, Federal ou Estadual ou do Distrito Federal, conforme o caso, podendo se vislumbrar, aí sim, uma relação de complementaridade, pois caberá ao juiz competente, após as providências tomadas, determinar as medidas prioritárias e de proteção integral cabíveis na espécie. Tudo isto sem prejuízo de outros comunicados e/ou medidas que podem ser adotadas por toda a rede de proteção.

Por fim, a prevalecer – o que não acredito – a tese de que a jurisdição voluntária teria natureza jurídica tipicamente administrativa (e aí estaríamos diante de atribuição e não de competência jurisdicional), conquanto isto tornasse possível a apreciação de pedidos de alvarás judiciais tanto por Juízes da Infância e da Juventude como por Juízes do Trabalho, por critérios de conveniência, de unidade de convicção e de maior familiaridade com o tema, enfim, por todas as razões já expostas, penso que aos juízes do trabalho tão somente caberia analisar tais pretensões, tendo em vista que serão os únicos com competência jurisdicional para apreciar quaisquer efeitos advindos dessas autorizações.

² I ENCONTRO NACIONAL SOBRE TRABALHO INFANTIL, 22 ago. 2012, Brasília, DF. **Conclusões dos Grupos de Trabalho do Encontro Nacional sobre Trabalho Infantil.** Brasília, Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), 2012. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D398D4D8E01399D0525853348/Encontro%20Nacional%20sobre%20o%20Trabalho%20Infantil%20-%20MTE%20CNJ%20CNMP%20-%20Conclus%C3%B5es.pdf>. Acesso em: 10 out. 2012.

De qualquer forma, como já decidido reiteradas vezes pelo próprio STJ, notadamente quando aprecia conflitos entre decisões de Juízes do Trabalho, no exercício de atividade jurisdicional, e Juízes Corregedores de Registros de Imóveis, em típica atividade administrativa, a jurisdição se sobrepõe à decisão com cunho administrativo. Assim, conquanto isto possa gerar desconforto, o Juiz do Trabalho que entender que a natureza da autorização judicial seria administrativa, poderia afastá-la, por exemplo, no âmbito de uma Ação Civil Pública que visasse a coibir trabalho infantil, ainda que autorizado.

Esta é a minha singela contribuição para o debate sobre o tema.

O diretor-adjunto do Programa Internacional para Erradicação do Trabalho Infantil (IPEC), da Organização Internacional do Trabalho (OIT), Geir Myrstad identificou uma vantagem brasileira no combate ao trabalho infantil: a existência de Tribunais do Trabalho. Segundo afirmou por ocasião da conferência de encerramento do Seminário, a questão está ligada ao judiciário trabalhista, o que, a meu ver, reforça os argumentos aqui expendidos.

Por ocasião do comovente encerramento do Seminário, foi lida pelo Presidente do TST/CSJT, Ministro João Oreste Dalazen, a **Carta de Brasília**, que dentre seus 12 (doze) enunciados, traz um acerca da competência:

5. **afirmar** a competência material da Justiça do Trabalho para conhecer e decidir sobre autorização para trabalho de criança e do adolescente, nos termos do artigo 114, I, da Constituição Federal, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional 45/2004, seja ante a natureza da pretensão (labor subordinado em favor de outrem, passível, em tese, de configurar relação de trabalho), seja ante a notória e desejável especialização da matéria;³

Lembrando que a competência é mais para desautorização de trabalho infantil, inclusive artístico, indico excelente vídeo⁴, que está disponível no YouTube, - produzido por queridos alunos da graduação, e encerro com um poema nele contido do aluno Vinicius Flores Branco, um dos componentes do grupo, apresentado em Seminário interclasses sobre trabalho infantil que realizo anualmente na Faculdade de Direito da Toledo de Presidente Prudente e que cada vez mais me surpreende positivamente:

³SEMINÁRIO TRABALHO INFANTIL, APRENDIZAGEM E JUSTIÇA DO TRABALHO, 2012, Brasília, DF. **Carta de Brasília pela Erradicação do Trabalho Infantil**. Brasília: CNJT – TST, 2012. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/614d8803-2466-4408-9fcc-d82ad49a451d>. Acesso em: 10 out. 2012.

⁴BRANCO, Vinicius Flores *et al.* In: Seminário **Trabalho Infante-Juvenil**. Presidente Prudente: Faculdades integradas Antonio Eufrasio de Toledo. Vídeo. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=aqOx6bH-PWM&feature=youtu.be>. Acesso em: 10 out. 2012.

A gente fingia que era médico, doutor, jogador/
A gente sabia que ia ser o que a gente ainda não era/
Nos sonhos, quando dormia, a gente sabia decor/
Uma certeza de menino que não sabe que outro destino,
por ele espera/
Não caíra o último dente, já precisei levantar tijolo,
levantar cedo/
Faltava leite, faltava luz. O escuro é vergonha que deveria
ser velada, não fosse já, de todo, ignorada/
Quando, da boca, os dentes não mais caíam, esvaiam-se
os sonhos, em segredo/
A escola era longe, custava tempo. Viver é caro, e custa
dinheiro. Sonho não se come, então não vale nada/
Começou logo a crescer a barba. Não vale muito para
quem, já faz tempo, é homem/
Daí em diante, o tempo é fugaz, como cachaça para inebriar/
É esse, o resumo da história de um trabalhador precoce.
Brigadu doutô por me ajudá/
Essi poema não fui eu que escrevi, que não sei se rimá sei
bem. Pra mim, homi só rima com fómi.

Referências

BRANCO, Vinicius Flores, *et al.* In: Seminário trabalho Infanto-Juvenil. Presidente Prudente: Faculdades integradas Antonio Eufrasio de Toledo. **Video**. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=aqOx6bH-PWM&feature=youtu.be>. Acesso em: 10 out. 2012.

I ENCONTRO NACIONAL SOBRE TRABALHO INFANTIL, 22 ago. 2012, Brasília, DF. **Conclusões dos Grupos de Trabalho do Encontro Nacional sobre Trabalho Infantil**. Brasília, Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), 2012. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D398D4D8E01399D0525853348/Encontro%20Nacional%20sobre%20o%20Trabalho%20Infantil%20-%20MTE%20CNJ%20CNMP%20-%20Conclus%C3%B5es.pdf>. Acesso em: 10 out. 2012.

SEMINÁRIO TRABALHO INFANTIL, APRENDIZAGEM E JUSTIÇA DO TRABALHO, 2012, Brasília, DF. **Carta de Brasília pela Erradicação do Trabalho Infantil**. Brasília: CNJT - TST, 2012. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/614d8803-2466-4408-9fcc-d82ad49a451d>. Acesso em: 10 out. 2012

SILVA, Homero Batista Mateus da. Curso de Direito do Trabalho Aplicado: **Justiça do Trabalho**. v. 8, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

O MODELO SINDICAL BRASILEIRO É CORPORATIVISTA, PÓS-CORPORATIVISTA OU SEMICORPORATIVISTA

Renato Rua de Almeida*

Respondi a esta pergunta formulada pelo coordenador do 52º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho promovido pela LTr Editora e realizado em São Paulo de 25 a 27 de junho de 2012, professor Amauri Mascaro Nascimento, a quem rendi minhas homenagens, durante minha participação no 7º Painel sobre O Modelo Sindical Brasileiro, com as lições tiradas de sua vasta obra sobre direito coletivo do trabalho, mencionada ao longo da presente exposição, certamente a obra mais completa entre nós a respeito da matéria.

Acrescentei minhas próprias reflexões extraídas de longa experiência como advogado trabalhista e de sindicatos de trabalhadores, e também como professor da disciplina de direito coletivo de trabalho oferecida no curso de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Basicamente a noção do corporativismo sindical advém do fato de serem os sindicatos entes de direito público e, por essa razão, controlados pelo Estado para atingir seus objetivos políticos.

É oportuno lembrar que essa noção aplica-se não apenas aos chamados sindicatos profissionais, mas também aos sindicatos patronais, uma vez que, sendo a principal aspiração do Estado corporativo a harmonia entre as classes sociais, era imprescindível a criação de um modelo sindical simétrico representando trabalhadores e empregadores, e que fosse por ele, Estado, controlado.

No entanto, a análise presente terá por foco o sindicalismo profissional, pela sua importância histórica, política e social no Brasil.

Essa noção foi adotada pela **Carta del Lavoro** do Estado fascista italiano.

Ela foi igualmente seguida no Brasil pelo Estado Novo que resultou da Constituição de 1937, e, especialmente, pelo Decreto-lei n. 1.402, de 5.7.1939, que regulou a sindicalização brasileira inspirada na organização corporativa italiana.

*Advogado trabalhista, professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da PUC-SP e doutor em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne), membro da ANDT e do IBDSIJ.

Por definição constitucional, a partir da Constituição de 1937 o sindicato brasileiro exerceu funções delegadas do Poder Público, e, no dizer de Oliveira Viana, “toda vida das associações profissionais passará a gravitar em torno do Ministério do Trabalho: nele nascerão; com ele crescerão; ao lado dele se desenvolverão; nele se extinguirão”.

De fato, a criação de sindicato dependia do rígido quadro de enquadramento sindical elaborado pela famigerada Comissão de Enquadramento Sindical, da adoção de um estatuto padrão, e da expedição pelo então denominado Ministério do Trabalho da carta sindical. Uma vez gestado o sindicato no seio do Ministério do Trabalho, este exercia ampla interferência na sua vida, especialmente no controle das eleições sindicais. Finalmente, o Ministério do Trabalho podia intervir administrativamente nos sindicatos, afastando diretorias e nomeando juntas governativas, e, inclusive, cassando a carta sindical, sobretudo quando ideologicamente a direção sindical fugisse das diretrizes políticas governamentais.

Portanto, o modelo sindical brasileiro era perfeitamente corporativista, isto é, controlado e instrumentalizado pelo Estado, contrariando frontalmente o modelo sindical democrático consagrado pela Convenção n. 87 de 1948 da OIT, sobre a liberdade sindical.

O conceito de liberdade sindical, do qual deriva o modelo sindical democrático, foi examinado pelo grande filósofo humanista e cristão do Século XX, Jacques Maritain, inspirador da Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU de 1948, quando afirma que:

[...] a liberdade sindical deve ser entendida como a liberdade dos trabalhadores de se agruparem nos sindicatos de sua escolha, bem como a autonomia dos próprios sindicatos, que devem ser livres de se organizarem como eles preferirem sem que o Estado os possa unificar à força ou os controlar.

É interessante observar que tanto a Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU, como a Convenção n. 87 da OIT, sobre a liberdade sindical, são diplomas de 1948.

Portanto, nada melhor do que se valer do conceito do filósofo Jacques Maritain sobre a liberdade sindical, uma vez que, em razão de sua vasta obra sobre filosofia política, ele inspirou, como visto, a Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU, e, certamente, a própria Convenção n. 87 da OIT, já que este organismo internacional pertence à ONU.

Com o advento da Constituição de 1988, inspirada, por sua vez, ainda que parcialmente, na Convenção n. 87 de 1948 da OIT, sobre a liberdade sindical, o professor Amauri Mascaro Nascimento entende que, em razão do disposto no art. 8º, inciso I, do texto constitucional, “o sindicato brasileiro não deve mais ser visto como corporativista” por ter conquistado autonomia em relação ao Estado, uma vez que a lei não poderá exigir autorização prévia do Estado para a fundação do sindicato, salvo o registro no atualmente denominado Ministério do Trabalho e Emprego, cujo ato administrativo é vinculado e não discricionário - conforme decisão do STF -, sendo vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção administrativas na vida sindical.

É de se registrar que esta conquista foi fruto da luta dos trabalhadores de uma conhecida fábrica de cimento em Perus, na periferia de São Paulo, e dos metalúrgicos de São Bernardo do Campo e Diadema, que, depois de terem sofrido seus respectivos sindicatos intervenções administrativas, com o afastamento dos diretores - o então sindicalista Lula era o presidente do Sindicato dos Metalúrgicos de São Bernardo do Campo e Diadema-, reconquistaram as direções sindicais em decorrência, entre outros fatores, de denúncias por violação da liberdade sindical apresentadas contra o governo brasileiro perante o Comitê de Liberdade Sindical da OIT em Genebra. Tais denúncias foram formuladas com base em parecer jurídico por mim elaborado e depois publicado como artigo.

As referidas denúncias foram apresentadas perante a Organização Internacional do Trabalho, mesmo não tendo ainda o Brasil ratificado a Convenção n. 87 de 1948 da OIT sobre a liberdade sindical e proteção do direito de sindicalização, em razão de estar esse procedimento previsto pelo Comitê de Liberdade Sindical, uma vez que o princípio da liberdade sindical consta da Constituição da OIT, e a representação tripartite é essencial à própria existência desse organismo internacional da ONU.

Mas, mesmo por essa razão, o professor Amauri Mascaro Nascimento entende que “não se pode ainda falar em avanço do modelo de organização sindical brasileiro de corporativista para pós-corporativista”, como se já tivéssemos alcançado a plena liberdade sindical preconizada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, em seu art. 23, § 4º, e pela Convenção n. 87 da OIT, também de 1948, sobre a liberdade e proteção do direito de sindicalização.

Com efeito, a Convenção n. 87 da OIT, em seu art. 2º, prescreve que trabalhadores e empregadores, sem distinção de qualquer espécie, terão o direito de constituir, sem prévia autorização, organizações de sua própria escolha e, sob a única condição de observar seus estatutos, a elas se filiarem.

Aliás, a Convenção n. 87 de 1948 da OIT, ainda não ratificada pelo Brasil, certamente por contrariar interesses poderosos, é considerada como o primeiro tratado internacional que consagrou formalmente uma das liberdades fundamentais do homem.

Para ressaltar a importância da liberdade sindical na atualidade, a OIT, em sua Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento, adotada em 1998, a elege como tal ao lado do efetivo direito de negociação coletiva – aliás este direito é a principal consequência da liberdade sindical –, da eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório, da efetiva abolição do trabalho infantil e da eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

Por essa razão, o professor Amauri Mascaro Nascimento afirma que “o atual sistema sindical brasileiro é semicorporativista ou neocorporativista, na medida em que mescla elementos que identificam um sindicalismo de liberdade sindical com resíduos de corporativismo”.

Esses resíduos existem em função da unicidade sindical, prevista pelo art. 8º, inciso II, da CF/1988, e são representados pelo quadro de enquadramento sindical previsto pelo art. 577 da CLT - reconhecido como válido pelo STF -, e pelo sistema de categoria a priori, embora abalado com novos sindicatos não previstos no quadro oficial, porque este se mostra desatualizado face à realidade profissional e sindical no Brasil.

Em resumo, diz ainda o professor Amauri Mascaro Nascimento que atualmente possuímos “um sindicalismo semicorporativista ou neocorporativista tendo como característica mais importante a existência de sindicatos como pessoas jurídicas de direito privado atuando em um modelo de unicidade sindical”.

Aliás, o modelo de unicidade sindical convive com um pluralismo perverso, em decorrência da pulverização dos sindicatos provocada pela figura do desmembramento das categorias, sobretudo profissionais, com vistas à arrecadação da contribuição sindical obrigatória.

A questão da unicidade sindical prevista pelo art. 8º, inciso II, da Constituição de 1988, significa a vedação da criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica na mesma base territorial, sustentada compulsoriamente pela contribuição sindical prevista pelo art. 8º, inciso IV, do mesmo texto constitucional, é certamente o grande empecilho para que o nosso sistema ou modelo de organização sindical avance para um pós-corporativismo, isto é, de plena liberdade sindical, à luz da Convenção n. 87 de 1948 da OIT, em especial pelo seu art. 2º, que, como já visto, prevê o direito de se constituir sindicato de livre escolha.

Ademais, a unicidade sindical contraria ainda uma vez o filósofo Jacques Maritain, quando afirma que “o elemento pluralístico é inerente a toda sociedade verdadeiramente política”, ou como declaram Jean-Maurice Verdier e Alain Supiot, que “a pluralidade é o corolário da liberdade sindical”.

A propósito, a unicidade sindical prevista no art. 8º, inciso II, da CF de 1988, conflita com um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito brasileiro, que é o pluralismo político, consubstanciado no art. 1º, inciso V, do texto constitucional, vale dizer, o pluralismo de todo organismo social como corolário da democracia, como de resto é garantido às demais associações civis, pela dicção do art. 5º, inciso XVII, do mesmo texto constitucional.

Como consequência, a unicidade sindical faz com que o sindicato brasileiro seja muito pouco representativo e distante do local de trabalho.

Ademais, esse nosso modelo de unicidade sindical, sustentado pelo sistema da categoria a priori e pela contribuição sindical compulsória, resulta-nos um sindicalismo monopolista autoritário, com a perpetuação no poder do grupo dominante (não há limite legal no exercício do poder sindical como existe na representação dos empregados na CIPA), pelo que a alternância do poder - característica da representação democrática - não ocorre na prática, e, quando há sucessão, esta caracteriza-se por uma quase hereditariedade.

Por fim, o modelo de unicidade sindical imposto pela heteronomia da norma constitucional, sem as alternativas pluralísticas que ensejariam uma saudável concorrência pela representação sindical e, em decorrência, uma verdadeira representatividade, é repellido pela jurisprudência da OIT como antidemocrático e contrário à liberdade sindical, que só admite o monopólio de representação sindical de fato, isto é, a unidade sindical resultante da opção livre, democrática e coletiva dos trabalhadores.

Por essas razões, o nosso modelo é neocorporativista ou semi-corporativista, ou ainda, se permitirem, corporativista fora do Estado.

Esse modelo sindical enseja, como lembra o constitucionalista português José Carlos Vieira de Andrade:

[...] nas relações privadas de poder, quando uma entidade disponha de poder especial de caráter privado sobre outros indivíduos, pode ocorrer a violação dos direitos fundamentais desses indivíduos[...]

E exemplifica com os poderes dos sindicatos sobre os trabalhadores representados, quando excluem ou omitem determinados trabalhadores de sua proteção. Essa exclusão ou omissão de determinados trabalhadores da proteção sindical enseja a violação da liberdade sindical, como direito fundamental, desses trabalhadores excluídos ou omitidos pelos sindicatos que os representam.

Dois exemplos de violação dos direitos dos trabalhadores pelos próprios sindicatos que os representam ocorreram recentemente em razão da ação negativa, de um lado, de alguns sindicatos dos bancários da CUT e, do outro lado, da ação também negativa dos sindicatos dos metalúrgicos da Força Sindical do Estado de São Paulo.

Com efeito, nos anos de 1990, alguns sindicatos dos bancários filiados à CUT e espalhados pelo Brasil, sob a liderança do Sindicato dos Bancários de São Paulo, passaram a celebrar anualmente acordos coletivos de trabalho com o Banespa, que era à época uma sociedade de economia mista, estipulando o pagamento da PLR (Participação no Lucros ou Resultados) aos empregados em substituição ao recebimento de duas gratificações anuais previstas no Regulamento do Pessoal. Essas duas gratificações anuais eram pagas cada uma delas semestralmente e no valor cada qual de um salário mensal.

Ora, os empregados aposentados, por força da norma regulamentar interna, também recebiam as duas gratificações anuais.

Ocorre que os sindicatos não tiveram o cuidado de expressamente fazer constar nos acordos coletivos de trabalho que os aposentados continuariam a receber as duas gratificações anuais, ou, pelo menos, teriam o direito ao recebimento da PLR em sua substituição.

Aproveitando, ao que tudo indica, da omissão em relação aos aposentados, o Banco Santander, que sucedeu o Banespa, deixou de pagar aos aposentados tanto as duas gratificações anuais, porque foram substituídas pela PLR, como também a própria PLR, que, por definição, é, em princípio, devida somente ao pessoal da ativa.

De fato, inicialmente por meio de negociação coletiva e, posteriormente, por força da Lei n. 10.101, de 19 de dezembro de 2000, a PLR é devida, em princípio, ao pessoal da ativa.

Essa alteração negociada é explicada porque o Banespa se encontrava em processo de privatização, o que o tornaria mais atraente para ser comprado por um custo menor de encargo trabalhista.

De fato, a substituição das gratificações anuais pela PLR implicava redução dos custos da folha de pagamento, pois, na conformidade do art. 3º, da Lei n. 10.101/2000, a PLR não constitui base de incidência de qualquer encargo trabalhista.

Esses acordos coletivos de trabalho anuais foram aprovados em assembleia geral dos empregados do Banespa, porque os aposentados presentes representavam uma oposição minoritária em relação aos empregados da ativa. A aprovação pela maioria representada pelos empregados da ativa deveu-se à expectativa de manterem seus empregos com a privatização, que de fato veio a ocorrer por conta do descalabro administrativo do Banespa.

A propósito, é preciso lembrar que o Banespa, antes da privatização, sofrera intervenção do Banco Central, sendo federalizado, em razão de sua situação de insolvência e das dívidas contraídas pelo Estado de São Paulo junto à União.

Ademais, no início dos anos de 2000, esses mesmos acordos coletivos de trabalho firmados com o Banco Santander, após a privatização do Banespa ocorrida em 2001, passaram a estipular que os reajustes salariais anuais previstos pelas convenções coletivas de trabalho celebradas com os sindicatos patronais da categoria econômica dos banqueiros fossem substituídos por determinadas vantagens que, na verdade, só interessavam ao pessoal da ativa, deixando, mais uma vez, os aposentados desprotegidos e agora sem o reajuste salarial da complementação da aposentadoria.

Com efeito, em troca dos reajustes salariais anuais da categoria profissional dos bancários, o pessoal da ativa do Banco Santander, sucessor do Banespa, passou a ter estabilidade no emprego e a receber corrigido o pagamento de verbas de natureza indenizatória, tais como licença-prêmio e quinquênio, e também o pagamento corrigido de vantagens como auxílio-creche e auxílio-alimentação, sem integração na base salarial e nos direitos trabalhistas.

Ora, essas alterações negociadas em relação à substituição dos reajustes salariais pela estabilidade no emprego, em particular, além da correção de verbas de natureza indenizatória e de outras vantagens, interessavam aos chamados empregados da ativa, porque eles se encontravam, com a privatização recente, temerosos de um plano de demissão voluntária, como, aliás, ocorrera anteriormente à época do Banespa.

No entanto, essas novas condições negociadas coletivamente em substituição aos reajustes salariais, como visto, mais uma vez não beneficiaram os aposentados, já que compreendiam vantagens tipicamente devidas ao pessoal da ativa.

Portanto, os aposentados ficaram durante seis anos sem reajustes em sua complementação de aposentadoria, já que foram cinco anos de negociação coletiva em que se estabeleceu a substituição dos reajustes salariais da categoria dos bancários pelas vantagens devidas ao pessoal da ativa.

É verdade que, antes da privatização do Banespa ocorrida em 2001, este oferecera aos aposentados a opção para reajustar a complementação da aposentadoria pelo índice do IGPMI previsto pelo Banesprev - fundo de pensão dos empregados -, mas 95% de um total de quase 10 mil aposentados optaram por permanecer com o reajuste salarial da categoria profissional dos bancários, como previsto pela norma regulamentar interna, mesmo porque a opção pelo reajuste da complementação da aposentadoria pelo índice do IGPMI do Banesprev implicava a renúncia a algumas vantagens, entre elas o recebimento das duas gratificações anuais.

Ademais, os 95% dos aposentados não esperavam que, com a privatização em 2001 do Banespa pelo Banco Santander, os acordos coletivos de trabalho a partir de então firmados os excluíssem de qualquer reajuste salarial em sua complementação de aposentadoria, impondo-lhes um cruel congelamento salarial.

De fato, na conformidade da norma regulamentar, o reajuste da complementação de aposentadoria paga inicialmente pelo Banespa e depois da privatização pelo Banco Santander, seu sucessor trabalhista, dependia, pela norma regulamentar interna, do reajuste salarial efetivamente recebido pelo pessoal da ativa.

Portanto, como o pessoal da ativa teve os reajustes salariais anuais substituídos por vantagens que lhes eram próprias, os aposentados nada receberam de reajuste salarial e sofreram, como visto, um congelamento da complementação de aposentadoria, implicando a perda de 65% do poder aquisitivo, se comparado com os índices de reajuste salarial da categoria bancária.

Ora, mais uma vez em relação aos aposentados houve uma omissão da parte dos sindicatos dos bancários filiados à CUT na negociação coletiva com o Banco Santander, sucessor do Banespa, quando deveriam reivindicar lhes fosse garantido o mesmo índice do IGPDÍ do Banesprev aplicado para o reajuste da complementação da aposentaria daqueles 5% que por ele optaram, sem implicar qualquer renúncia dos direitos previstos pela norma regulamentar.

Como ocorrera na aprovação da substituição das gratificações anuais pela PLR, aqui também a maioria nas assembleias sindicais era formada pelos empregados da ativa do Banco Santander, sucessor do Banespa, que aprovaram os acordos coletivos de trabalho prevendo a substituição dos reajustes salariais da categoria profissional pelas vantagens por eles auferidas, apesar da oposição dos aposentados, que, como visto, nada receberam em troca e sofreram injusto congelamento da complementação da aposentadoria.

A complementação de aposentadoria dos aposentados - sem que até hoje tenha sido restabelecida a defasagem anterior - passou a ser reajustada recentemente por exigência da Lei Complementar n. 109/2001 (sobre o regime da previdência privada), que obrigou o Banco Santander a aplicar a todos os aposentados os índices de reajuste previstos pelo fundo de previdência chamado Banesprev, tendo, para tanto, os aposentados optado entre os índices do INPC e do reajuste salarial, este decorrente da negociação coletiva entre os sindicatos dos bancários e a Febraban, órgão sindical patronal representante dos banqueiros.

Diante dessa situação, os aposentados viram-se na necessidade de se valerem de sua associação civil para a defesa de seus direitos individuais homogêneos perante a Justiça do Trabalho.

As associações civis têm legitimidade reconhecida constitucionalmente (art. 5º, XXI, da CF/1988), podendo, quando expressamente autorizadas, representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.

Por sua vez, a Lei da Ação Civil Pública n. 7.347/1985 e a Lei do Código de Defesa do Consumidor n. 8.078/1990 prescrevem a legitimidade das associações civis, legalmente constituídas e autorizadas, para o ajuizamento de ações civis públicas em defesa dos direitos e interesses individuais homogêneos de seus filiados.

A associação civil dos chamados aposentados do Banespa (AFABESP) ingressou com várias ações civis públicas, por mim patrocinadas, perante a Justiça do Trabalho, buscando a reparação para os aposentados em razão da perda do recebimento das gratificações semestrais e em razão do congelamento da complementação de aposentadoria.

Algumas dessas ações ainda tramitam perante a Justiça do Trabalho, sendo que a específica sobre pagamento das gratificações anuais foi julgada procedente quanto ao mérito em todas as instâncias da Justiça do Trabalho, estando *sub judice* perante o STF.

A Afabesp obteve o reconhecimento de sua legitimidade concorrente aos sindicatos dos bancários para defesa dos direitos individuais homogêneos de seus representados e substituídos, em decisão memorável da 2ª Turma do TST, nos autos do processo TST-RR-42400/1998-0036-02.00, em que se pleiteou o restabelecimento do pagamento das gratificações semestrais, tendo como relator e então Presidente da Turma, Ministro Vantuil Abdala, decisão esta mantida pela SDI-1 do TST (processo n. ED-E-ED-RR-42400-13.1998.5.02.0036 e processo n. ED-E-ED-RR-424/1998-036-02-00.6), sendo relator o Ministro Augusto César Leite de Carvalho.

Essa decisão histórica do TST consagrou uma interpretação mais democrática a respeito da aplicação do art. 8º, inciso III, da CF de 1988, isto é, contrária à outra interpretação mais restritiva no sentido de que tal representação fosse exclusiva dos sindicatos, sob pena de violação do princípio da unicidade sindical, previsto pelo art. 8º, inciso II, do mesmo texto constitucional.

Ademais, a representação concorrente da associação civil em defesa dos interesses individuais homogêneos, de natureza particular ou concreta dos representados e substituídos - por já estarem os direitos reclamados previstos no ordenamento jurídico -, em nada conflita com o princípio da unicidade sindical, porquanto a exclusividade da representação sindical permanece quando se trata da defesa dos interesses coletivos em sentido estrito dos trabalhadores, de natureza geral ou abstrata, visando à melhoria das suas condições sociais por meio da negociação coletiva de trabalho (art. 8º, inciso VI, da CF/1988) e dos dissídios coletivos de natureza jurídica ou econômica (art. 114, § 2º da CF/1988, e art. 857 da CLT).

A propósito da diferença da natureza jurídica dos interesses nas relações individuais daqueles interesses nas relações coletivas, Mozart Victor Russomano afirma que “nas relações individuais, os interesses em jogo, harmonia ou confronto são, sempre, particulares ou concretos; enquanto, nas relações coletivas, se situam os interesses gerais ou abstratos de uma ou mais de uma categoria”.

Nessa mesma linha de raciocínio, António Monteiro Fernandes, examinando a autonomia coletiva profissional (dos sindicatos) e as convenções e acordos coletivos de trabalho dela resultantes, afirma que eles estabelecem “normas abstratamente endereçadas aos membros destes grupos”, em atendimento ao que denomina “interesse colectivo profissional” (interesse coletivo em sentido estrito), que “não se reduz aos mero somatório dos interesses individuais dos membros do grupo”, uma vez que estes últimos nada mais são do que os interesses individuais homogêneos.

Vê-se, portanto, que embora passassem a ter a concorrência da associação civil na defesa dos interesses individuais homogêneos dos aposentados do antigo Banespa, hoje sucedido pelo Banco Santander, em virtude da exclusão de seus direitos da proteção sindical, os sindicatos dos bancários filiados à CUT preservaram o poder sindical nas eleições gerais, já que estes aposentados representavam minoria contrária no seio da categoria profissional dos bancários.

Por outro lado, os sindicatos dos metalúrgicos do Estado de São Paulo, filiados à Força Sindical, tendo à frente o Sindicato dos Metalúrgicos de São Paulo, celebraram convenções coletivas de trabalho com sindicatos representantes das empresas dos mais diversos grupos econômicos metalúrgicos da poderosa Fiesp (Federação das Indústrias do Estado de São Paulo), excluindo da estabilidade dos acidentados até a aposentadoria os trabalhadores portadores de doença profissional, equiparada pela lei previdenciária ao acidente de trabalho.

Esse direito era assegurado há 20 anos, desde as convenções coletivas de trabalho de 1978-1979 até as convenções coletivas de trabalho de 1998-1999, tanto aos trabalhadores metalúrgicos vitimados de acidente de trabalho típico como àqueles portadores de doença profissional.

No entanto, a partir das convenções coletivas de trabalho de 1999-2001, permaneceu na norma coletiva apenas a estabilidade do acidentado até a aposentadoria para o trabalhador vítima de acidente de trabalho típico (cláusula 26-Garantia ao Empregado Afastado do Serviço Militar por Enfermidade ou Por Acidente do Trabalho Sem Perda de Capacidade Laboral, da convenção coletiva de trabalho de 1999-2001 abaixo mencionada), ficando os portadores de doença profissional com uma estabilidade provisória de 33 meses após o evento (cláusula 27-Garantia Temporária de Emprego ao Empregado Portador de Doença Profissional ou Ocupacional, da convenção coletiva de trabalho de 1999-2001 abaixo

mencionada), o que, na verdade, implicou uma ampliação da estabilidade provisória de 12 meses prevista pelo artigo 118, da Lei n. 8.213/1991, mas totalmente desvantajosa para esses trabalhadores, pois poderiam ser despedidos sem justa causa após o decurso do período estabilitário.

Aliás, essa modificação normativa resultou também prejuízo para muitos trabalhadores despedidos sem justa causa, embora portadores de doença profissional, que, por força da Orientação Jurisprudencial n. 41 da SDI-1 do TST, já tinham incorporado em seus contratos individuais, em razão do princípio da ultratividade, o direito à estabilidade do acidentado até a aposentadoria.

Esses trabalhadores despedidos sem justa causa, muitos deles faltando em média de 5 a 10 anos para se aposentarem, tiveram que ajuizar reclamações trabalhistas pleiteando sua reintegração no emprego, como ocorreu em Guarulhos, em razão de ter uma empresa metalúrgica multinacional denominada Visteon despedido em massa dezenas de trabalhadores acometidos de doença profissional, embora protegidos pela estabilidade normativa do acidentado, sob o pretexto de que na ocasião perdera o fornecimento de peças e acessórios para a empresa automobilística Honda, sua cliente, mantendo, no entanto, ao mesmo tempo, em seu quadro de empregados, outros trabalhadores não acometidos de doença profissional.

Aliás, essas despedidas vêm sendo declaradas nulas por violarem a estabilidade do acidentado prevista pela norma coletiva, em razão do princípio da ultratividade, como também por serem discriminatórias, nos termos da Lei n. 9.029/1995, em reclamações trabalhistas por mim patrocinadas perante as Varas de Trabalho de Guarulhos (como exemplos cf. processos n. 00766200641802000 e n. 008685009620065020318, ambos da 8ª Vara do Trabalho de São Paulo).

Essa mudança significativa e prejudicial para esses trabalhadores metalúrgicos portadores de doença profissional ocorreu por força de previsão de cláusula normativa das convenções coletivas de trabalho, ao passo que outra cláusula normativa dos mesmos instrumentos coletivos previa o recebimento, pelos sindicatos profissionais, de uma contribuição assistencial e anual em torno de 12% calculada sobre a folha de pagamento, observado determinado teto salarial, das empresas metalúrgicas das respectivas bases territoriais dos sindicatos patronais, a ser por elas paga, em razão da participação na negociação coletiva dos diversos sindicatos metalúrgicos das mesmas bases territoriais.

A propósito, prevê a cláusula 68 - Participação Sindical nas Negociações Coletivas, da convenção coletiva de trabalho de 1999-2001, celebrada entre a Federação dos Metalúrgicos do Estado de São Paulo e os diversos Sindicatos Metalúrgicos do Estado de São Paulo, entre eles os grandes Sindicatos de São Paulo e Mogi das Cruzes, de Guarulhos e de Osasco, e os sindicatos patronais SINDIPEÇAS, SINDIFORJA e SINPA,

representantes das diversas empresas das respectivas categorias econômicas, a seguinte redação, aliás, mantida basicamente nas convenções coletivas de trabalho dos períodos posteriores: “As empresas, às suas expensas, recolherão diretamente para a respectiva Entidade Sindical Profissional dos empregados, abrangidos por esta CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO, a título de participação sindical nas negociações coletivas, equivalente a 12% (doze por cento), em duas parcelas de 6% (seis por cento), conforme deliberação das respectivas assembleias e nas condições abaixo explicitadas...”, que compreendem a incidência sobre a folha de pagamento, respeitado determinado teto salarial.

Ora, essa previsão de financiamento sindical pela norma coletiva implica flagrante violação da Convenção n. 98 de 1949 da OIT, ratificada pelo Brasil, que, em seu art. 2º, § 2º, veda expressamente que as organizações de trabalhadores sejam também mantidas por recursos financeiros dos empregadores ou das organizações de empregadores, constituindo-se, na verdade, conduta antissindical e violadora da liberdade sindical dos trabalhadores representados.

A propósito, o Sindicato dos Metalúrgicos de São Paulo chegou a ingressar na Justiça do Trabalho com ações de cumprimento (art. 872, parágrafo único, da CLT), visando à cobrança da referida contribuição assistencial das empresas inadimplentes. Essas ações foram julgadas improcedentes na primeira instância da Justiça do Trabalho em São Paulo e tiveram confirmadas as decisões pelo TRT da 2ª Região - São Paulo, porque foi entendido que tal cobrança era inconstitucional por violação do art. 8º, inciso VI, da CF de 1988, já que a presença obrigatória dos sindicatos na negociação coletiva implica também dever de negociar, bem como por violação do art. 2º, § 2º, da Convenção n. 98, de 1949, da OIT, como visto, ratificada pelo Brasil (cf. procs. TRT/SP 02769.2003.056.02.00-7 e TRT/SP 02476.2003.039.02.00-4, ambos da 6ª Turma, com os acórdãos da lavra da desembargadora e relatora Ivani Contini Bramante).

A denominação dessa cláusula normativa (Participação Sindical nas Negociações Coletivas) foi mantida nas convenções coletivas posteriores, em torno de dois períodos seguidos, passando a ter nova denominação nas convenções coletivas dos períodos posteriores (Contribuição para Treinamento e Requalificação Profissional, Apoio à Recolocação de Pessoal e Ações Sociossindicais), menos afrontosa, mantendo-se até o momento, mas com o mesmo espírito de conduta antissindical resultante do financiamento sindical profissional por empresas empregadoras.

Portanto, vários sindicatos dos bancários da CUT no Brasil mantiveram o poder, e os sindicatos dos metalúrgicos da Força Sindical no Estado de São Paulo receberam a contribuição financeira patronal.

Teriam sucumbido às tentações respectivamente do poder e do dinheiro os chifres do Diabo, como dizia o saudoso frade dominicano

João Baptista Pereira dos Santos, do conhecido Convento Santo Alberto Magno, situado no bairro das Perdizes, em São Paulo?

Na obra do Frei dominicano João Batista Pereira dos Santos, a busca desenfreada e fria do poder foi perseguida ao longo da história pelo comunismo e a busca ambiciosa e impiedosa do dinheiro pelo capitalismo.

Na paródia presente, é de se perguntar se a busca do poder teria sido engendrada pelos vários sindicatos dos bancários da CUT, em âmbito nacional, e a busca do dinheiro pelos sindicatos dos metalúrgicos do Estado de São Paulo pertencentes à Força Sindical.

Vê-se, desta forma, que os sindicatos de trabalhadores brasileiros exercem um poder de representação sem legitimidade, por força da unicidade sindical e por serem sustentados pela contribuição sindical compulsória, hoje orçada em R\$1.6 bilhões de reais anuais, além, em alguns casos, do financiamento pago pelas empresas, em prejuízo dos trabalhadores representados, e, ainda, por repasses do Ministério do Trabalho e Emprego de verbas para o custeio de programas de educação dos trabalhadores.

A propósito, apesar da natureza parafiscal da contribuição sindical, a teor da inteligência do art. 149 da CF de 1988, a sua aplicação pelos sindicatos não vem sofrendo nenhum controle externo, a não ser internamente dos próprios órgãos colegiados sindicais.

É de se lembrar que o então presidente Lula, ao sancionar a Lei n. 11.648/2008, que criou as centrais sindicais, houve por bem vetar a emenda aprovada pelo Congresso Nacional no sentido de que as contas sindicais deveriam ser fiscalizadas pelo Tribunal de Contas da União (TCU).

O pretexto do veto foi de que, com o controle das contas pelo TCU, haveria interferência do Estado na vida sindical, o que conflitaria com o disposto no art. 8º, inciso I, do texto constitucional, quando, na verdade, o veto é contraditório, já que, sendo a contribuição sindical de natureza parafiscal, o interesse público - acima do interesse corporativo sindical - exige que o sistema tributário nacional faça o controle da destinação desse tributo. Ademais, é sabido que, sendo o atual modelo de organização sindical brasileiro semicorporativista, e não de plena liberdade sindical, ele convive com esse resquício corporativista, que compreende o **bônus** do dinheiro público fácil e também deveria compreender o **ônus** do seu controle público externo.

Por essa razão, nesse final de 2012, são 10.038 sindicatos de trabalhadores com registro ativo no Ministério do Trabalho e Emprego (esse número representa 67,71% de um total de 14.826 sindicatos, dos quais 4.788 são sindicatos patronais, isto é, 32,29% do total, lembrando-se que os sindicatos patronais também são favorecidos pela contribuição sindical compulsória), dando a falsa impressão de que os trabalhadores brasileiros estariam muito bem representados pelo grande número de sindicatos em

atividade, quando se sabe que esse número está relacionado à ferrenha disputa pelo volume da arrecadação da contribuição sindical compulsória e pelo repasse de verbas públicas para programas de educação.

Felizmente, a fúria arrecadatória dos sindicatos brasileiros tem sido refreada pela atuação exemplar do Ministério Público do Trabalho no exercício de suas prerrogativas em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e, em particular, dos interesses sociais e individuais indisponíveis dos trabalhadores de não verem seus salários sofrerem descontos de contribuições sindicais quando não filiados ao respectivo sindicato da categoria profissional, salvo a contribuição sindical obrigatória por estar prevista em lei (art. 8º, inciso IV, *in fine*, da CF/1988).

Em última análise, a proteção dos trabalhadores não filiados a sindicatos de não sofrerem descontos para contribuições sindicais em seus salários encontra fundamento no art. 8º, inciso V, da CF/1998, que garante a liberdade individual de filiar-se ou desfiliar-se a sindicato.

De fato, o Ministério Público do Trabalho tem sido implacável na defesa desse direito fundamental do trabalhador, ingressando com ações anulatórias ou ações civis públicas, quando pleiteia a anulação de cláusulas normativas de convenções ou acordos coletivos de trabalho que prescrevem a obrigatoriedade do desconto de contribuições sindicais de trabalhadores não filiados ao sindicato da respectiva categoria profissional.

Foi, sem dúvida, como resultado sobretudo das medidas judiciais tomadas pelo Ministério Público do Trabalho que, primeiramente a Justiça do Trabalho, por força do Precedente Normativo n. 119 e da Orientação Jurisprudencial n. 17 da SDC, ambos do TST, e, posteriormente, o STF, por força da Súmula n. 666, chegaram à conclusão de que “a contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo”.

Essas medidas judiciais do Ministério Público do Trabalho fizeram com que a Justiça do Trabalho, pelo TST, também se posicionasse com fundamento igualmente no Precedente Normativo n. 119 e na Orientação Jurisprudencial n. 17 da SDC, no sentido de que a chamada contribuição assistencial prevista em instrumentos normativos coletivos só alcançasse os filiados ao sindicato respectivo, não atingindo os salários dos não-sindicalizados.

Mas, por outro lado, em sentido oposto ao adotado pelo Ministério Público do Trabalho em defesa da liberdade sindical, alguns Tribunais do Trabalho, em especial o de São Paulo, insistem em manter o poder normativo da Justiça do Trabalho, afastando os sindicatos de sua principal função, que é a negociação coletiva, malgrado a exigência do comum acordo como pressuposto processual para o ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica, previsto pelo art. 114, § 2º, do texto constitucional.

Portanto, esse comportamento de alguns Tribunais do Trabalho acaba favorecendo a manutenção do poder sindical sem legitimidade no Brasil em prejuízo dos trabalhadores representados, uma vez que os sindicatos não se esmeram em lutar por uma verdadeira representatividade em função da negociação coletiva, já que as normas coletivas são garantidas pelo poder normativo da Justiça do Trabalho.

A afirmação do pressuposto processual do comum acordo para o ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica faria com que a decisão normativa do conflito tivesse natureza de arbitragem pública, correspondendo efetivamente ao exercício do poder jurisdicional da Justiça do Trabalho.

Atenderia, desta forma, à dicção do art. 114, § 2º, da CF/1988, com a redação dada pela EC n. 45 de 2004, ao dispor que à Justiça do Trabalho, ao apreciar e julgar o dissídio coletivo de natureza econômica, compete decidir o conflito e não estabelecer normas e condições como constava do texto constitucional anterior.

Ademais, o comum acordo como pressuposto processual para o ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica não implica a concordância das partes quanto ao mérito, mas apenas a busca da solução jurisdicional para decidir o conflito, uma vez que cada parte apresenta sua proposta final, a ser arbitrada publicamente pela Justiça do Trabalho.

Essa posição de alguns Tribunais do Trabalho em insistir na manutenção do poder normativo da Justiça do Trabalho - na verdade extinto (Pedro Carlos Sampaio Garcia e Renato Rúa de Almeida) -, parte da interpretação equivocada de que o pressuposto processual para o ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica seria inconstitucional por violar o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional previsto pelo art. 5º, inciso XXXV, da CF de 1988, quando, na verdade, trata-se de apenas mais um pressuposto processual a ser atendido ao lado de outros, sem impedir o direito propriamente dito de ajuizamento da ação.

A propósito, o Parecer n. 5.026 do Procurador Geral da República já foi exarado pela improcedência nos autos do processo da Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 3.432-4/600-DF, em que se pleiteia a declaração de inconstitucionalidade do pressuposto do comum acordo para o ajuizamento do dissídio coletivo de natureza econômica, previsto pelo art. 114, § 2º, da CF de 1988, aguardando-se a decisão final do STF.

Em conclusão, pelas razões acima expostas, a resposta à pergunta formulada no 52º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho promovido pela LTr. Editora, por seu coordenador, professor Amauri Mascaro Nascimento, deve ser dada no sentido de que o modelo sindical brasileiro é semicorporativista ou neocorporativista, ainda distante do modelo pós-corporativista ou da liberdade sindical plena consagrada internacionalmente.

Viu-se como é difícil a mudança do modelo sindical brasileiro semicorporativista ou neocorporativista, em razão dos fortes interesses que seriam contrariados.

A propósito dessa dificuldade, o Conselho Federal da OAB rejeitou, no processo n. 2007.29.01997-01, o pedido formulado por militantes sindicais e advogados do Estado de São Paulo, com a minha participação, e apoiado pelo professor Fábio Konder Comparato, que à época era presidente da Comissão de Defesa da República e da Democracia da OAB, para que fossem autorizadas audiências públicas tendo em vista a discussão sobre a possibilidade do patrocínio de envio ao Congresso Nacional de proposta de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da CF de 1988, para a aprovação da Convenção n. 87 de 1948, da OIT, sobre a liberdade sindical, consagrada como liberdade pública e direito humano.

A decisão do Conselho Federal da OAB, ao rejeitar o pedido de realização de audiências públicas – depois de mais de três anos de tramitação - foi no sentido de não o conhecer por entender tratar-se de matéria que não seria da sua competência, como se fosse possível aos advogados brasileiros deixar de discutir se a norma constitucional brasileira positivou ou não como direito fundamental a liberdade sindical consagrada como direito humano por tratados e convenções internacionais.

Por outro lado, o primeiro governo do então presidente Lula, após instalar o Fórum Nacional do Trabalho, do qual resultou uma proposta de reforma sindical, enviou ao Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição-PEC 369/2005, dando nova redação aos arts. 8º, 11, 37 e 114 da CF de 1988.

A referida PEC 369/2005 continua tramitando, depois de sete anos, no Congresso Nacional, com parecer favorável de admissibilidade do relator, deputado Moreira Mendes, encontrando-se à espera do parecer da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC).

A última informação que se tem da tramitação da PEC 369/2005 é que ela foi devolvida a pedido da CCJC, em 26.10.2011, para o reexame da matéria pelo relator.

Parece não haver vontade política governamental em apressar a tramitação da PEC 369/2005, talvez em razão da necessidade de formação da base partidária de sustentação no Congresso, tida como heterogênea e certamente sem consenso a respeito da questão sindical.

Essa situação ocorre em razão do nosso presidencialismo de coalizão, que é fruto da disfunção político-partidária resultante do nosso sistema eleitoral proporcional para as eleições legislativas, que não garante a maioria parlamentar, como é garantida onde são adotados os sistemas eleitorais com o voto distrital ou distrital misto.

A propósito, é sabido que atualmente o Ministério do Trabalho e Emprego é ocupado pelo PDT, que, por sua vez, é ligado à Força Sindical, tradicionalmente contrária à aprovação da Convenção n. 87 de 1948, da OIT, sobre a liberdade sindical.

É de se esperar, no entanto, que a CUT, por sua vez, efetivamente ponha em prática sua decisão colegiada tomada em 2012 de lutar, como prioridade de sua atividade sindical, pela aprovação da Convenção n. 87 da OIT, sobre a liberdade sindical.

O acompanhamento da tramitação da PEC 369/2005 no Congresso poderia, por exemplo, fazer parte da estratégia da CUT.

Por fim, para que não fiquemos apenas na análise doutrinária do anacronismo do modelo sindical brasileiro, bem como não fiquemos apenas lamentando as dificuldades para sua modificação, é preciso provocar o Poder Judiciário, para que - como na decisão que reconheceu a legitimidade concorrente das associações civis perante a Justiça do Trabalho em relação aos sindicatos profissionais na defesa dos interesses individuais homogêneos de seus representantes ou substituídos - possa fixar em suas decisões jurisdicionais novas alternativas ao monopólio de representação sindical, exercitando mesmo um certo ativismo judicial, a fim de que o modelo sindical brasileiro evolua do atual semicorporativismo ou neocorporativismo para um modelo pós-corporativista.

Mas é preciso também esperar que os Tribunais do Trabalho, de uma vez por todas, fujam do espírito corporativista, abandonando a ideia originariamente pouco auspiciosa do exercício do poder normativo, e assumam uma postura realmente jurisdicional ao acatar o comum acordo como pressuposto processual para o ajuizamento dos dissídios coletivos de natureza econômica, de modo que possa decidir o conflito com uma sentença normativa de arbitragem pública.

A recente eleição do ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho para a Corregedoria-Geral do TST do próximo biênio poderia fazer com que a Justiça do Trabalho passasse a exercitar suas atribuições verdadeiramente jurisdicionais nos dissídios coletivos de natureza econômica, uma vez que ele tem posição doutrinária firmada sobre a matéria? Teria ele prerrogativa institucional e condições políticas para tanto?

Espera-se, ainda, que o Ministério Público do Trabalho continue a exercer suas prerrogativas constitucionais e legais em defesa dos interesses sociais e individuais dos trabalhadores quando violados pela ação sindical negativa.

Finalmente, pode-se esperar que a CUT realmente assumam a defesa e a promoção da aprovação da Convenção n. 87 da OIT, sobre a liberdade sindical?

Seriam estas as alternativas mais viáveis para que a cidadania brasileira possa esperar um processo de mudança para o modelo sindical pós-corporativista, uma vez que uma nova Assembleia Nacional Constituinte para promovê-la, completando a iniciada pela Constituinte anterior, estaria ainda muito distante dos nossos horizontes?

Referências

ALMEIDA, Renato Rua de. Da intervenção administrativa em sindicato: a estrutura da CLT em face das normas internacionais. São Paulo, **Revista LTr**, n. 38, p. 794-798, set. 1974.

ALMEIDA, Renato Rua de. Visão histórica da liberdade sindical, **Revista LTr**, São Paulo, n. 70, p. 363-366, mar. 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina.

CALDAS, Suely. O arcaísmo sindical, **O Estado de São Paulo**, 10 dez. 2012, B2 Economia.

CRIVELLI, Ericson. A reforma sindical no Brasil e a jurisprudência da OIT em matéria de liberdade sindical. São Paulo, **Revista LTr**, n. 68, p. 7-21, jan. 2004.

FERNANDES, António Monteiro. **Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina.

GARCIA, Pedro Carlos Sampaio. O fim do poder normativo. *In*: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (orgs.) **Justiça do Trabalho**: competência ampliada, São Paulo: LTr, 2005.

HENRIQUE, Artur. Liberdade enfraquece sindicatos de fachada. **Folha de São Paulo**, 04 fev. 2012, Opinião A3.

MARITAIN, Jacques. **Os direitos do homem e a lei natural**. Rio de Janeiro: Livraria Agir.

MARITAIN, Jacques. **O homem e o Estado**. Rio de Janeiro: Livraria Agir.

MARTINEZ, Luciano. **Condutas antissindicais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual esquemático de direito e processo do trabalho**. São Paulo: Saraiva.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. São Paulo: LTr.

ROCHA, Andréa Presas. **Manual de competências da Justiça do Trabalho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ROMITA, Arion Sayão. Sindicalização por categoria. **Revista LTr**. São Paulo, v. 59, n. 3, p. 295-309, mar. 1995.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios gerais de Direito Sindical**. Rio de Janeiro: Forense.

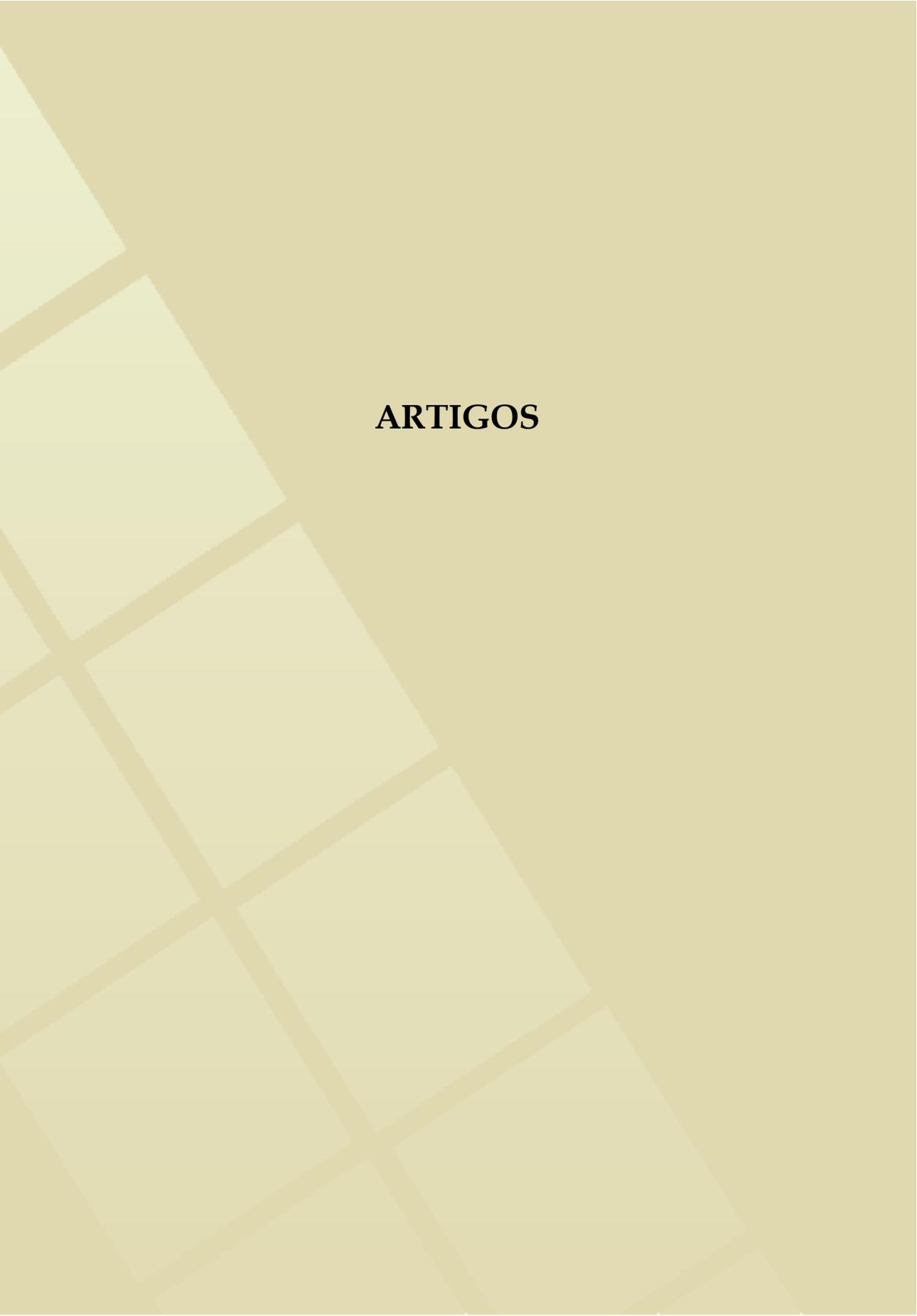
SANTOS, João Baptista Pereira dos. **Os chifres do diabo: capitalismo e comunismo**. São Paulo: Livraria Sal, 1964.

SARCEDO, Cristiana L. W. **Representatividade sindical e negociação coletiva**. São Paulo: LTr, 2011.

SUPIOT, Alain. *Le droit du travail*. Paris: PUF.

VERDIER, Jean-Maurice. *Syndicats*. Paris: Dalloz.

VIANA, Oliveira. **Problemas de Direito Sindical**. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1943.



ARTIGOS

Doutrina Nacional

A JURISDIÇÃO TRABALHISTA CONSTITUCIONAL NO SÉCULO XXI: novas tutelas

LABOR CONSTITUTIONAL JURISDICTION ON 21st CENTURY: new guardianships

Tereza Aparecida Asta Gemignani*

A imprescindibilidade de uma nova teoria do processo deriva, antes de tudo, da transformação do Estado, isto é, do surgimento do Estado constitucional, e da conseqüente remodelação dos próprios conceitos de direito e jurisdição
Luiz Guilherme Marinoni, Teoria Geral do Processo, v.1

Resumo: A nova configuração que a Constituição Federal de 1988 atribuiu aos direitos fundamentais veio produzir efeitos não só em relação aos direitos trabalhistas materiais, mas também aos processuais, desafiando a edificação de uma jurisdição trabalhista constitucional. Tal se dá porque na era contemporânea, marcada pela crescente complexidade dos conflitos, se revela insuficiente a mera cominação de ressarcimento após o dano já ter ocorrido. A comemoração dos 70 anos de publicação da CLT e dos 25 anos de promulgação da Constituição Federal de 1988 vem explicitar, de maneira contundente, a importância da jurisdição constitucional, que confere maior amplitude às tutelas de urgência e evidência, além de abrir espaços para a implementação das tutelas de prevenção e precaução no processo trabalhista, a fim de dar cumprimento aos princípios constitucionais que garantem a eficiência da jurisdição, restaurando a credibilidade das instituições que sustentam a república brasileira.

Palavras-chave: Jurisdição. Tutela. Prevenção. CLT. Constituição Federal.

Abstract: The new configuration attributed by Federal Constitution of 1988 to the fundamental rights, has produced effects not only in relation to the labor material rights, but also in procedural rights, challenging the building

*Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho de Campinas. Doutora, pós-graduação *stricto sensu*, com tese aprovada pela Universidade de São Paulo - USP. Membro da ANDT - Academia Nacional de Direito do Trabalho - cadeira n. 70. Membro da REDLAJ - Rede Latino Americana de Juízes.

of a constitutional labor jurisdiction. It happens owing to the fact that, in the contemporaneous era, which is marked by a growing complexity in conflicts, the simple sanction applied as a compensation after the damage has occurred, is not sufficient. The 70th anniversary of the publication of CLT and the 25th anniversary of the Federal Constitution promulgation, set out, in a definite way, the importance of constitutional jurisdiction, which gives greater amplitude to the emergency trusteeship and guardianship to evidence, as well as opens up spaces for the implementation of the prevention and precaution tutelage in labor process, in order to comply with the constitutional principles that assure the jurisdiction effectiveness, recovering the credibility of the institutions that support the Brazilian Republic.

Keywords: Jurisdiction. Judicial Relief. Prevention. Labour Code. Constitution.

1 Introdução

Enquanto o direito material do trabalho surgiu sob a égide do princípio da proteção, o direito processual trabalhista sempre esteve imbricado com o princípio de acesso efetivo à jurisdição, marcado por procedimentos simples e diretos, que priorizavam a análise de mérito das controvérsias postas em Juízo.

Inicialmente, tinha por escopo primordial a reparação da lesão já ocorrida, mediante tutela ressarcitória dos prejuízos sofridos, passando posteriormente a admitir também a tutela dos bens ameaçados, atuando para evitar a concretização da lesão.

A Constituição Federal de 1988 trouxe nova configuração ao direito processual, desencadeando inúmeras alterações legais no CPC, muitas delas lastreadas no princípio da eficiência, que passou a ser acrescentado ao rol do art. 37 pela EC n. 19/1998, conferindo à jurisdição uma atuação mais assertiva.

Entre elas merecem especial destaque as modificações introduzidas nos arts. 273 e 461 do CPC, notadamente quanto às tutelas de urgência e evidência, que abriram caminho para a posterior constitucionalização da **razoável duração**, implementada pela Emenda n. 45/2004 ao inserir o inciso LXXVIII, ao art. 5º, exurgindo inequívoca a preocupação em conferir o máximo de eficiência e efetividade à prestação jurisdicional.

As alterações sociais e econômicas provocadas pela pós-modernidade se intensificaram no início do século XXI, aumentando a complexidade dos conflitos no mundo do trabalho, a demandar o alargamento das vias de acesso à jurisdição. Já não bastava apenas ressarcir os danos já ocorridos, ou as ameaças evidenciadas.

Era preciso ir além.

Na contemporaneidade, o acesso à jurisdição lança como novo desafio jurídico a efetivação das tutelas de prevenção e precaução, a fim de conferir eficácia ao marco normativo posto pelos princípios constitucionais, na senda aberta por Dworkin¹ ao demonstrar a importância de levar os direitos a sério para preservar a vida em sociedade.

2 As diferentes fases

Em obra clássica sobre o tema, Mauro Cappelletti² explicou que o acesso à justiça passou por momentos distintos.

O primeiro considerava ser preciso abrir caminhos aos menos favorecidos, para que pudessem obter tutela jurisdicional nos casos de lesão, já que não dispunham de condições para a realização concreta dos seus direitos. Na justiça comum surgiram as defensorias públicas e as leis que garantiam assistência judiciária gratuita. Na Justiça do Trabalho, que já albergava o *jus postulandi* e a assistência sindical, ampliaram-se as possibilidades de substituição processual.

O segundo, marcado pela intensificação da urbanização e desenvolvimento das grandes cidades, veio desnudar a existência de interesses difusos e transindividuais homogêneos, evidenciando a importância da tutela jurisdicional para que se revestissem de eficácia, evitando que fossem deixados à margem do sistema.

O terceiro, deixa de tratar o processo como fim em si mesmo para considerá-lo instrumento de efetivação do direito material, revelando que mais importante do que resolver uma lide é solucionar o próprio conflito, mediante pacificação com justiça.

Cândido Rangel Dinamarco³ acentuou esta diretriz ao tratar dos escopos do processo, relacionando-os à ideia de justiça e ressaltando que sua utilidade só pode ser medida e avaliada quando claramente delineados quais os fins propostos, e se são atingidos ou não. Tal se dá porque

[...] não basta alargar o âmbito de pessoas e causas capazes de ingressar em juízo, sendo também indispensável aprimorar internamente a ordem processual, habilitando-a a oferecer resultados úteis e satisfatórios aos que se valem do processo.

¹DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.313 e seg.

²CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. – Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1988.

³DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 133.

Como bem ressalta Cássio Escarpinella Bueno⁴, o que deve ser posto em destaque é que os direitos constitucionais:

[...] independentemente de qual ‘dimensão’ ou ‘geração’ pertençam, são, ao contrário do que a doutrina tradicional quis parecer, ‘justiciáveis’ no sentido de que eles não podem e não devem ser entendidos como meras prescrições de direitos sem que houvesse, garantidos no próprio ordenamento jurídico, meios de sua realização concreta, imperativa, [...]

Nesta senda, explica Dinamarco⁵, para a:

[...] plenitude do acesso à justiça importa remover os males resistentes à universalização da tutela jurisdicional e aperfeiçoar internamente o sistema, para que seja mais rápido e mais capaz de oferecer soluções justas e efetivas. É indispensável que o juiz cumpra em cada caso o dever de dar efetividade ao direito, sob pena de o processo ser somente um exercício improdutivo de lógica jurídica.

Os princípios postos pela Carta Constitucional de 1988 configuram o processo como instrumento para garantir a efetividade dos direitos trabalhistas, de sorte que o acesso à justiça não pode ficar restrito ao aspecto formal, devendo implicar na eficiente tutela do direito material.

Conhecido como “dever de boa administração”, segundo Diógenes Gasparini⁶, tal princípio impõe a obrigação de atuar com eficiência, preceito que também se aplica à administração da justiça, de modo a conferir maior satisfatividade quanto ao acesso à jurisdição, traçando uma diretriz de aprimoramento institucional que abre caminhos para o exercício pleno da cidadania para os atores sociais que militam no mundo do trabalho.

Traz para o processo trabalhista a teoria garantista de Luigi Ferrajoli⁷ notadamente quando trata da efetividade da norma e de sua eficácia como balizadora de conduta.

⁴BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 59 e seg.

⁵DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 133.

⁶GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁷FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**. Roma, Bari: Laterza, 1990. p. 891-892.

3 70 anos da CLT e 25 anos da CF. A renovação do desafio

A comemoração dos 70 anos da CLT e dos 25 anos de promulgação da Constituição Federal de 1988 não é só uma feliz coincidência. Traz o renovado desafio de implementar esta perspectiva garantista em concreto, mediante a edificação de uma jurisdição trabalhista constitucional. Tal se dá porque na era contemporânea, marcada pela crescente complexidade dos conflitos, se revela insuficiente a mera cominação de ressarcimento após o dano já ter ocorrido, sendo necessário conferir maior amplitude às tutelas de urgência e evidência, além de abrir espaços para a implementação das tutelas de prevenção e precaução que atuem antes, evitando a própria ameaça ou ocorrência do dano, a fim de dar cumprimento aos princípios constitucionais que garantem o efetivo acesso à justiça.

4 As novas tutelas

A configuração de direitos tidos por fundamentais pela Carta Constitucional de 1988, dentre os quais estão inseridos os trabalhistas, abriu o horizonte deste debate, principalmente nos pontos em que o art. 7º da CF/1988 navega em intersecção e confluência com o disposto no art. 5º da Carta Constitucional. Diferentemente do que aduzem alguns doutrinadores, as diferentes “gerações” de direitos fundamentais não se apresentam mais setorizadas em compartimentos estanques, passando a atuar de forma dinâmica, em sinergia.

Assim sendo, não se pode mais restringir o escopo do processo trabalhista apenas à reparação pecuniária da lesão já consumada, quando seu marco distintivo está atrelado a uma perspectiva mais ampla, como pioneiro na abertura dos canais de acesso rápido e direto a uma jurisdição comprometida também com a tutela da prevenção e precaução, a fim de evitar a própria ocorrência da lesão, notadamente quando se trata de reduzir os riscos inerentes ao trabalho e garantir a proteção em face da automação, conforme preceituam os incisos XXII e XXVII do art. 7º, que devem ser implementados com observância da “razoável duração do processo” e “dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação,” como estabelece o inciso LXXVIII do art. 5º, ambos da CF/1988.

O movimento de constitucionalização, desencadeado pela Carta de 1988, veio provocar alterações legais significativas no processo civil a partir da década de 90, que passaram a ser adotadas pela jurisprudência também para o processo trabalhista por força do art. 769 da CLT, em decorrência da explícita compatibilidade.

Entre estas merecem especial destaque as seguintes:

4.1 Possibilidades mais amplas de antecipação das tutelas

Aplicação no processo trabalhista do disposto no *caput*, incisos I e II, além do § 7º do art. 273 do CPC, *in verbis*:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

[...]

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Ao prever a antecipação do provimento judicial *inaudita altera parte*, agasalhando as tutelas de urgência (inciso I) e de evidência (inciso II), além de conferir nova configuração à medida cautelar incidental nos autos do processo já ajuizado (§ 7º), o preceito legal vem priorizar a eficiência da jurisdição, possibilitando a concessão baseada em verossimilhança, para tanto deixando de exigir a certeza decorrente de instrução exauriente, face à necessidade de desmistificar “os dogmas da universalidade do procedimento ordinário de cognição”, como ressalta Ada Pellegrini Grinover⁸

Justifica Jorge Pinheiro Castelo⁹ que, como “se proibiu a utilização da mão própria e se estabeleceu o monopólio da tutela jurisdicional”, seu exercício “tem que ser efetivo e eficiente”, de modo que o “acesso à justiça e à ordem jurídica justa tem de se dar sem embaraços, ou seja, de forma direta e imediata”. Assim sendo, uma das soluções encontradas para a “crise do tradicional sistema processual brasileiro, calcado no modelo do processo de conhecimento”, consistiu na introdução do poder geral de antecipação da tutela.

Na seara trabalhista, além da concessão de medida liminar para reintegração de dirigente sindical nos termos do inciso X, acrescido ao art. 659 da CLT na esteira do anteriormente já disposto em seu inciso IX, a jurisprudência passou a deferir a antecipação de tutela de forma mais ampla, na esteira da lei adjetiva civil.

⁸GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo**: estudos e pareceres. São Paulo: Perfil, 2005. p. 30-50.

⁹CASTELO, Jorge Pinheiro. **O direito material e processual do trabalho e a pós modernidade**: a CLT, o CDC e as repercussões do novo Código Civil. São Paulo: LTr, 2003. p. 384, 391 e seg.

Mas não é só.

4.2 Abrangência das obrigações de fazer/não fazer

Há um movimento crescente no sentido de conferir maior importância às obrigações de fazer/não fazer, quando se trata de tutelar a prevenção e a precaução, atribuindo-lhes conotação na esteira do disposto no *caput* e §§ 3º, 4º e 5º do art. 461 do CPC, ao dispor:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

[...]

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

Neste contexto, releva pontuar ter o § 5º possibilitado ao Juiz decidir **de ofício** para determinar as medidas necessárias, para tanto considerando não só a imposição de multa por atraso, mas também a “busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva”, até mesmo com “requisição de força policial”, o que se reveste de importância significativa quando se trata de garantir condições de saúde e segurança no local de trabalho.

O movimento pendular que oscilou entre o polo da segurança jurídica, de um lado, e o da efetividade/eficiência, de outro, mais de uma vez privilegiou estas últimas, a fim de evitar o perecimento do direito material e assegurar o pleno acesso à justiça.

A pós-modernidade explicitou um mundo marcado pela ambiguidade e ambivalência, que revela a “riqueza polissêmica da realidade humana” como destaca o sociólogo Zygmunt Bauman¹⁰, o que veio impregnar também as relações de trabalho, trazendo novos desafios.

5 O desafio do acesso à justiça no Século XXI

Neste contexto, já não basta garantir inafastabilidade da jurisdição para antecipar as tutelas de urgência e evidência, ou conceder reparação pecuniária para a lesão já ocorrida.

A nova realidade exige a tutela do direito à precaução e à prevenção, como bens que podem ser judicialmente exigidos para evitar a lesão, de tal sorte que no Século XXI o direito processual trabalhista é chamado a conferir suporte de eficácia a esta nova configuração do princípio da proteção.

Neste cenário, a atividade jurisprudencial se revela indispensável para colmatar as lacunas do ordenamento infraconstitucional, levando à edificação de novos marcos normativos, num movimento que cada vez mais estimula o diálogo entre as diferentes fontes de direito.

Explica Cláudia de Lima Marques¹¹ que, ao construir espaços de confluência para atuação das diferentes fontes normativas, o método utilizado para implementar o diálogo das fontes se revela “valorativo e inovador”, pois considera as especificidades do conflito concreto, a fim de “preservar a coerência do sistema”.

Assim, para além do pensamento de Norberto Bobbio¹², que via nesta interrelação situações de subordinação ou coordenação, os desafios da era contemporânea exigem a construção de um novo modelo, baseado na harmonização, em que a maior atuação de um, ou de outro, depende da ponderação dos valores que se apresentam em conflito, para garantir que o ordenamento jurídico se mantenha apto a operar com funcionalidade, não só na solução, mas também na prevenção dos conflitos.

Ressalta Luiz Guilherme Marinoni¹³ que:

[...] a idéia de igualdade formal’ veio unificar o ‘valor dos direitos, permitindo a sua expressão em dinheiro e, assim, que a jurisdição pudesse conferir a todos eles um significado em pecúnia. Foi quando surgiu a idéia de reparação do

¹⁰BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 172 e 190.

¹¹MARQUES, Cláudia Lima. O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 63.

¹²BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 9. ed. Brasília: Ed. UnB, 1997.

¹³MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 2. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 32 e seg.

dano pelo equivalente, o que obviamente também teve influência sobre a concepção de jurisdição como função dirigida a dar tutela aos direitos privados violados. Ora, se todos os direitos podiam ser convertidos em pecúnia, e a jurisdição então não se preocupava com a tutela da integridade do direito material, mas apenas em manter em funcionamento os mecanismos de mercado, logicamente não era necessária a prestação jurisdicional preventiva, bastando aquela que pudesse colocar no bolso do particular o equivalente monetário.

Entretanto, a valorização da vida e da integridade física, resguardadas como direitos fundamentais pelo inciso XXII, do art. 7º da CF/1988, ao garantir a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”, tornou insustentável esta perspectiva reducionista. Com efeito, veio imprimir-lhes “eficácia irradiante”, que penetra por todo o ordenamento jurídico, “como impulsos e diretrizes”, não só para a atividade do legislador e do administrador, mas também para o juiz, como ressalta Daniel Sarmento¹⁴ o que implica no reconhecimento da necessidade de tutela da prevenção e precaução como bens jurídicos, assim garantindo o acesso eficiente à justiça substancial.

6 As tutelas de prevenção e precaução no processo trabalhista

Conforme anteriormente ressaltado em artigo sobre o meio ambiente de trabalho¹⁵, o princípio da prevenção consiste na adoção de medidas definidas, que possam evitar a ocorrência de um dano provável, em uma determinada situação fática, reduzindo ou eliminando suas causas, quando se tem conhecimento de um risco concreto, como esclarece Germana Parente Neiva Belchior¹⁶.

Distintamente, o princípio da precaução implica na adoção antecipada de medidas amplas, que possam evitar a ocorrência de possível ameaça à saúde e à segurança. Deste modo, afirma Paulo Affonso Leme Machado¹⁷, enquanto o princípio da prevenção está direcionado a evitar riscos determinados, o princípio da precaução aponta para a adoção de medidas acautelatórias gerais, considerando o risco potencial.

¹⁴SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 124 e seg.

¹⁵GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. Meio ambiente de trabalho: precaução e prevenção. **Revista CEJ**. Brasília, ano XVI, n. 56, jan./abr. 2012. p. 50-58.

¹⁶BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica jurídica ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 208 e seg.

¹⁷MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 65 e seg.

A tutela jurídica da precaução e da prevenção representa a quebra do paradigma até então imperante, criando um espaço de confluência da segurança jurídica com a efetividade da jurisdição, agora imbricadas em articulação constante como vasos comunicantes, em benefício de todos os envolvidos, fazendo valer as diretrizes traçadas pelo Estado constitucional para reger um novo modelo de processo, muito mais comprometido com a eficiência do direito material, como valor intrínseco à própria formação do direito do trabalho.

A conotação de natureza instrumental ao processo, além do reconhecimento dos efeitos e consequências que as lesões, mesmo as individuais, provocam em todo entorno social, levam à necessidade de garantir novas vias de acesso à jurisdição, notadamente quanto às tutelas de prevenção e precaução, concedidas como obrigação de fazer/não fazer com esteio no art. 461 do CPC, inclusive no que se refere à pretensão específica e direta quanto às “providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”

Assim, ao ter conhecimento que determinada empresa procede ao controle da jornada de forma incorreta, que provoca não só prejuízo econômico, mas também dano às condições de saúde dos empregados, se revela juridicamente sustentável que um sindicato, na qualidade de substituto processual, ingresse em Juízo pleiteando tutela específica, ou seja, a obrigação de fazer consistente na alteração deste sistema. O atendimento desta pretensão confere efetividade substantiva ao acesso à justiça, porque além de resguardar os direitos trabalhistas da coletividade dos envolvidos na mesma situação fática, também propicia a eficiência da jurisdição, ao evitar o ajuizamento de inúmeras ações individuais futuras.

No caso de pagamento incorreto, “por fora”, com sonegação não só de direitos trabalhistas, mas também fundiários e previdenciários, fato que vem sendo constatado cada vez mais de forma recorrente, perfeitamente possível a atuação judicial do sindicato para que seja determinado o cumprimento da obrigação de fazer (lançamento correto em folhas de pagamento), o que também contribuirá para evitar o ajuizamento de inúmeras ações no futuro.

Importante pontuar que a matéria em que as tutelas de prevenção se revestem de maior relevância, em virtude da importância do bem jurídico protegido, se referem ao meio ambiente de trabalho, pois se trata de adotar conduta acautelatória para evitar o dano *in re ipsa*, cuja ocorrência, por si só, pode configurar irreversibilidade da lesão quanto à integridade física, ou perda da vida, casos em que a tutela restrita à ameaça ou à reparação “será não só tardia como inócua”, explica Scarpinella Bueno¹⁸. Assim,

¹⁸BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 102/103.

propõe uma nova leitura do inciso XXXV, do art. 5º, por entender que veio ampliar o acesso à justiça, convidando a uma “renovada reflexão” e sua “correspondente sistematização” no sentido “de pensar na tutela jurisdicional preventiva ao lado da tutela jurisdicional repressiva”.

Nesta senda, o inciso XXII do art. 7º da CF/1988 veio assegurar, como fundamental, o direito à “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”, diretriz reiterada no inciso VIII do art. 200, de modo que o local de trabalho também deve observar as exigências contidas no art. 225 da Carta Constitucional, no sentido de propiciar “sadia qualidade de vida”.

A CLT dedicou todo o capítulo V para tratar deste assunto, merecendo destaque o constante dos arts. 163, 164 e 166 quanto à atuação da CIPA (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes) e fornecimento de EPI (Equipamento de Proteção Individual), bem como o constante da Portaria n. 3.214/1978 que instituiu as NRs, periodicamente atualizadas para oferecer respostas aos novos problemas que surgem no ambiente de trabalho.

Destarte, se o empregador não fornece os equipamentos de proteção individual, ou deixa de atender às providências indicadas pela CIPA, tais pleitos poderão ser objeto de ação judicial intentada pelo sindicato e também pelo Ministério Público do Trabalho, com estipulação das respectivas obrigações de fazer. Assim, por exemplo, ao invés de ficar exposto anos a fio a elevado nível de ruído, o que poderá provocar surdez irreversível e incapacitar o empregado para a atividade laboral, além de comprometer para sempre sua qualidade de vida, o acesso à justiça se mostrará muito mais eficiente e efetivo se, durante a vigência contratual, for imputada à empresa obrigação de fazer preventiva que evite o aparecimento da lesão.

Tal se dá porque o meio ambiente de trabalho, pela dimensão e importância que apresenta, congrega direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, cujo descumprimento provoca consequências que desbordam os limites de uma relação meramente contratual entre empregado/empregador, espalhando seus efeitos para todo o entorno social, além de comprometer a credibilidade das instituições judiciais quanto à eficácia de sua atuação. Conforme já sustentei em artigo sobre o tema¹⁹, a eficácia dos direitos fundamentais não se restringe mais ao plano vertical com o Estado, abrangendo também as relações horizontais entre particulares, de sorte que assim pode ser exigido.

¹⁹GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. Campinas, n. 35, jul./dez. 2009.

Prevenir lesões beneficia não só o empregado durante a vigência do contrato de trabalho, mas também o empregador, pois não terá que arcar com um expressivo passivo trabalhista advindo de múltiplas demandas, além da sociedade como um todo, porque levará à redução dos níveis de conflitualidade, evitará a falta de recolhimentos fiscais e fundiários, diminuirá os custos com assistência médica e concessão de aposentadorias precoces por invalidez, além de impedir a saturação da máquina judiciária.

7 A mudança de paradigma

O positivismo dogmático baseou-se na interpretação radical da teoria de separação dos poderes, atribuindo ao legislador a exclusividade na criação do direito e restringindo a atuação do juiz à sua aplicação, e o conceito de jurisdição “à reparação do direito violado”, explica Luiz Guilherme Marinoni²⁰, negando-lhe o “poder de dar tutela preventiva aos direitos, uma vez que, na sua perspectiva, a função de prevenção diante da ameaça de não observância da lei era da administração”, mediante implementação de políticas públicas, ficando para o judiciário a incumbência de “dar tutela aos direitos privados violados”.

Entretanto, a complexidade e a exposição a riscos crescentes na sociedade contemporânea veio demonstrar que se trata de modelo superado, que se tornou insustentável por comprometer os princípios da eficácia, eficiência e efetividade do ordenamento legal. Com efeito, ao invés de garantir tutelas de prevenção e precaução, que evitem a ocorrência do evento danoso, admitir que a conduta ilícita possa ser tolerada provoca ao longo do tempo expressivo passivo trabalhista, que pode comprometer a viabilidade do empreendimento econômico e o perecimento de postos de trabalho, além do enorme custo previdenciário a ser suportado por toda a sociedade quanto aos tratamentos médicos, afastamentos por acidentes e doenças profissionais, mais a concessão de aposentadorias precoces. E, o mais importante, gera efeitos nocivos muitas vezes irreversíveis à saúde e integridade física, comprometendo as condições de empregabilidade dos trabalhadores que, alijados precocemente da atividade produtiva, levam seus filhos a abandonar mais cedo a escola para poder ajudar na manutenção da casa, assim criando um círculo vicioso de subqualificação e pobreza.

Ademais, é preciso lembrar que o processo trabalhista nasceu com o compromisso de conferir efetividade ao direito material, e o conceito de acesso à justiça sempre teve conotação ampliada, no sentido de impedir que a desigualdade econômica redundasse em desigualdade no exercício dos direitos de cidadania.

²⁰MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 2. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 32 a 46 - 110 a 120.

O estado constitucional veio desnudar o mito da lei “genérica, abstrata, coerente e fruto da vontade” do parlamento, revelando todo o embate e o jogo provocado pela correlação das diferentes forças que atuam numa sociedade cada vez mais heterogênea e complexa, que gera conflitos cuja solução não pode advir apenas das regras infraconstitucionais, tornando imperiosa a aplicação dos princípios constitucionais, o que vai conferir dimensão substantiva à legalidade.

Por isso, explica Marinoni, não há como reduzir a jurisdição apenas “à atuação da lei”, sendo necessário reconhecer ao judiciário a atribuição de construção, “já que dele se espera uma atividade essencial para dar efetividade” aos direitos postos pela Constituição. Tal reflexão se reveste de importância peculiar quando o processo está voltado para a concretização dos direitos inseridos no art. 7º da CF/1988 como fundamentais, que “por serem mandamentos de otimização, tendem a irradiar efeitos por toda a ordem jurídica” como bem ressalta Virgílio Afonso da Silva²¹.

Para tanto, cabe à jurisdição dar “tutela concreta ao direito material”, conferindo eficácia e eficiência ao seu “conteúdo operacional”. Este conceito adquire importância significativa na era contemporânea, quando se constata que reparar a lesão já ocorrida, ou antecipar a concessão apenas deste tipo de tutela, se torna insuficiente para dar efetividade aos direitos garantidos pela Constituição, que não só albergam interesses individuais, mas também coletivos, especialmente quando se trata de preservar o direito à saúde e à integridade física no meio ambiente de trabalho. Diante disso, o acesso à justiça só se aperfeiçoa com a “atividade executiva”, esclarece Marinoni, pois mais do que o direito à sentença “o direito de ação, hoje, tem como corolário o direito ao meio executivo adequado”, o que redundaria no reconhecimento da necessidade de concessão das tutelas de prevenção e precaução.

Como bem observa Norberto Bobbio²², a expressão “direitos humanos” pode provocar equívocos se a considerarmos como:

[...] direitos que pertencem a um homem abstrato e, como tal, subtraídos ao fluxo da história, a um homem essencial e eterno, de cuja contemplação derivaríamos o conhecimento infalível dos seus direitos e deveres. Sabemos hoje que também os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana: enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação.

²¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 175.

²² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 32 e seg.

8 Conclusão

Não se pode deixar de considerar que a nova configuração, que a Constituição Federal de 1988 atribuiu aos direitos fundamentais, veio impactar não só os direitos trabalhistas materiais, mas também os processuais, assim desafiando a edificação de uma jurisdição constitucional. Tal se dá porque, ao impedir a justiça pelas próprias mãos, o Estado trouxe para si o dever de dotar a tutela jurisdicional de efetividade, o que não pode ser obtido de forma satisfatória apenas com a reparação e o ressarcimento do dano já ocorrido.

A comemoração dos 70 anos de publicação da CLT e dos 25 anos de promulgação da Constituição Federal de 1988 vem explicitar, de maneira contundente, que é necessário conferir maior amplitude às tutelas de urgência e evidência, além de abrir espaços para a implementação das tutelas de prevenção e precaução no processo trabalhista, a fim de dar cumprimento aos princípios constitucionais que estabelecem a eficácia e efetividade da jurisdição.

Tal ocorre porque a complexidade dos novos conflitos trabalhistas, que surgem na era contemporânea, geram efeitos que ultrapassam os limites de uma relação meramente contratual, exigindo a ampliação qualitativa do acesso à justiça. Tutelar a prevenção e a precaução, reconhecendo-lhes a condição de bens jurídicos passíveis de ser judicialmente exigidos, preserva a saúde e a integridade física do trabalhador, a um menor custo para o empregador, além de possibilitar que a máquina judiciária atue com maior eficiência em prol de toda a sociedade, restaurando a credibilidade das instituições que sustentam a república brasileira.

9 Referências

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica jurídica ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 9. ed. Brasília: Ed. UnB, 1997.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1988.

CASTELO, Jorge Pinheiro. **O direito material e processual do trabalho e a pós-modernidade: a CLT, o CDC e as repercussões do novo Código Civil.** São Paulo: LTr, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** v. 1. São Paulo: Malheiros, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione.** Roma, Bari: Laterza, 1990.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. Meio ambiente de trabalho: precaução e prevenção: princípios norteadores de um novo padrão normativo. **Revista CEJ.** Brasília, ano XVI, jan./abr. 2012.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.** Campinas, n. 35, jul./dez. 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *In:* GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo: estudos e pareceres.** São Paulo: Perfil, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo.** 2. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. *In:* MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** São Paulo: Malheiros, 2008.

O COMPORTAMENTO DO JUIZ DIANTE DAS NOVAS TECNOLOGIAS: impactos e desafios numa gestão de mudanças

JUDGES' BEHAVIOR IN LIGHT OF NEW TECHNOLOGIES: impacts and challenges in management changes

Maria Cristina Mattioli*

Resumo: A pretensão deste estudo é analisar o aspecto subjetivo das novas tecnologias e sua impactação no comportamento do Juiz, e não na instituição "Poder Judiciário". Os aspectos objetivos, tais como: processo virtual, assinatura digital, utilização de mídias para simplificação dos atos processuais, gerenciamento da informação judicial, enfim, a utilização de todo o aparato informático e midiático para uma melhor racionalização de atos e agilização do processo dizem respeito à estrutura do Poder Judiciário. De outro lado, o aspecto subjetivo tem por escopo analisar como o magistrado se comporta diante do uso destes recursos na sua atividade e de que forma sua maneira de pensar pode ser moldada. Para que a pergunta inicial seja respondida, necessário se faz discorrer sobre a globalização da comunicação, a sociedade global que hoje se consolida no mundo e como uma análise jurídica deve ser feita diante destas transformações. O método a ser utilizado é a análise econômico-comportamental do Direito, modelo recente, mas que vem ganhando espaço na academia jurídica, que tem por escopo a teoria da decisão.

Palavras-chave: Juiz. Tecnologia da Informação. Poder Judiciário. Relações Humanas.

Abstract: The aim of this study is to analyse the subjective aspect of new technologies and its impacts on Judges' behavior, not the impact on Judiciary, as an institution. Objective aspects, such as: virtual procedure, digital signature, use of medias in order to minimize procedural acts, management of judicial information, and ultimately the use of all mediatic and digital structure for the rationalization of acts and streamlining of the procedures, has to do with the structural concerns of the Judiciary. On

*Desembargadora Federal do Trabalho – TRT da 15ª Região. Mestre em Direito, Harvard Law School. Doutora em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-Doutora em Direito, Harvard Law School. Pós-Doutora em Estudos Internacionais, London School of Economics and Political Science.

the other hand, the subjective aspect has the scope to analyse how judges behave concerning the use of these resources in their activity and to what extent their way of thinking can be molded. In order to answer this question, it is necessary to discuss the globalization of communication, the global society that nowadays is modelling the world and how legal analysis should be done in the light of these transformations. Behavioral-economic analysis is the method to be used, a recent model, that is gaining space in legal academy, and has the decision theory as its scope.

Keywords: Judges. Information technology. Judiciary. Human Relations.

1 Introdução

Durante a análise do Estado da Arte do tema do avanço tecnológico e recursos tecnológicos atualmente existentes, a questão que exsurge é a consequência jurídica da aplicação destes mesmos recursos, em razão da aparente tensão que existe entre progresso científico e Direito. De fato, tem sido muito popular a afirmação segundo a qual o Direito não acompanha na mesma velocidade o avanço científico e tecnológico. Expressão máxima desta tensão pode ser verificada, por exemplo, quando do pronunciamento do STF sobre a legalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias, como disciplinada pela vigente Lei de Biossegurança. Há uma certa tendência da sociedade em buscar, na regulamentação legal, legitimidade para suas ações (ou omissões), de tal forma que o comportamento individual do sujeito possa ser sufragado pelo comportamento coletivo.

Não se busca questionar o aspecto objetivo do progresso científico, isto é, a aplicação da técnica ou da tecnologia associada a uma determinada situação ou circunstância. Este aspecto pode ser considerado como o impacto material das novas tecnologias na sociedade, ou seja, a alteração objetiva da realidade. Entretanto, não se pode deixar de avaliar o impacto subjetivo que estas transformações tecnológicas trazem para o ser humano, enquanto pessoa. Este aspecto subjetivo merece atenção, já que o comportamento humano também é delimitado por fatores outros, que não exclusivamente o Direito.

Assim, não só o processo (representação física da lide ou do conflito) é impactado objetivamente, pois passa a ganhar agilidade, impessoalidade (agora porque *in clouds*, ou nas nuvens, eis que “vive” num lugar chamado *website*), mas também o principal ator, o que fica entre as partes: **o Juiz**. Como estas transformações vão agir no comportamento do Juiz e como o Juiz reage diante destas mudanças são questões em aberto, mas que podem trazer indícios do futuro do Poder Judiciário e das relações processuais.

Necessário então, que se analise o comportamento do Juiz, mas não só sob a ótica da sociologia ou da psicologia pura e simples. Mas sim, sob o olhar de uma análise que leva em conta o processo da tomada de decisão. E esta análise, consubstanciada na **decisão**, pode ter várias vertentes ou ser estudada sob diversos enfoques, considerada cada área do conhecimento humano (filosofia, sociologia, psicologia, *e.g.*).

Uma destas formas de análise é a análise econômica do Direito, que se fundamenta na racionalidade lógica do processo de tomada de decisão¹. Mais adiante, é a análise econômico-comportamental que, por sua vez, contesta esta fundamentação e acrescenta aspectos psicológicos do sujeito, que podem alterar este processo decisório². Para tanto, utiliza-se ora da psicologia econômica, ora da psicologia cognitiva ou, ainda, da psicanálise. De qualquer sorte, a raiz desta análise é o comportamento humano, já objeto de estudos da psicologia comportamental, na linha de estudos desenvolvida por Skinner, conhecida como behaviorismo³.

Esta metodologia, seguramente, poderá levar à resposta da questão formulada, apontando para as dificuldades encontradas pelo Juiz ao tratar das novas tecnologias e sua implicação em mudanças, em aceitar a utilização destas e qual o mecanismo psicológico utilizado na resolução de conflitos daí decorrentes⁴.

¹A análise econômica do direito é o exemplo predominante de como uma análise jurídica pode ser uma ciência social. Através da utilização de princípios econômicos para explicar normas jurídicas, o enfoque econômico apresenta uma extensa perspectiva do que é o direito e como ele deveria ser. De acordo com esta análise, o processo decisório é fundado pela racionalidade, o que não deixa de ser um reducionismo.

²Partindo-se do princípio de que a análise anterior é reducionista e até mesmo irreal, pois baseia-se em dados da economia neoclássica, o comportamento humano deve ser considerado, em todas as suas variações para a tomada de uma decisão. Isto porque as determinantes da decisão envolvem fatores pessoais (personalidade, estilo cognitivo, estilo de vida, normas e valores sociais que estimulam ou inibem certos comportamentos); fatores religiosos e culturais e fatores situacionais, conforme lecionam: HOFMANN, Ruth; PELAEZ, Víctor. A psicologia econômica como resposta ao individualismo metodológico. **Revista de Economia Política**, v. 31, n. 2, p. 262-282, abr./jun. 2011, p. 272.

³Robert A. Hillman, Professor em Cornell, apresenta, nesta esteira, uma análise da teoria da decisão baseada no comportamento, que chamou de **Behavioral Decision Theory**, que busca estudar como as pessoas utilizam as informações e criam preferências. Esta teoria foca na limitada capacidade das pessoas em juntar e processar informação. Ao analisar o problema da decisão para o Juiz, ponderando o processo cognitivo, afirma que “It should be clear by now that the decision-making techniques, heuristics, and biases that cognitive theory explains apply to decision makers in the legal system”, fundamentando-se em autores como Christine Jolls (“The limits of behavioral decision theory in legal analysis: the case of liquidated damages”, p. 735).

⁴O desconhecimento das tecnologias, o temor do novo, a repulsa à ideia de inteligência artificial conduzem a um distanciamento da utilização dos meios possíveis e à realidade que se apresenta. Há um arremedo de utilização de novas tecnologias o que, quando comparado com a utilização pela medicina, é como se na medicina estivessem no Século XXV e no Poder Judiciário no Século XV (FAGUNDES CUNHA, J.S. Automação, julgamento eletrônico e inteligência artificial. **Jornal Migalhas**, 6 dez. 2012, Disponível em: www.migalhas.com.br. Acesso em: 1 fev. 2013. Porém, advogados, juizes, empresários e todos os demais cidadãos que atuam no âmbito do Poder Judiciário precisarão se adaptar a um novo mundo jurídico.

Oportuna, neste sentido, a anotação de Paulo Sertek e Dalcio R. Reis, os quais tratam dos desafios de uma gestão de mudança, exatamente a que ocorre no Poder Judiciário atual, através da implantação do Processo Eletrônico, de que:

[...] toda mudança causa de per si a apreensão das pessoas. Há mudanças que podem não dar certo. Em todos os casos, exige-se mudanças de hábitos pessoais, o que provoca resistências ativas ou passivas. Consta-se que as resistências surgem em função de uma percepção de perda de domínios pessoais. Como é necessário aprender a fazer coisas novas de novos modos, por mais boa vontade que se tenha, qualquer tipo de mudança gera resistências⁵.

Daí a necessidade de se estudar o processo de tomada de decisão do Juiz tendo em conta seu comportamento, de uma forma mais ampla, à luz das mudanças trazidas pela nova tecnologia, trazendo o grande desafio de gerenciar esta mudança de modo satisfatório e eficaz.

2 A globalização da comunicação

Há uma verdade incontestável: **o mundo mudou**. Ainda que o homem não consiga perceber objetivamente estas mudanças, é impossível negar que ele vem sendo levado por esta onda de técnicas e métodos, tecnologias e ciência, de tal forma que seu comportamento já está automatizado e conformado às transformações. Até pouco tempo a informação estava reservada a uns poucos indivíduos e grupos, na sua grande maioria membros do Estado. A disseminação da informação, que congrega o elo comunicacional entre os sujeitos, é o principal efeito do uso da tecnologia na vida do homem. O antigo pombo-correio tem sido trocado pelo *e-mail*, pelo torpedo, pelo *iPhone*. A carta, escrita com emoção e que traduzia o cuidado e a atenção do remetente para com o destinatário, é trocada pelo uso frio do computador, que não envia, por exemplo, o perfume do remetente. A digitação ocupou o lugar do manuscrito. Muitas pessoas já não sabem mais como escrever, porque o mundo mudou. O mundo mudou tanto que o homem não consegue mais viver sem telefone, computador, eletrodomésticos de última geração, carros computadorizados, compras virtuais, porque isto racionalizou o seu tempo. Mas, ao mesmo tempo, trouxe-lhe a frustração e a angústia de não saber o que

⁵SERTEK, Paulo e REIS, Dalcio R. **Desafios para a gestão de mudanças**. Curitiba: PPGTE CEFET/PR – Centro Federal de Educação Tecnológica do Paraná. Disponível em www.ief.org.br/artigos. Acesso em: 1º fev. 2013.

fazer com o seu tempo livre, sentindo-se culpado pelo ócio. Seria verdadeira a afirmação de que a tecnologia racionalizou o tempo e encurtou distâncias, e por isto sobraria mais tempo para o ócio? Efetivamente, não. A burocracia criada pela necessidade de armazenamento das informações ocupa ainda mais o tempo do homem. E é fato que uma estrutura burocrática que ainda siga os modelos do início do século passado já não responde mais a esta necessidade.

E o mundo mudou também para o Poder Judiciário, tanto que um processo não mais precisa ser consultado diretamente pelas partes ou pelo Juiz no cartório ou secretaria. Ele deixa de existir fisicamente e, para que ele exista num outro nível dimensional, é necessário criar mecanismos de alimentação do seu conteúdo. Para isto, também, “perde-se tempo”. Novas maneiras de pensar e de conviver estão sendo elaboradas no mundo das telecomunicações e da informática. Escrita, leitura, visão, audição, olfato, criação, aprendizagem são capturados por uma informática cada vez mais avançada. Não se pode mais conceber, por exemplo, que a tramitação de um processo esteja fora desta aparelhagem complexa que redistribui as antigas divisões entre experiência e teoria. A comunicação entre os homens, o trabalho, e sua própria inteligência dependem, na verdade, desta metamorfose incessante de dispositivos informacionais de todos os tipos. Assim é que, na opinião de Pierre Levy, “emerge, neste final do século XX, um conhecimento por simulação que os epistemologistas ainda não inventariara”⁶.

Atualmente, a estrutura de organização do planeta está determinada pelos sistemas de comunicação em tempo real. O que se buscou chamar de globalização combina com a fluidez dos intercâmbios e fluxos imateriais transfronteiriços. A abertura do mundo, através da comunicação, foi precedida pela necessidade de interconexão das economias e da sociedade, cujo resultado é o movimento de integração mundial, que foi iniciado no final do Século XIX e início do Século XX. Ampliando progressivamente o campo de circulação de pessoas, como também de bens materiais e simbólicos, os instrumentos de comunicação têm acelerado a incorporação das sociedades particulares em grupos cada vez maiores, redefinindo continuamente as fronteiras físicas, intelectuais e mentais⁷. Esta redefinição de espaço não é só geográfica: é também social. O que está em jogo é a transformação do mundo humano por ele mesmo⁸. A incidência desta redefinição de espaços

⁶LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência**: o futuro do pensamento na era da informática. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1993.

⁷MATTELART, Armand. **A globalização da comunicação**. Bauru: Edusc, 1996.

⁸Robert A. Hillman, Professor em Cornell, apresenta, nesta esteira, uma análise da teoria da decisão baseada no comportamento, que chamou de **Behavioral Decision Theory**, que busca estudar como as pessoas utilizam as informações e criam preferências. Esta teoria foca na limitada capacidade das pessoas em juntar e processar informação. Ao analisar o problema da decisão para o Juiz, ponderando o processo cognitivo, afirma que “It should be clear by now that the decision-making techniques, heuristics, and biases that cognitive theory explains apply to decision makers in the legal system”, fundamentando-se em autores como Christine Jolls (“The limits of behavioral decision theory in legal analysis: the case of liquidated damages”, p. 735).

na vida social acarreta deslocamentos menos visíveis na esfera intelectual, obrigando a sociedade a reconhecer a técnica como um importante tema filosófico e político na atualidade. Não só porque a técnica pode levar ao domínio do mundo, como também pode levar à homogeneização da cultura e à fragmentação do indivíduo, numa relação de dominação máquina e homem. O importante é analisar o sujeito destas transformações: o Juiz, enquanto indivíduo que faz uso da tecnologia e, ao mesmo tempo, reproduz um conhecimento por simulação, o que provoca a necessidade de conhecer este universo da mente humana, agora transformada pelo que se convencionou chamar de tecnociência e tecnologia da inteligência.

3 A análise econômico-comportamental do Direito

A **racionalidade** é o fundamento da literatura legal sobre como as organizações se comportam num dado cenário. A tradicional análise econômica do Direito repousa nos padrões da economia neoclássica, que busca esta racionalidade. Este fundamento nem sempre é verdadeiro, uma vez que esta racionalidade é limitada, seja porque ao indivíduo nem sempre é dada a totalidade da informação, ou porque ele não possui habilidade suficiente. Muitas vezes, o interesse da instituição difere do interesse do indivíduo. Cass Sunstein acrescenta que esta limitação é fruto de certos preconceitos, como o super-otimismo, concepções próprias de justiça, e muitas vezes as pessoas seguem a heurística, assim como a disponibilidade, que levam a erros, e elas se comportam mais de acordo com a teoria do prospecto que com a teoria da utilidade esperada. Partindo de trabalhos efetuados por cientistas sociais na área de julgamento humano e processo de decisão, juristas têm aumentado seu desejo em repensar esta concepção de racionalidade no contexto do comportamento individual, acrescentando uma diferença primordial entre a análise econômica do Direito e a análise econômico-comportamental do Direito. Esta última oferece uma série de possibilidades e de novas prescrições ao considerar como o sistema legal pode funcionar melhor. Dificuldades cognitivas e distorções motivacionais alteram, por exemplo, o papel do júri ao acessar o tema da negligência e delimitar os pontos controvertidos de fato e de direito em determinado processo criminal.

O ambiente social e organizacional onde o Juiz se encontra determina quais consequências podem ser antecipadas ou não; quais alternativas ele pode considerar e quais ele vai ignorar. Isto implica dizer que há diferenças cruciais em como os teóricos organizacionais não operam com o paradigma econômico padrão. A cultura – normas, rotinas, conhecimento compartilhado e expectativas – é um tema central para os participantes da organização, porque o sucesso básico

pode ser alcançado dentro da tecnologia básica existente no lugar. O sucesso tecnológico cria interesses políticos dentro das instituições, que se vêm afetadas pela mudança tecnológica e estratégica. Assim como em muitos aspectos da sociedade, processo e rotina são inerentemente conservadores. Há uma farta documentação sobre a tendência que as pessoas, que operam em ambientes informacionais tumultuados, têm em adotar formas heurísticas de pensamento.

Muitos Juízes processam uma enorme quantidade de informações, analisando problemas que merecem mais ou menos tempo e atenção na decisão. Este processo deve ser simplificado para que o Juiz não se veja atolado por informações e dados. Há uma certa dificuldade em rever entendimentos a partir de novas tecnologias. A estratégia cognitiva normal é construir informação e eventos de tal forma que eles convalidem atitudes prévias, crenças e impressões. Como todo preconceito, o conservadorismo cognitivo ocorre inconscientemente. Por esta razão, muitos Juízes não se apercebem do preconceito que possuem acerca do uso e aceitação de novas tecnologias aplicadas às suas rotinas de trabalho.

Além do conservadorismo cognitivo, há outro fator de redução deste *stress*: o papel motivacional. Muitas vezes, rever ou aceitar novas rotinas provoca ansiedade, especialmente se esta mudança acarretar problemas. Assim, inconscientemente, Juízes não querem ser importunados com novas informações, minimizando, pois, a ameaça de *stress* e risco.

Considerada esta esfera motivacional, a literatura sobre processo decisório individual mostra uma sistemática tendência das pessoas em superestimar suas próprias habilidades, contribuições e talentos. Estes preconceitos egocêntricos levam ao otimismo e auto-confiança excessivos, gerando uma ilusão de controle. O comprometimento é outro conceito fundamental da psicologia. Uma vez que a pessoa, voluntariamente, compromete-se com uma ideia ou ação, há forte motivação para resistir à evidência que a escolha foi mal sucedida. A teoria da dissonância cognitiva preceitua que, uma vez que o comprometimento é feito, atitudes e crenças mudam para preservar a consistência. Neste sentido, o comprometimento do Juiz em atender às demandas que lhe são trazidas a julgamento pode fazer com que ele aceite a ideia de introduzir, em sua rotina de trabalho, novas tecnologias. Antes mesmo que a instituição seja capaz de se tornar uma organização que **aprende** com as novas tecnologias, é preciso que se resolva este dilema, muito simples, do aprendizado: o sucesso da implantação, por exemplo, do processo eletrônico, depende, cada vez mais, do aprendizado, mas a maioria das pessoas **não sabe aprender**. Trata-se, então, de uma mudança de raciocínio: de um raciocínio de tipo defensivo (de resistência), para um raciocínio produtivo, de abertura ao **novo**.

Mas a informática não intervém apenas na ecologia cognitiva, mas também nos processos de subjetivação individuais e coletivos. Alguns Juízes e Tribunais construíram parte de suas vidas ao redor de arcaicos sistemas de comunicação⁹. Entretanto, de uma forma ou de outra, deixaram-se seduzir pelos dispositivos da informática e das novas tecnologias, numa dimensão tal que estimula o desejo de explorar novos territórios cognitivos, uma vez que o computador conecta-se a novos movimentos culturais, novos espaços e novas ideologias.

4 O desafio do Juiz na atualidade

Pode-se sustentar que existe um paralelo entre certas formas culturais e o uso dominante das tecnologias. Para Pierre Levy, entre outros, ficou claro “[...] que a cultura informático-mediática é portadora de um certo tipo de temporalidade social: o tempo real e de um conhecimento por simulação, não inventariado antes da chegada dos computadores”¹⁰. Nesta linha de aferição, questiona qual a relação entre o pensamento individual, as instituições sociais e as técnicas de comunicação. Esta mesma pergunta pode ser transferida: qual a relação entre o pensamento individual do magistrado, o Poder Judiciário e as técnicas de comunicação? A resposta deve ser sustentada nos enunciados acima expostos: racionalidade limitada, dissonâncias cognitivas e sujeitos.

O sujeito é o Juiz. O objeto é a informática. A relação do Juiz com a informática pode ser vista a partir da cognição e da inteligência. O processo cognitivo é complexo e muitas vezes automático, fora do controle, da vontade deliberada do sujeito, pois a razão é limitada, sofrendo interferências da heurística, da intuição e dos preconceitos implícitos. Estas distorções são enquadradas como **irracionalidade**. Na década de 70, o irracional era identificado com o emocional. De qualquer forma, é claro que existe raciocínio!

Daniel Kahneman¹¹, ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 2002, analisa o papel da emoção, do conhecimento e da percepção na compreensão do risco e incertezas dos negócios. Sua teoria fundamenta-se em dois sistemas: intuição e raciocínio. O primeiro é dominado pela emoção,

⁹Os estudos recentes sobre o Poder Judiciário Brasileiro na ciência social procuram enfatizar as mudanças que esta instituição vem experimentando na sua relação com o Estado e a sociedade. Alguns autores diagnosticam uma virada na atuação da magistratura e a atribuem à nova composição social de seu corpo profissional e às regras democráticas implementadas com a Constituição de 1988 (BONELLI, Maria da Glória. **Profissionalismo e política no mundo do direito**: os desembargadores do TJSP e a construção do profissionalismo. São Paulo: Ed. Sumaré, 2002).

¹⁰LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência**: o futuro do pensamento na era da informática. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1993.

¹¹O israelense Daniel Kahneman, professor de psicologia da Princeton University, ganhou o Prêmio Nobel de Economia em 2002, com sua Teoria do Prospecto, desenvolvida nos anos 70, que deu origem a um novo campo de estudos conhecido como “finanças comportamentais”, “economia comportamental” ou “behaviorismo econômico”. O prêmio foi dividido com

governado pelo hábito, difíceis de modificar e controlar. O segundo sistema é consciente e proposital. É mais lento e capaz de seguir regras. Esta forma de “pensar” também é reproduzida por Pierre Levy, que utiliza-se da arquitetura de computadores para explicar a “arquitetura” do sistema cognitivo humano. Tal como Kahneman, ele sustenta que

Dada a arquitetura do sistema cognitivo humano, é muito mais rápido e econômico recorrer aos esquemas já prontos de nossa memória de longo prazo. Aquilo que retivemos de nossas experiências anteriores pensa por nós.¹²

É neste quadro que se sustenta o primeiro sistema de Kahneman, e a heurística é o meio através do qual recorre-se à memória, intuitivamente.

Neste contexto, a relação do Juiz com as novas tecnologias deve ser concebida como algo que vai além do próprio sujeito, na medida em que estas mesmas tecnologias constituem o futuro do pensamento na era da informática. E porque esta relação deve ser vista como um desafio para um Juiz? Porque o Juiz é parte integrante de uma organização que tem por característica o conservadorismo cognitivo e que, a muito custo, tem se rebelado e buscado novas formas de trabalho. Mas não é só. Há também o desafio de uma mudança antropológica, pois, culturalmente, o Juiz é um indivíduo isolado, que decide sozinho. Esta nova dimensão leva-o a aceitar uma estrutura simplificada, não só de processo de trabalho, mas do próprio ato de decisão. Esta simplificação só será obtida pela disposição pessoal do magistrado no trabalho em equipe. Por isto o desafio antropológico: o trabalho em equipe ou cooperativo é algo cultural, e não somente psicológico e ético¹³.

o economista Vernon Smith, da George Mason University e seu trabalho foi fruto de uma colaboração com o colega Amos Tversky, falecido em 1996. A pesquisa de Kahneman demonstrou a influência psicológica sobre processos decisórios financeiros, revelando incoerências lógicas, subterfúgios e falhas na capacidade humana de tomar decisões – falhas essas que representam a regra e não a exceção no processo cognitivo. Ou seja, Kahneman desafiou o pressuposto de racionalidade dos tomadores de decisões adotado pelas finanças modernas, com seus algoritmos racionais de investimento utilizados nas análises de mercado, em favor de modelos de julgamento sob regime de incertezas. Suas ideias contam com vários seguidores importantes, entre eles o economista Richard Thaler, professor de economia comportamental da Chicago University. Na esfera jurídica, tem como seguidores Cass Sunstein, da Harvard Law School e Christine Jolls, da Yale University.

¹²LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência**: o futuro do pensamento na era da informática. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1993.

¹³Como as mudanças requerem maior capacidade de aprendizagem por parte de todos, em estudo de caso realizado por SERTEK e REIS constatou-se “que o desenvolvimento dos hábitos éticos geram maior cooperação e participação dos funcionários nas atividades da organização e ao mesmo tempo potencializam o clima de confiança mútua para obter maior transparência e compartilhamento de informações, aumentando, portanto a motivação para a aprendizagem”. SERTEK, Paulo; REIS, Dalcio R. **Gestão de mudanças e comportamento ético nas organizações**. Curitiba: PPGTE CEFT/PR – Centro Federal de Educação Tecnológica do Paraná. Disponível em: www.ief.org.br/artigos. Acesso em: 1º fev. 2013. p. 13.

5. Conclusão

Antes de existirem leis, direitos, Juízes e palácios da justiça, havia um ritual. O processo é, inicialmente, um ritual, e durante muito tempo não passou disso mesmo. Um repertório de gestos, palavras, fórmulas e discursos, de tempos e locais consagrados, destinados a dar expressão ao conflito sem pôr em perigo a ordem e a sobrevivência do grupo. Este ritual, que informa o processo, é efetivado num espaço separado. Como sustenta Garapon, “[...] o espaço judiciário é como que uma espécie de mundo temporário no centro do mundo habitual, especialmente construído com vista à função nele exercida”. Este espaço consagra o rito, e a toga funciona como um processo de purificação. A toga cobre um duplo corpo: o próprio corpo do personagem que o veste e o corpo invisível do social. A ritualística parece fazer parte da sociedade e, em especial, do Judiciário¹⁴.

Embora a formalidade e o ritual ainda estejam presentes no processo, várias tentativas têm sido feitas para escapar desta cerimonialidade processual, entre elas, a justiça informal. Juízes saem de suas salas de audiência, de seu templo maior e dirigem-se a espaços periféricos. Não se pode deixar de notar uma enorme dificuldade do Juiz em desvestir-se da toga e do símbolo que ela representa e participar do conflito. O jurisdicionado, por sua vez, acredita no ritual e na representação de poder que a toga confere ao juiz.

No final do Século XX e início do Século XXI, os novos meios de comunicação e as novas tecnologias revela-se como uma forma mais difícil de escapar ao ritual. Tecnologia e justiça disputam entre si espaços democráticos. O desenvolvimento tecnológico é muito mais que uma revolução tecnológica, pois afeta todo o modo como as sociedades se representam a si próprias. Neste palco, o impacto não é só objetivo, mas essencialmente subjetivo. O ritual concentra este movimento de transformação subjetiva do juiz e permite um desdobramento de sua própria personalidade. Não mais se fala na forma lógica e racional de decidir, pois o ato de decidir vai além de compromissos frágeis em dirimir o bem e o mal. O juiz internaliza mitos, preconceitos, crenças que vêm à tona quando do processo cognitivo, inconscientemente, através da heurística.

¹⁴No seu discurso, na posse do Novo Conselho Superior da Magistratura de 1983, o Desembargador Paulista Nereu César de Moraes salienta a existência deste ritual: “Esta casa, velha, já de mais de cem anos, tem suas liturgias; celebram-nas seus membros, com pontual regularidade, para vivificar, no espírito de cada e de todos, as responsabilidades que a toga lhes impõe e para demonstrar aos não-iniciados, a grandeza de sua missão. Essas liturgias avultam nos períodos de crise, quando forças desagregadoras se comprazem em audácias contra a Justiça, procurando minar-lhe os alicerces, esquecidos seus fatores de que Justiça nasceu com o homem e é tão imperecível como o homem”. BONELLI, Maria da Glória. **Profissionalismo e política no mundo do direito**: os desembargadores do TJSP e a construção do profissionalismo. São Paulo: Ed. Sumaré, 2002.

Na medida em que as novas tecnologias destroem os limites de tempo, espaço e objeto que fazem parte deste ritual judiciário, dá-se à luz uma reforma interior do indivíduo-juiz, buscando equilibrar valores¹⁵. Não é por demais lembrar que as qualidades essenciais para um ambiente de trabalho eficaz, que receba estas transformações, passam, necessariamente, por mudanças de comportamento. Ele, juiz, vê-se como indivíduo socializável num mundo novo: o **ciberespaço**. As bases tecnológicas deste espaço são a digitalização e a multimídia. Um enorme potencial de doutrinação reside na capacidade de criar um mundo novo, próprio e global: a **realidade virtual**. Esta realidade pode ser vista como uma forma de controle ideológico, e é nesta realidade que o novo juiz é esperado. Seu grande desafio é sobreviver nesta rede de conexões, sem que haja frustração ou angústia no momento da decisão. A sua busca interior por uma excelência de comportamento torna-se cada vez mais necessária, e o Magistrado precisará contar, cada vez mais, com as qualidades éticas fundamentais dele e das pessoas que vivem neste novo espaço. O ambiente é novo, o processo cognitivo é modificado, há alterações de comportamento; porém, o maior desafio é entender que até os dias atuais, a base dos relacionamentos humanos, sustentada por Aristóteles, ainda sobrevive. As quatro qualidades indicadas por ele, na sua *Ética a Nicômaco*, estão cada vez mais presentes e constituem a chave para o aperfeiçoamento da pessoa e da organização: **prudência** ou qualidade de decisão; **justiça** como qualidade, que é a vontade constante e habitual de dar a cada um o que é devido; a **temperança ou moderação** da emotividade, e a **fortaleza** ou capacidade de resistir e empreender¹⁶.

Referências

BARKER, Eileen. **LSE on freedom**. London: LSE Books, 1995.

BONELLI, Maria da Glória. **Profissionalismo e política no mundo do direito**: os desembargadores do TJSP e a construção do profissionalismo. São Paulo: Ed. Sumaré, 2002.

CHOMSKY, Noam e DIETERICH, Heinz. **A sociedade global**: educação; mercado e democracia. Blumenau: Ed. da FURB, 1999.

CUNHA, J. S. Fagundes. Automação, julgamento eletrônico e inteligência artificial. **Jornal Migalhas**, 6 dez. 2012, Disponível em: www.migalhas.com.br. Acesso em: 20 fev. 2013.

GARAPON, Antoine. **Bem julgar**: ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

¹⁵A tecnologia da informação é uma vasta e constante tecnologia em desenvolvimento, que exercerá, sem dúvida, uma extensa influência na sociedade e confundirá muitos dogmas do *check and balances* já estabelecidos.

¹⁶HOFMANN, Ruth; PELAEZ, Víctor. A psicologia econômica como resposta ao individualismo metodológico. **Revista de Economia Política**, v. 31, n. 2, p. 262-282, abr./jun. 2011.p. 272.

HILLMAN, Robert A. The limits of Behavioral decision theory in legal analysis: the case of liquidated damages. **Cornell Law Review**. New York, EUA. Disponível em: www.lawschool.cornell.edu/research/cornell-law-review/upload/hillman.pdf.

HOFMANN, Ruth; PELAEZ, Victor. A psicologia econômica como resposta ao individualismo metodológico. **Revista de Economia Política**, v. 31, n. 2, p. 262-282, abr./jun. 2011. p. 272.

LECLERC, Henri; THÉOLLEYRE, Jean-Marc. **As mídias e a Justiça: liberdade de imprensa e respeito ao direito**. Bauru: Edusc, 2007.

LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática**. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1993.

KEHL, Maria Rita. **Sobre ética e psicanálise**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

MATTELART, Armand. **A globalização da comunicação**. Bauru: Edusc, 1996.

PELUSO, Antonio Cezar; NAZARETH, Eliana Riperti. (coord.). **Psicanálise, direito, sociedade: encontros possíveis**. São Paulo: Quartier Latin, , 2006.

SEN, Amartya. **Rationality and freedom**. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

SERTEK, Paulo; REIS, Dalcio R. **Desafios para a gestão de mudanças**. Curitiba: PPGTE CEFET/PR – Centro Federal de Educação Tecnológica do Paraná. Disponível em: www.ief.org.br/artigos. Acesso em: 1 fev. 2013.

SERTEK, Paulo. **Gestão de mudanças e comportamento ético nas organizações**. Curitiba: PPGTE CEFET/PR – Centro Federal de Educação Tecnológica do Paraná. Disponível em: www.ief.org.br/artigos. Acesso em: 1 fev. 2013.

SERTEK, Paulo. **Gestão do conhecimento e desenvolvimento organizacional**. Curitiba: PPGTE CEFET/PR – Centro Federal de Educação Tecnológica do Paraná. Disponível em: www.ief.org.br/artigos. Acesso em: 1 fev. 2013.

SUNSTEIN, Cass R. **Behavioral law & economics**. Cambridge: University Press, 2004.

UNGER, Roberto Mangabeira. **What should legal analysis become?** New York: Verso, 1996.

VIANNA, Luiz Werneck. Organizador. **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Ed.UFMG, , 2002.

WIENER, Norbert. **Cibernética e sociedade: o uso humano de seres humanos**. São Paulo: Cultrix, 1954.

A REFORMA CONSTITUCIONAL EMPREENDIDA PELA RATIFICAÇÃO DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA APROVADA PELA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

CONSTITUTIONAL REFORM ORIGINATED BY RATIFICATION OF THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF DISABLED PERSON APPROVED BY UNITED NATIONS

Ricardo Tadeu Marques da Fonseca*

Resumo: Busca-se, neste estudo, demonstrar as consequências da peculiar ratificação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência editada pela ONU, cujo principal efeito deu-se no âmago da Constituição do Brasil, uma vez que o Congresso decidiu evocar o § 3º do art. 5º da Constituição e, em votação qualificada por 3/5 de cada Casa, em dois turnos, notabilizou este Tratado Internacional que versa sobre Direitos Humanos como o primeiro a galgar a esfera mais altaneira da legislação pátria. O cerne da reforma trazida pela mencionada ratificação reside na opção social e política do conceito de pessoa com deficiência adotado pelos Estados Partes do Tratado, de modo a produzir uma virada paradigmática em face das Constituições e legislações ordinárias anteriores ao referido conceito. Outrora as pessoas com deficiência eram definidas a partir do viés clínico, que enaltecia a incapacidade para que realizassem os atos normais da vida, o que implicava, via de regra, políticas de *apartheid*, eis que eram essas pessoas destinatárias de asilamento caritativo, assistencialismo demagógico e alguma atenção, quase sempre falha, no âmbito da saúde pública. A partir do novo conceito é possível afirmar-se que os impedimentos físicos, mentais, sensoriais, intelectuais são atributos das pessoas com deficiência, que, no entanto, dependendo da ocorrência de barreiras tecnológicas, culturais, científicas, entre outras, findam por não participar da sociedade, tampouco logram vivenciar direitos mínimos inerentes à cidadania. Discutem-se, também, os princípios e as regras delineadas pelo Tratado, bem como seus efeitos em face da legislação anterior à ratificação.

*Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná. Professor Universitário, ex-Advogado, ex-Procurador Regional do Ministério Público do Trabalho. Especialista e Mestre em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade de São Paulo e Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Colaborador junto à delegação brasileira indicado pela sociedade civil no grupo *ad hoc* da Organização das Nações Unidas que finalizou o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em dezembro de 2006.

Palavras-chave: Pessoa com deficiência. Tratado internacional. Direitos humanos. Cidadania.

Abstract: We search, in this study, demonstrate the consequences of the peculiar ratification of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities published by UN, whose main effect occurred in the heart of Brazil's Constitution, since Congress decided to recall the third paragraph of Article 5 of Constitution and vote for three-fifths of each house of National Congress in two rounds, distinguishing this International Treaty about Human Rights as the first to reach the most important level of Brazilian law. The core of reform brought by the mentioned ratification is the social and policy option of person with disabilities concept, adopted by the States which make part of Treaty, to produce a change in the paradigm in view of the Constitutions and laws prior to that concept. Other time people with disabilities were defined based on the clinical bias, which praised the inability to carry out ordinary life's acts, implied that, as a rule, apartheid policies, behold these were people receiver of charitable sheltering, demagogic welfare and some attention, almost always failing, in the field of public health. After the new concept it's possible to assure that the physical, mental, sensory and intellectual impediments are attributes of people with disabilities who, however, depending on the occurrence of technological, cultural, scientific among others barriers, don't participate in society, nor to experience minimal rights inherent to citizenship. Are discussed also the principles and the rules outlined by the Treaty and its effects in the face of legislation before ratification.

Keywords: Disabled person. International treaty. Human rights. Citizenship.

1 Introdução

As pessoas com deficiência constituem-se num segmento de cerca de 10% da população mundial, segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS). São, também, aquelas mais caracterizadas por desvantagens sociais e econômicas, as quais se constituem as maiores razões de agravamento das próprias deficiências, ou mesmo a sua causa. Historicamente, esse grupo vulnerável enfrentou adversidades notórias, não apenas quanto ao acesso a seus direitos, mas, sobretudo, vivenciou por períodos milenares um forte movimento de exclusão social, política e cultural.

Há registros históricos¹ no sentido de que, nos primórdios, as pessoas com deficiência eram efetivamente eliminadas, conforme ocorria ritualisticamente em Esparta, quando os bebês "defeituosos" eram devolvidos

¹ALVES, Rubens Valtecedes. **Deficiente Físico:** novas dimensões da proteção ao trabalhador. São Paulo, LTr, 1992.

aos deuses, projetados do alto do Taigeto para uma queda de 3 mil metros; em Roma, a Lei das XII Tábuas também conferia ao *pater familias* o poder de vida e morte sobre seus filhos, faculdade exercida com mais constância em caso de crianças com deficiência. Na Idade Média, a civilização ocidental atribuiu às pessoas com deficiência a pecha do pecado, uma vez que a Igreja comumente mantinha-as sob a caridade exercida em guetos de asilamento. Acreditava-se que a deficiência era fruto do pecado dos pais ou da própria pessoa que adquiria uma limitação física, mental, intelectual ou sensorial.

Embora a Revolução Industrial e as promessas da modernidade tenham trazido certo avanço à posição social das pessoas com deficiência, como o resultado do desenvolvimento tecnológico que viabilizou a invenção de equipamentos como muletas, cadeiras de rodas, macas móveis, a criação do código braile e das línguas de sinais, etc., nada se transformou em relação ao asilamento institucional desses cidadãos, sendo mesmo possível constatar-se que em alguns países ainda autorizam-se abortos quando se prevê que o nascituro poderá adquirir deficiência².

A partir da Segunda Guerra Mundial, porém, iniciou-se um forte movimento de reparação do sofrimento dos heróis de guerra, o que se verificou mais intensamente nos países que, por óbvio, atuaram no palco dos confrontos. Apenas três décadas depois, entretanto, a Organização das Nações Unidas adotou o ano de 1981 como ano internacional das pessoas com deficiência, o qual se comemora anualmente dia 3 de dezembro (Dia Internacional de Luta da Pessoa com Deficiência).

Proliferaram tratados a versar sobre o tema da pessoa com deficiência desde então, iniciando-se pela Convenção n. 159, de 1983, da OIT, e respectiva Recomendação n. 168. A Comunidade Europeia, por intermédio do tratado geral de sua criação, também preocupou-se em eliminar as formas de discriminação em relação aos segmentos vulneráveis, inclusive as pessoas com deficiência; o Tratado de Amsterdã, adotado no Conselho Europeu daquela capital, de junho de 1997, o qual passou a vigor em 1999, alterou o tratado original da Comunidade Europeia para coibir, por meio de tribunal próprio, qualquer afronta aos direitos fundamentais e sociais dos cidadãos europeus, combatendo a discriminação em face de grupos vulneráveis, incitando à inclusão de pessoas com deficiência.

²A Nova Zelândia autoriza e estimula o aborto seletivo de bebês com deficiência por razões econômicas, segundo a organização não-governamental Saving Downs, daquele país, e, segundo Mike Sullivan, porta-voz da ONG: “O governo investe US\$ 75.000 para detectar cada bebê com síndrome de Down no útero”. Disponível em: <http://www.inclusive.org.br/?p=21124>. Acesso em: 18 fev. 2013. Os povos indígenas do Xingu, no Brasil, ainda procedem ao ritual de extermínio de bebês com deficiência, enterrando-os vivos. Algumas organizações não-governamentais ficam à espreita para tentar salvar as crianças e retirá-las da cova para, sem intervir na cultura tribal, buscar-lhes uma esperança de vida.

Também em 1999 edita-se a Convenção Interamericana para eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência (Convenção da Guatemala), ratificada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n. 198, de 13.6.2001, e promulgado pelo Decreto n. 3.956, de 8.10.2001. Essa Convenção foi a primeira a adotar o conceito social de deficiência³ nos seguintes termos:

Artigo I. Para os efeitos desta Convenção, entende-se por:
1. Deficiência. O termo 'deficiência' significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.

Seguem-se a ela diversas declarações internacionais como a Declaração de Madrid, de 23.3.2002; Declaração de Caracas, de 18.10.2002; Declaração de Sapporo, aprovada em 18.10.2002; e Declaração de Quito, de 11.4.2003.

Esse esforço histórico internacional visa contextualizar a grande reforma constitucional assumida pelo Brasil ao ratificar a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, aprovada pela ONU em 2006, e seu Protocolo Facultativo com fulcro no § 3º do art. 5º da Constituição, emprestando ao Tratado, portanto, foro constitucional. O ato em apreço pôs fim a uma larga discussão histórica que se travara entre a doutrina jurídica brasileira e o STF, em que os doutrinadores insistiam no argumento de que o § 2º do art. 5º da CF já era hábil a alçar os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil ao âmbito constitucional, ao passo

³Esta convenção concentrou toda a produção do Direito Internacional até então vigente e expressa dos seguintes instrumentos: Convenção sobre a readaptação profissional e o emprego de pessoas com deficiência da OIT (Convenção 159), a Declaração dos Direitos do Retardado Mental (AG.26/2856, de 20 de dezembro de 1971), a Declaração das Nações Unidas dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência (Resolução 3.447, de 9 de dezembro de 1975), o Programa de Ação Mundial para as Pessoas Portadoras de Deficiência, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas (Resolução 37/52, de 3 de dezembro de 1982), o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, "Protocolo de San Salvador" (1988), os princípios para a proteção dos doentes mentais e para a melhoria do atendimento de saúde mental (AG.46/119, de 17 de dezembro de 1991), a Declaração de Caracas da Organização Pan-Americana da Saúde, a resolução sobre a situação das pessoas portadoras de deficiência no Continente Americano [AG/RES.1249 (XXIII-O/93)], as Normas Uniformes sobre igualdade de oportunidades para as pessoas portadoras de deficiência (AG.48/96, de 20 de dezembro de 1993), a Declaração de Manágua, de 20 de dezembro de 1993, a Declaração de Viena e Programa de Ação aprovados pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, das Nações Unidas (157/93), a resolução sobre a situação das pessoas portadoras de deficiência no hemisfério americano [AG/RES.1356 (XXV-O/95)] e o Compromisso do Panamá com as pessoas portadoras de deficiência no continente americano [AG/RES.1369 (XXVI-O/96)].

que o judiciário, pelo seu órgão máximo, mantinha a interpretação anterior a 1988 no sentido de que tais tratados equivaliam a leis ordinárias⁴. A Emenda n. 45/2004 visou justamente superar esse debate ao acrescentar o § 3º ao dispositivo constitucional ora em comento, por meio do qual, cumprido um quórum qualificado de 3/5 dos parlamentares em cada Casa e votação em dois turnos, a ratificação dar-se-á constitucionalmente.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência inaugurou o procedimento por meio do Decreto Legislativo n. 186, de 2008, promulgado pelo Decreto Presidencial n. 6.949, de 2009. Antes dela, todavia, a emenda já propiciou importante decisão da Suprema Corte brasileira que, finalmente, avançou acerca dos efeitos da ratificação de tratados internacionais sobre direitos humanos. O ministro Gilmar Mendes, ao apreciar os efeitos da ratificação do Tratado de San José, logrou convencer o Pretório Excelso no sentido de que tais normas, exatamente pela combinação dos §§ 2º e 3º do art. 5º, assumiram *status* de regras e princípios supraleais⁵.

Esse trabalho destina-se a divulgar a ratificação constitucional dessa convenção, que infelizmente é desconhecida por grande parte dos cidadãos e dos profissionais do direito, bem como analisar o seu conteúdo axiológico e regravativo que, sem dúvida, acarretou uma radical inversão de posições em relação às pessoas com deficiência e a sociedade, conforme se verificará pela análise das circunstâncias que caracterizaram o processo de elaboração e votação dessa convenção, bem como dos efeitos do próprio texto em relação ao ordenamento constitucional e legal dos brasileiros.

⁴“Mostra-se inteiramente infundada, no tocante em particular aos tratados de direitos humanos, a tese clássica – ainda seguida em nossa prática constitucional – da paridade entre os tratados internacionais e a legislação infraconstitucional” (TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, *apud* MENDES, Gilmar, voto-vogal Recurso Extraordinário 466.343-1/SP). “De qualquer forma, no magistério de Francisco Rezek, veiculado em Direito dos Tratados, uma vez promulgada, a convenção passa a integrar a ordem jurídica em patamar equivalente ao da legislação ordinária. Assim, a nova disciplina da matéria, ocorrida a partir de 6 de novembro de 1992, implicou a derrogação do Decreto-Lei n. 911/1969, no que se tinha como abrangente da prisão civil na hipótese de alienação fiduciária. O preceito da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, limitador de prisão por dívida, passou a vigor com estatura de legislação ordinária, suplantando, assim, enfoques em contrário, relativamente a essa última, até então em vigor” (HC n. 72.131-1/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio).

⁵“Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de **supralealidade** aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de **supralealidade**. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana” (Recurso Extraordinário 466.343-1).

2 A Convenção Dialógica

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da ONU, foi proposta pela delegação mexicana em 2002 e tramitou em tempo recorde ao ser concluída em dezembro de 2006, a partir do trabalho de um Comitê *ad hoc* composto por 192 países-membros, o Brasil inclusive. Durante as discussões sobre o conteúdo do texto, os grupos representantes das pessoas com deficiência politicamente organizados em todo o mundo mobilizaram-se de modo a propiciar amplo debate intercontinental e institucional de tal intensidade que a própria Organização das Nações Unidas entendeu por bem credenciar organizações não governamentais e organismos coletivos que as congregam, a fim de que interviessem na própria confecção do texto.

O governo brasileiro imbuuiu-se de incentivar o debate internamente por intermédio da Coordenadoria de Direitos da Pessoa com Deficiência, à época capitaneada pela Dr^a. Isabel Loureiro Maior. Houve reuniões periódicas do comitê *ad hoc*, as quais culminaram em dezembro de 2006, período em que, durante vinte dias, logrou-se um texto consensual, cujo teor, segundo Sr. Don McKey, diplomata neozelandês que presidiu os trabalhos, foi ditado largamente pelas cerca de oitocentas pessoas com deficiência de todo o mundo que lá estavam.⁶

Esses fatos notabilizaram-se e efetivamente distinguiram a Convenção. A ideia da democracia participativa, defendida por Habermas e seus seguidores, materializou-se pelo diálogo direto entre diplomatas de todo o mundo e pessoas com deficiência. A troca de experiências intercontinental, transcultural, técnica e política efetivamente imperou, e o resultado corporificou-se em trinta dispositivos normativos e vinte concernentes aos métodos de aplicação, adoção, vigência e monitoramento do tratado. Votou-se, outrossim, Protocolo Facultativo também concernente a mecanismos de fiscalização do tratado que, por sinal, propicia a denúncia contra Estados-Membros, tanto coletiva quanto individualmente, por cidadãos eventualmente lesados pelo descumprimento das suas diretrizes.

Suscitam-se, aqui, como se observa, questões candentes acerca do Direito Constitucional e do Direito Internacional. A própria Convenção em análise explícita, no preâmbulo⁷, que as normas por ela estabelecidas visam instrumentalizar o segmento tutelado de modo a dar eficácia à ideia de unidade, de interdependência e de indivisibilidade dos direitos humanos.

⁶Em entrevista para a rádio ONU à época, Don McKey afirmou que 71% do texto do tratado em comento foi efetivamente escrito a partir das contribuições trazidas pelos cidadãos com deficiência.

⁷Os Estados Partes da presente Convenção, c. Reafirmando a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relação de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como a necessidade de garantir que todas as pessoas com deficiência os exerçam plenamente, sem discriminação.

Seu intento primordial, portanto, é dar “voz” jurídica às pessoas com deficiência, assegurando-lhes acesso aos direitos humanos individuais e sociais aos quais até então não haviam obtido; visando também dar eficácia aos direitos humanos materializados nos tratados que antecederam a Convenção, quais sejam, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção sobre os Direitos da Criança e a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias.

Há, como se verifica, uma forte preocupação em retomar os tratados básicos (pactos de 1966), os quais se espraiam para aqueles voltados a grupos vulneráveis, tais como etnias discriminadas, mulheres, crianças e adolescentes, migrantes e pessoas submetidas a trabalhos forçados ou cruéis. Isso se dá porque se constatou, a partir da Segunda Guerra Mundial e dos fatos que a geraram, que a crença na segurança democrática das leis majoritárias mostrou-se uma quimera que elegeu Hitler e Mussolini, que, por sua vez, majoritariamente também apoiados, oprimiram os judeus, os homoafetivos, os ciganos, os adversários políticos, as pessoas com deficiência e outras minorias raciais.

Com todo o respeito aos que pensam em contrário⁸, a Convenção em foco compõe um conjunto sistemático que demonstra a universalidade dos direitos humanos e sua interdependência. Nesse sentido é que emerge patente o intento de sua universalidade. É claro que os tratados espelham normas e princípios gerais, talvez inerentes à condição humana e decorrentes do princípio basilar contido na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, segundo o qual “todo ser humano nasce

⁸Segundo Marés, os tratados internacionais consagram tão-somente os direitos dos povos abrangidos pelos estados-membros. Desconsideram, no entanto, aqueles povos que convivem com o direito estatal, no interior dos territórios dos Estados, mas não gozam de autodeterminação, tal como se dá com os indígenas ou quilombolas (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Multiculturalismo e direitos coletivos**. Disponível em: <http://www.damclydetucker.cl/Documentos/Antropologia/Multiculturalismo%20Derechos%20Colectivos.pdf> Acesso em: 4 fev. 2013). Em sentido oposto, Flávia Piovesan: “introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada” (*apud* PASSOS, Edésio. **Para todos: o movimento político das pessoas com deficiência**. *Revista LTr*. Ano 76, p. 1035, set. 2012).

livre e igual em dignidade e direitos". Cada povo, porém, interpreta-os e aplica-os a seu modo, de forma consentânea com sua realidade histórica, política e cultural, devendo ser repudiada qualquer pretensão hegemônica no sentido de se intervir para que determinada interpretação sobre tais direitos prevaleça. A condição feminina nos países muçulmanos pode eventualmente chocar-se com aquela concebida pelos ocidentais, mas é intocável, inquestionável, na medida em que aquelas mulheres a elas se filiam espontaneamente ou progressivamente conquistem avanços democráticos, buscando eventualmente apoio em organizações em defesa de seus direitos.

O que ressalta em relação às pessoas com deficiência é que não têm assegurados direitos humanos básicos como os de ir e vir, de livre expressão, acesso ao trabalho, livre pensamento, entre outros, e esta ação global que se concentrou na Organização das Nações Unidas desde os anos 80, e que culminou com o tratado ora em análise, pode garantir-lhes efetiva ação libertária. Vale dizer, o caráter dialógico do tratado outorgou-lhe conteúdo anti-hegemônico na medida em que os institutos ali contidos foram resultantes das reivindicações milenares de pessoas com deficiências sensoriais, físicas, mentais e intelectuais e, conforme se verificará, franqueiam, por isso mesmo, ferramentas jurídicas efetivamente revolucionárias. Nesse sentido, os ensinamentos de Habermas⁹.

Os direitos de participação política remetem à institucionalização jurídica de uma formação pública da opinião e da vontade, a qual culmina em resoluções sobre leis e políticas. Ela deve realizar-se em formas de comunicação, nas quais é importante o princípio do discurso, em dois aspectos: O princípio do discurso tem inicialmente o sentido cognitivo de filtrar contribuições e temas, argumentos e informações, de tal modo que os resultados obtidos por este caminho têm a seu favor a suposição da aceitabilidade racional: o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito. Entretanto, o caráter discursivo da formação da opinião e da vontade na esfera pública política e nas corporações parlamentares implica, outrossim, o sentido prático de produzir relações de entendimento, as quais são 'isentas de violência', no sentido de H. Arendt, desencadeando a força produtiva da liberdade comunicativa. O poder comunicativo de convicções comuns só pode surgir de estruturas da intersubjetividade intacta.

⁹HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade, v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 190/191.

A propositura habermasiana fez-se notar intensamente nos debates que pautaram o texto do tratado, conforme foi reconhecido pelo próprio presidente dos trabalhos. A aplicação da norma, porém, ficará ao alvedrio de cada povo de cada estado-membro, e será mais ou menos eficaz a depender da mobilização democrática em seu entorno. É inegável, todavia, que a nova forma de fiscalização e monitoramento da convenção que decorre do Protocolo Facultativo, potencializados pelos sistemas de comunicação telemática, acena como uma esperança de que a mesma mobilização política que gerou o tratado poderá assegurar-lhe eficácia.

Sobreleva notar, ademais, que a atuação dos direitos humanos em prol dos grupos vulneráveis vai além da simples pretensão sistemática de sua universalidade. A nota que advém dos discursos jurídicos veiculados pelas convenções em prol dos grupos vulneráveis já apontados propiciará manifestações majoritárias que reflitam a diversidade dessas minorias, ou seja, seus diversos matizes humanos a legitimar tanto a eficácia dos direitos individuais e coletivos quanto a própria possibilidade de aprimoramento daqueles standards que foram lançados pelo pacto dos direitos civis e políticos e pelo pacto dos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como de sua interdependência.

O art. 1º da Declaração de 1948 consagra, portanto, a ideia de que não há liberdade sem igualdade, nem esta sem aquela. Segundo Joaquín Herrera Flores, a interdependência e unidade dos direitos humanos caracterizam-nos como um diamante ético¹⁰. As diferenças inerentes à condição humana são dialeticamente fatores, qualidades ou atributos dos indivíduos que se irmanam na própria condição humana e nessa medida nos igualam justamente na valorização da diversidade. A liberdade individual e a igualdade entre todos são valores que afirmam a unicidade dos direitos humanos. Este diamante ético é de fato precioso, uno, indivisível, duro, e simultaneamente fluido, porque a crença nos direitos humanos, a luta pela sua eficácia depende da firme convicção de todos nós. Eis aí o seu aspecto ético. A diferença e a igualdade nos irmanam, portanto. Nesse sentido, preleciona, então, o professor espanhol: “pensar os direitos unicamente a partir de uma de suas faces é deixá-lo em mãos do mais forte. Fazer reluzir a outra face, o outro rosto dos direitos, supõe dar voz aos excluídos, aos dominados”¹¹. Milita, assim, na seara dos ensinamentos de Emmanuel Levinas¹².

¹⁰FLORES, Joaquín Herrera. **El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón libera: hacia una visión compleja de los derechos humanos**. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.

¹¹*Id.* **O nome do riso**. Porto Alegre: Movimento, 2007, p. 121.

¹²“A verdade do ser não é a imagem do ser, a ideia da sua natureza, mas o ser situado num campo subjectivo que deforma a visão, mas permite precisamente assim à exterioridade exprimir-se, toda ela mandamento e autoridade: toda ela superioridade. Esta inflexão do espaço intersubjectivo converte a distância em elevação, não desfigura o ser, mas apenas torna possível a sua verdade”. LEVINAS, Emmanuel, **Totalidade e infinito**. Lisboa: Ed. 70, 1980. p. 271.

3 Os efeitos da convenção sobre os cidadãos com deficiência do Brasil

Arion Sayon Romita, já nos idos de fevereiro de 2000, ao comentar a Lei de Cotas para pessoas com deficiência¹³ (art. 93 da Lei n. 8.213/1991), que passava a vigorar por força da edição do respectivo Decreto Regulamentar (Decreto n. 3.298/1999), encetava importante propositura acerca do princípio da igualdade universalizado pela Declaração do Homem e do Cidadão, de 1791, e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. A interpretação sobre a igualdade, como se sabe, alterou-se historicamente a partir do ponto de vista mais ou menos liberal. Em 1799, a igualdade que se pregava era aquela tão-somente formal, que visava proteger os cidadãos individualmente considerados contra os abusos do Estado, bem como submeter igualmente governantes e governados ao império da lei; em meados do século XIX, no entanto, inicia-se a construção teórica que culmina na Declaração de 1948, no sentido de que a igualdade deve propiciar condições materiais tanto aos indivíduos quanto aos grupos sociais, cabendo ao direito “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na justa medida da desigualdade”.¹⁴

Romita, dessarte, observa que as ações afirmativas lastreadas no art. 3º da Constituição do Brasil revelam-se como um passo adiante em relação à igualdade material. Afirma o juslaboralista que a tutela em favor das pessoas com deficiência apresenta-se como a igualdade real, especificamente porque este grupo social e outros vulneráveis necessitam de atenção especial que vai além do desfavorecimento econômico que pautou a edificação da igualdade material. São questões de transversalidade afetas ao gênero, à condição econômica, às etnias e a demais fatores de discrimen, os quais se acentuam especialmente em relação às pessoas com deficiência. Vem à baila, portanto, a lapidar formulação de Boaventura de Sousa Santos, que traça novas diretrizes ao conceito de igualdade ao afirmar que “temos o

¹³ROMITA, Arion Sayão. O acesso ao trabalho das pessoas deficientes perante o princípio da igualdade. *Revista Gênese*, n. 15 (86), fev. 2000. Curitiba: Gênese, 2000, p. 184.

¹⁴O princípio da equidade foi delineado por Aristóteles ao afirmar que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Embora tal afirmação atingisse largo alcance na construção do conceito de equidade tanto para o direito romano quanto para todo o direito ocidental, não superou os aspectos de injustiça social que pautavam a sociedade greco-romana e as que dela se derivaram. Refere-se à própria aceitação da escravidão ou da servidão como fatos normais e decorrentes da condição pessoal que diferenciaria naturalmente os indivíduos, inserindo-os em “castas” inalteráveis. Informa Domenico de Masi: apenas 8% dos gregos participavam da ágora, tão-somente os patriarcas ou seus descendentes diretos. As discussões que surgiram no século XIX e XX acerca da igualdade material aprimoram-se com Rui Barbosa, que acrescenta à parêmia aristotélica a expressão “na justa medida da desigualdade”, para ensejar a valorização do Estado de Bem-estar social, então em franca expansão. Esta construção aperfeiçoa o conceito da igualdade formal para a perspectiva da igualdade material, no sentido de que o direito deve fortalecer juridicamente os grupos socialmente desvalidos, protegendo-os contra o abuso do poder econômico.

direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza”.¹⁵

Esta apreciação preliminar sobre a igualdade parece essencial para que se delineiem as razões que levaram à ratificação constitucional do presente tratado. O Congresso Nacional votou rapidamente, embora perplexo, a ratificação diferenciada de que aqui se cuida por reconhecer que o segmento das pessoas com deficiência, no Brasil, encontra-se alijado de acesso a direitos humanos básicos, e que tal condição deriva de um total despreparo da sociedade para compreender as peculiaridades que caracterizam tais cidadãos do ponto de vista cultural, econômico, tecnológico e social, e assim fornecer meios para que os atributos concernentes aos impedimentos sensoriais, mentais, intelectuais ou físicos não impeçam sua plena participação em sociedade, meios esses que residem justamente na eliminação das barreiras socialmente existentes.

Não se cuida, dessa maneira, de tratar de forma paternal a matéria ou tampouco de superprivilegiar as pessoas com deficiência. O que se busca a partir da ratificação constitucional do tratado é propiciar espaço para políticas públicas que, de forma transversal, superem as adversidades notoriamente existentes nas cidades e no campo em razão das barreiras arquitetônicas e da inadequação do transporte; nas escolas, em razão da falta de metodologia adequada para crianças e jovens com deficiências participarem das escolas comuns; nas empresas e administração pública, para que a independência que advém do trabalho próprio seja assegurada a esses cidadãos; nos espaços de cultura e lazer, de modo a se garantir que as barreiras linguísticas e arquitetônicas não os impeçam de vivenciar o contato libertário com a felicidade e o conhecimento artístico e cultural. Trata-se, como se quer demonstrar, de aquinhoar cerca de 45 milhões de brasileiros com deficiência.¹⁶

4 Comentários sobre o texto normativo e sua virada radical a partir do novo conceito de pessoa com deficiência

A terminologia adotada pela ONU “pessoa com deficiência (PcD)” visa escoimar os estigmas que se contêm em expressões como “pessoa portadora de necessidade especial (PPNE)”, “pessoa deficiente (PD)” ou “pessoa portadora de deficiência (PPD)”, as quais vinham sendo adotadas até a ratificação da Convenção. Ser pessoa com deficiência é

¹⁵SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org). **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo cultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 458.

¹⁶O último censo do IBGE constatou que existem 45 milhões de brasileiros com alguma deficiência declarada. Entre estes, 24 milhões afirmaram ser pessoas com deficiências moderadas e severas, as quais podem decorrer de acidentes, causas congênicas ou mesmo das características inerentes aos idosos.

uma característica que não contém em si mesma qualquer pejo; não se carregam as deficiências; não se portam, como se vírus fossem; também são dispensáveis eufemismos genéricos. Logo, onde se lia, na Constituição do Brasil, “pessoa portadora de deficiência”, leia-se pessoa com deficiência (PcD). Trata-se de evolução político-social, eis que as Constituições anteriores utilizavam as expressões “inválidos”, “incapazes” ou “deficientes”. Em 1988, avançou-se para a expressão PPD, que não mais vige em razão dos efeitos da ratificação constitucional do tratado.

A mais veemente reivindicação das pessoas com deficiência que compareceram à ONU durante a elaboração do texto da Convenção concentrava-se no abandono do viés clínico que sempre pautou o tratamento jurídico que lhes era conferido. A própria Convenção n. 159 da OIT e as declarações que dela decorreram, bem como as legislações nacionais, sublinhavam, ao conceituar pessoas com deficiência, a sua **incapacidade** para o exercício dos atos **normais** da vida, e a partir dessa visão concediam a esses cidadãos tratamento assistencialista ou de atenção médica quase sempre precário e que os mantinha em condição institucional de isolamento caritativo ou clínico. A nota dominante até aquele momento era a total omissão do Estado, que no máximo estimulava organizações não governamentais a atender às pessoas com deficiência em relação à sua educação, trabalho, lazer, cultura, esporte etc.

Queria-se a construção de um conceito político de deficiência e foi o que se obteve. Em que pese o fato de que a Convenção Interamericana dos Direitos da Pessoa com Deficiência (Convenção da Guatemala) já se houvesse aproximado das questões sociais para definir seu campo de abrangência, conforme já dito acima, não o fez com a veemência necessária, tanto que sua ratificação pelo Brasil em nada alterou a legislação em vigor, tampouco o quadro político-constitucional. O dispositivo mais discutido em todos os encontros do grupo de trabalho *ad hoc* foi precisamente o art. 1º e o conceito que nele se contém, pois o consenso que se travara acerca da necessidade de superação da definição clínica de deficiência demandou intensa procura por palavras aceitáveis para que se sustentasse.

A delegação brasileira propunha o seguinte conceito:

[...] pessoa com deficiência é aquela que apresenta limitações físicas, sensoriais e intelectuais, as quais em interação com fatores políticos, culturais, tecnológicos, econômicos e sociais têm sua participação social afetada de acordo com o grau de incidência desses fatores.

Esta definição havia sido estabelecida em largas discussões em âmbito nacional e internacional, e retratava não apenas a concordância do governo brasileiro, mas o clamor dos cidadãos com deficiência que participavam dos debates em todos os continentes. Durante as discussões, todavia, esta explicitação dos fatores de discriminação contra as pessoas com deficiência recebeu forte resistência, sobretudo de países como a China, a Índia e a Rússia, tendo em vista os reflexos que arcariam com políticas públicas considerando-se sua enorme massa populacional.

A solução encontrada em dezembro de 2006 foi a de elencar exemplificativamente, e de forma não taxativa, os fatores políticos de caracterização das deficiências no preâmbulo nas alíneas “e” e “v”, assim dispostas:

[...]

e. Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

[...]

v. Reconhecendo a importância da acessibilidade aos meios físico, social, econômico e cultural, à saúde, à educação e à informação e comunicação, para possibilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.¹⁷

O conceito daí resultante foi inserido no art. 1º logo após a fixação normativo-axiológica dos propósitos da convenção, que são os de “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”. Adotou-se o seguinte conceito:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.¹⁸

¹⁷BRASIL. Decreto n. 6.949/2009, de 25 de agosto de 2009. Diário Oficial da União: 26 ago. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 18 fev. 2013.

¹⁸*Ibidem*

O conceito em apreço estrutura-se de forma bipartida, uma vez que estabelece uma equação em que as características das pessoas com deficiência combinam-se com as suas condições sócio-culturais e de tal combinação exsurge a deficiência. Poder-se-ia traduzir a presente equação no seguinte axioma: **limitações físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais + barreiras sociais, econômicas, culturais, tecnológicas e políticas = deficiência**, de modo que, presentes os impedimentos pessoais e as barreiras, a deficiência se caracteriza. Por outro lado, ante a existência dos primeiros e a mitigação ou eliminação dos segundos, inexistirá deficiência.

A reivindicação de todos quantos pretendiam um instrumento jurídico eficaz aos propósitos enunciados pelo art. 1º do Tratado era a de caracterizar os impedimentos físicos, mentais, intelectuais e sensoriais como atributos pessoais de determinados cidadãos cuja acessibilidade aos direitos humanos condicionar-se-ia às barreiras sociais em toda a sua inteireza, retirando-se das condições pessoais a natureza de fato gerador das deficiências, de modo a transferi-lo à sociedade. Vários dispositivos normativo-axiológicos do Tratado corroboram este intento. Faz-se possível, portanto, afirmar que a partir da ratificação da Convenção em nosso país, nossa Constituição é precisa ao indicar que cerca de 45 milhões de brasileiros com algum impedimento desse jaez merecem políticas públicas para que as deficiências sociais, barreiras atitudinais, culturais, tecnológicas, econômicas, políticas etc. sejam sanadas a fim de que possam fruir os direitos humanos básicos. Deficiente, portanto, será a sociedade quanto maiores forem as barreiras que se impõem aos cidadãos com os impedimentos de que se cuidam.

Um aspecto importante quanto à legislação brasileira é que as pessoas com transtorno psicossocial foram inseridas pela ratificação da Convenção em estudo no rol daquelas beneficiadas pelas políticas públicas voltadas às pessoas com deficiência. Embora a Lei n. 10.216/2002 já versasse sobre métodos de desospitalização, esses cidadãos não eram protegidos pelas leis ordinárias e decretos, os quais tratavam apenas das pessoas com deficiência intelectual, assim definidas pelo Decreto n. 3.298, de 1999:

[...] deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: a) comunicação; b) cuidado pessoal; c) habilidades sociais; d) utilização dos recursos da comunidade; e) saúde e segurança; f) habilidades acadêmicas; g) lazer; e h) trabalho.¹⁹

¹⁹BRASIL. Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 dez. 1999, Seção 1, n. 243, p.10-15. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm. >. Acesso em: 18 fev. 2013.

Observe-se que a palavra mental está mal empregada no Decreto, eis que a norma evidentemente se referia a pessoas com deficiência intelectual. O fato de a Convenção mencionar as deficiências mental e intelectual distintamente impõe a presente interpretação.

A grande virada institucional, política e jurídica reside, portanto, no fato de que as legislações e tratados anteriores definiam deficiências a partir das incapacidades pessoais, físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais que pudessem eventualmente afetar o exercício normal dos atos da vida e que por esse motivo suscitavam tratamento clínico, adotando-se o Código Internacional de Doenças para definir as deficiências e as políticas públicas. Subsequentemente, restringiam-se a tratar esses cidadãos como pessoas diferentes, passíveis de cuidados médicos ou assistenciais.

Prosseguindo no intento de caracterizar a deficiência como um fator social, o art. 2º fixa definições que nortearão a interpretação e a aplicação do tratado, ao delinear conceitos concernentes à comunicação, língua, discriminação por motivo de deficiência, adaptação razoável e desenho universal. Essas diretrizes são explicitadas para possibilitar canais em que as pretensões das pessoas com deficiência e a sociedade interajam de modo eficaz. Quanto à comunicação, elegem-se sistemas criados pelas pessoas com deficiência como o braille, língua de sinais, textos ampliados, dispositivos de multimídia acessível etc.. A discriminação é qualquer ato de diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, sendo de se assinalar que também se considera discriminação a recusa de adaptação razoável do meio social para as necessidades das pessoas com deficiência. Adaptação razoável, a seu turno, é aquela

[...] modificação necessária e adequada e os ajustes que não acarretem um ônus desproporcional ou indevido, quando necessários em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam desfrutar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais²⁰.

Já o

[...] desenho universal significa a concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados, na maior medida possível, por todas as pessoas, sem que seja necessário um projeto especializado ou ajustamento.²¹

²⁰BRASIL. Decreto n. 6.949/2009, de 25 de agosto de 2009. Diário Oficial da União: 26 ago. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 18 fev. 2013.

²¹*Ibidem*

O art. 3º, de sua parte, elenca os princípios normativos, indicando autonomia, independência e dignidade inerente da pessoa com deficiência. Trata-se, aqui, de conceber a pessoa com deficiência como sujeito ativo das próprias escolhas, atos, gestos e manutenção da sobrevivência. A autonomia da qual se cuida é aquela concernente à eliminação de barreiras arquitetônicas para que as pessoas com deficiência física exerçam por si o direito de ir e vir, a eliminação de barreiras linguísticas para que os cegos e surdos tenham acesso à informação escrita e falada, bem como quanto a medidas de ação afirmativa que garantam acesso a cultura, trabalho, lazer, entre outros. Centraliza-se o presente princípio na dignidade inerente ao ser humano, remetendo-se o Tratado, desta feita, à Declaração de 1948. Reitera a Convenção também o princípio da não discriminação, ou seja, no sentido de que políticas públicas encetem medidas de adaptação do meio para que a deficiência social não se mantenha como motivo de exclusão. Reafirma-se, igualmente, o princípio do direito à participação plena, que pareceria redundante em face dos demais. A intenção da reafirmação desse princípio é no sentido de que a pessoa com deficiência deve ser sempre ouvida e participar das questões que lhe digam respeito no âmbito individual e, acima de tudo, nas políticas públicas. O lema central dos atores que intervieram na Convenção era *nothing about us without us*.

O princípio medular do dispositivo ora em comento é a seguir enunciado: “o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade”. Constitui-se aqui, efetivamente, a pedra de toque axiológica do tratado, eis que as limitações ou impedimentos dos cidadãos cegos²², surdos, paraplégicos, tetraplégicos, com Síndrome de Down²³, com transtornos psicossociais ou quaisquer outros outrora estigmatizantes têm nessas características atributos, qualidades, agora equiparadas às demais que sempre caracterizaram a diversidade humana, como gênero, etnia, orientação afetivo-sexual, origem, crença, convicção política ou qualquer outro fator de discrimen. Os impedimentos não mais são considerados “defeitos”, incapacitantes por si, insista-se, são atributos que diferenciam esses cidadãos, apenas. Obviamente, esta nova visão não exclui as políticas de saúde ou assistência quando necessárias, mas avança para muito além delas, de modo a reconhecer que tais atributos não são pechas que justifiquem qualquer forma de asilamento ou de segregação “caritativa”.

²²Na canção Choro Bandido, de autoria de Edu Lobo e Chico Buarque, há um verso expressivo em que o poeta dirige-se à musa utilizando-se da seguinte expressão: “Mesmo que você fuja de mim/Por labirintos e alçapões/Saiba que os poetas como os cegos/Podem ver na escuridão”.

²³“É claro que eu sei que temos uma cópia a mais do cromossomo 21. Mas todo dia nasce um bebê *down* ou um bebê torto, ou loiro, ou moreno, ou mais inteligente, ou menos. Nós somos apenas parte da imensa diversidade dos seres humanos. Por isso, somos normais” (Folha de São Paulo, 4 mar. 2013, em entrevista com o ator Ariel Goldenberg, que tem Síndrome de Down, protagonista do filme Colegas).

Os demais princípios são os da igualdade de oportunidade, evidentemente aquela tomada nas suas três faces (formal, material e real), a acessibilidade no sentido de que as sociedades devem fazer-se receptivas em todos os níveis para acolher os cidadãos com os atributos que agora se cogitam e, finalmente, o de que mulheres e crianças com deficiência merecem tratamento especialmente peculiar por assomarem-se à deficiência as condições de gênero e infância que, por elas mesmas, sempre foram fatores de vulnerabilidade, os quais acrescidos à condição social, ou independentemente desta, agravam posição sócio-política das pessoas com deficiência, a evidenciar a transversalidade que qualifica a questão.

O art. 4º estabelece as obrigações dos Estados Partes para a implementação e universalização do Tratado em seus territórios, no sentido de que desestimulem práticas e costumes discriminatórios contra pessoas com deficiência, atualizem as legislações, estabeleçam políticas públicas para a divulgação das capacidades das pessoas com deficiência e de suas necessidades, formem profissionais habilitados para a educação, saúde, reabilitação e habilitação das pessoas com deficiência para o convívio social, promovam o desenvolvimento de pesquisas para o avanço da tecnologia para tais necessidades, fomentem políticas de alargamento dos direitos econômicos, sociais e culturais, incluam pessoas com deficiências e suas instituições na tomada de decisões das políticas públicas a elas dirigidas. No item “4”, institui-se, ainda que:

Nenhum dispositivo da presente Convenção deverá afetar quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, os quais possam estar contidos na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado. Não deverá haver nenhuma restrição ou derrogação de qualquer dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte da presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e liberdades ou que os reconhece em menor grau.²⁴

Os demais dispositivos da Convenção explicitam as regras que instrumentalizarão as legislações dos países que aderirem ao tratado. Dispõem sobre igualdade e não discriminação, mulheres com deficiência,

²⁴BRASIL. Decreto n. 6.949/2009, de 25 de agosto de 2009. Diário Oficial da União: 26 ago. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 18 fev. 2013.

crianças com deficiência, conscientização, acessibilidade, direito à vida, situações de risco e emergências humanitárias, reconhecimento igual perante a lei, acesso à justiça, liberdade e segurança da pessoa, prevenção contra tortura ou tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, prevenção contra a exploração, a violência e o abuso, proteção da integridade da pessoa, liberdade de movimentação e nacionalidade, vida independente e inclusão na comunidade, mobilidade pessoal, liberdade de expressão e de opinião e acesso à informação, respeito à privacidade, respeito pelo lar e pela família, educação, saúde, habilitação e reabilitação, trabalho e emprego, padrão de vida e proteção social adequados, participação na vida política e pública e participação na vida cultural e em recreação, lazer e esporte. Esses temas são tratados nos arts. 5º a 30º, cujo conteúdo expor-se-á perfunctoriamente:

- O art. 5º reitera o conteúdo dos arts. 2º e 3º. Estabelece, ademais, que as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não deverão ser consideradas discriminatórias. Está assim a estimular as políticas de ação afirmativa como cotas de empregos, ou oportunidades na educação;

- Os arts. 6º e 7º reproduzem os tratados anteriores referentes a crianças e mulheres, traçando, todavia, instrumentos jurídicos para que incidam em favor daquelas com deficiência;

- O art. 8º aborda a indispensabilidade de percepção quanto às características inerentes às pessoas com deficiência sob o enfoque de popularizar seu conhecimento pela sociedade;

- O art. 9º disciplina a acessibilidade ao dispor sobre temas como barreiras arquitetônicas internas e externas, comunicação, telecomunicações, linguagem, acesso à informação, transporte, moradia, entre outros;

- Os arts. 10º e 11º regulam, respectivamente, o direito à vida e à proteção em caso de calamidades e guerras. Isso se deve ao fato de que em alguns países ainda há hoje legislações que autorizam o chamado “aborto eugênico” quando se constata o risco de nascimento de criança com deficiência grave, ou em que as primeiras vítimas, em caso de calamidade pública, como já se constatou, são as pessoas com deficiência que adquiriram pela norma direito a tratamento prioritário. Na Alemanha nazista, as vítimas de guerra e os próprios alemães com deficiência foram submetidos aos campos de concentração e às câmaras de gás. Preocupavam-se os promotores do art. 11º com uma medida que venha a banir esta mancha da memória humana;

- O art. 12º discorre acerca do reconhecimento igual da capacidade jurídica para a fruição dos direitos, bem como para o exercício dos atos jurídicos por todas as pessoas com deficiência, inclusive mental, intelectual ou sensorial, devendo ser respeitada a sua capacidade de decisão, garantindo-se, entretanto, proteção por meio da tutela ou da curatela em caráter suplementar, tal como

ocorre com a interdição parcial prevista no Código Civil Brasileiro, que assume, doravante, maior relevância, eis que caberá ao Juiz preservar sempre a capacidade residual de participação e decisão de eventuais interditandos. Há aqui uma inversão de padrões em relação à praxe brasileira, que sempre partiu da interdição total para a posterior redução em favor da capacidade constatada ou posteriormente adquirida;

- O art. 13º garante acesso à Justiça, competindo ao Judiciário tornar-se acessível em todos os seus misteres, no que concerne, portanto, à acessibilidade física, comunicativa e atitudinal com o fito precípua de prestar a jurisdição a todas as pessoas, adaptando-se em face das demandas dos segmentos aqui estudados. Deve, por exemplo, propiciar intérpretes de língua brasileira de sinais para que a jurisdição dê-se plenamente aos surdos, uma vez que a língua brasileira de sinais é língua oficial do Brasil por força da Lei n. 10.436/2002²⁵;

- Os arts. 14º a 18º cuidam da liberdade e segurança da pessoa; prevenção contra a tortura, a tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes; prevenção contra a exploração, a violência e o abuso; proteção da integridade da pessoa e liberdade de movimentação e nacionalidade. Realçam-se, aqui, os critérios universais de proteção da pessoa contra a violência, a institucional inclusive. Cuidam-se, assim, das condições atinentes a tratamentos médicos e hospitalares, que devem observar o direito do paciente de ser informado sobre suas condições de saúde e tratamentos possíveis para que os autorize. Versam também os dispositivos em comento sobre o direito ao devido processo em casos de questões penais ou prisionais. Outro aspecto a ser lembrado refere-se aos direitos de migração, nacionalidade e segurança pública;

- Os arts. 19º a 21º pugnam pela vida independente, pela inclusão na comunidade; pela mobilidade social, pela liberdade de expressão e de opinião e pelo acesso à informação. O conceito de vida independente implica a plena inserção da pessoa com deficiência na comunidade e no asseguramento dos meios para tanto. São instrumentos ou mesmo pessoas que possam apoiá-los de forma a viabilizar o exercício pleno dessa participação. Visa-se, com isso, romper os muros de isolamento institucional. A mobilidade social, a seu turno, é o segundo passo do processo de inserção, com vistas a garantirem-se canais de ascensão social

²⁵O artigo em tela ensejou a edição da Recomendação n. 27 do CNJ, que disciplina minudentemente a matéria e sugere que os órgãos do Judiciário criem comissões de acessibilidade com a finalidade de adotarem-se as providências para que a Convenção se faça cumprir integralmente a partir da consulta a pessoas com deficiência e de adoção de medidas concretas para assegurar o acesso à justiça em todos os seus vieses. O Conselho Superior da Justiça do Trabalho editou a Resolução 64, cujo conteúdo versa sobre medidas de acessibilidade para jurisdicionados surdos. Observa-se, no entanto, que a maior parte dos operadores do Direito sequer conhece a existência da Convenção, muito menos seus efeitos constitucionais.

da pessoa com deficiência. A liberdade de expressão, de opinião e de acesso à informação se viabilizará pela adoção de tecnologias que possibilitem a difusão de linguagens especiais, como aquelas utilizadas por cegos e surdos; a instrumentalização desses objetivos está hoje assegurada pela aplicação da informática e de procedimentos para a inclusão de intérpretes de línguas de sinais e divulgação de livros e textos em braile, ou outro formato acessível como o áudio, além de sistemas telefônicos adaptados aos surdos;

- O art. 22º institui o direito à privacidade da pessoa com deficiência em igualdade com as demais pessoas, sublinhando a inviolabilidade de seu domicílio e da sua correspondência, preservando-se, sobretudo, os seus dados pessoais, mesmo no que diga respeito à estruturação de políticas públicas. O próprio cadastramento de pessoas com deficiência, para o dimensionamento dessas políticas, deve resguardar-lhes a privacidade;

- O art. 23º versa sobre o direito de constituir, manter e planejar a família por pessoas com deficiência; preserva, também, o direito à filiação natural ou adotiva, bem como os cuidados inerentes à guarda aos pais com deficiência. Impõe, outrossim, o direito de crianças com deficiência serem devidamente atendidas pelos pais ou familiares, centralizando-se a proteção convencional na manutenção do núcleo familiar primário, mesmo por meio de políticas públicas de apoio;

- O art. 24º é um verdadeiro tratado jurídico e político em prol da educação inclusiva, nota fulcral dos debates que enriqueceram o texto pactuado na Organização Internacional. Em 5 itens e 11 subitens defende-se o primado de que crianças, jovens e adultos com deficiência devem estudar em escolas comuns, regulares, nas modalidades de: ensino superior, treinamento profissional, educação de jovens e adultos e aprendizado continuado, sem discriminação e em igualdade de condições com as demais pessoas. Devem ser empregados métodos especiais, inclusive quanto às linguagens adequadas, como o braile e língua de sinais, ou sistemas tecnológicos que supram as deficiências físicas e sensoriais, além de métodos pedagógicos para pessoas com deficiência mental e intelectual. Visa-se, com isso, assegurar-lhes igualdade de oportunidades educacionais inclusivas em todos os níveis, com objetivos específicos para o desenvolvimento do senso de cidadania, pertencimento social e da personalidade da pessoa com deficiência.

Esse dispositivo constitui a base para o sucesso das políticas públicas, uma vez que a escola é o primeiro *locus* de participação política e social fora do âmbito familiar. A convivência, ademais, entre jovens e adultos com e sem deficiência desde a infância rompe tabus, quebra correntes institucionais e, naturalmente, propicia o aprendizado do respeito à diversidade humana. É possível afirmar-se, mesmo, que a escola inclusiva universalizada fará dispensável, ao longo dos anos, qualquer outra política de ação afirmativa. Sem ela, ao contrário, os esforços de inserção da pessoa com deficiência em sociedade serão esvaziados.

As escolas especiais desenvolveram, em décadas no Brasil, um trabalho muito elogiável, até porque suprimam o vazio estatal. Não se quer, com isso, eliminá-las ou deixar se reconhecer a sua importância histórica. É mister, porém, que o conhecimento por elas acumulado seja compartilhado por toda a sociedade, iniciando-se uma gestão pública e privada da questão, com vistas a romper o isolamento que tem caracterizado a educação de crianças, jovens e adultos com deficiência no Brasil, isolamento esse que se irradia para todos os outros setores da vida social. A Convenção é categórica nesse sentido, sendo mesmo possível afirmar que o art. 208º, III, da CF foi parcialmente revogado, uma vez que estabelecia a mera preferência da escola regular em face da especial. A norma em apreço, ao revés, determina ser obrigatória a matrícula de pessoas com deficiência na escola comum. As políticas públicas, portanto, devem articular um modelo de interação entre a escola comum e a especial, que pode ser transitório ou até permanente, considerando a tradição linhas atrás referida;

- O art. 25º dispõe sobre a saúde e prioriza a universalidade da saúde pública e privada para a população urbana e rural. A partir do livre consentimento da pessoa com deficiência, busca suprir suas necessidades específicas em relação à prevenção ou agravamento das deficiências, inclusive. Exorta, finalmente, ao desenvolvimento de pesquisas para a garantia da qualidade de vida das pessoas com deficiência;

- O art. 26º regulamenta o direito à habilitação e à reabilitação, particularmente nas áreas de saúde, emprego, educação e serviços sociais;

- O art. 27º sintetiza a Convenção n. 159/1983 da OIT, que se refere ao direito ao trabalho em igualdade de oportunidade com as demais pessoas. Trata-se da proibição de discriminação da pessoa com deficiência no trabalho, de seu recrutamento e acesso ao emprego, da manutenção do posto de trabalho, da ascensão profissional e das condições seguras e salubres de trabalho. Normatiza, ainda, o trabalho por conta própria, o cooperativismo e o acesso ao serviço público à pessoa com deficiência. Assegura, para tanto, qualificação profissional, direitos trabalhistas e previdenciários, incentivos fiscais e políticas de cotas nas empresas, apoio à livre iniciativa para pessoas com deficiência empreendedoras, além do direito à sindicalização. Impõe aos Estados a permanente qualificação de educadores com vistas à formação, à habilitação e à reabilitação de pessoas com deficiência para o mundo do trabalho. Exorta à criação de políticas públicas para a inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho. Finalmente, consagra a liberdade de trabalho, vedando trabalho escravo ou servil, bem como forçado ou compulsório e o combate à exploração de pessoas com deficiência.

O Brasil conta com ampla legislação de garantia de acesso de pessoas com deficiência ao trabalho, por meio de cotas obrigatórias em empresas com mais de cem empregados, em percentual de 2% a 5%, dependendo do número total de colaboradores - Lei n. 8.213, art. 93º e

Decreto n. 3.298/1999. Também a Constituição assegura no art. 37º, VIII, a reserva de cargos e empregos públicos por meio de concursos. Ocorre, porém, que embora se reconheçam amplos avanços na colocação de pessoas com deficiência nas empresas e mesmo na esfera pública, desde 2000, época em que se começaram a implementar as normas em questão, muito há que se fazer com vistas à universalização desses direitos, já que há um *deficit* crônico de formação educacional e profissional das pessoas com deficiência em nosso País. Há que se superar, sobretudo, a política pública assistencialista que vem a desestimular o ingresso do cidadão com deficiência no mundo competitivo, uma vez que recebe da assistência social o benefício de prestação continuada, bastando que alegue incapacidade e renda familiar de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

A percepção dessa renda acaba, por vezes, sendo a fonte de sustento de muitas famílias apesar do seu baixo valor e, por isso mesmo, os filhos são desestimulados a estudar, trabalhar ou até a sair de casa. De acordo com a norma convencional em questão, essa política assistencialista deveria ser casada a outras de acesso à educação e ao trabalho. A Lei n. 12.470/2011 milita em favor dessa propositura, na medida em que autoriza a cumulação do benefício de prestação continuada com o salário de pessoas com deficiências aprendizes por até dois anos. O contrato de aprendizagem para pessoas com deficiência é peculiar, pois não está sujeito a teto etário, diferenciando-se dos demais, cujo limite etário é 24 anos. Admite-se, também, aprendizagem de pessoas com deficiência intelectual e mental (Lei n. 11.180/2005). O ideal, porém, seria a instituição de um benefício suplementar ao salário de todas as pessoas com deficiência habilitadas, cujo pagamento dar-se-ia até a aposentação (a proposta aqui ventilada assemelha-se ao auxílio-acidente, que é pago a pessoas com deficiência reabilitadas. Tratar-se-ia de tratamento isonômico entre os habilitados e reabilitados);

- Os arts. 28º e 30º enumeram os direitos ao padrão de vida e à proteção social adequados, à participação na vida cultural e na recreação, no lazer e no esporte. Pretende-se aqui assegurar-se o direito à condição de vida digna, com o mínimo indispensável para tanto, e mais, o direito de acesso ao lazer, à cultura, aos esportes, às artes, entre outros. O intuito é de tornar a pessoa com deficiência um ser humano completo e plenamente realizado em todas as instâncias para uma vida de qualidade e verdadeiramente feliz;

- Finalmente, o art. 29º evidencia o direito à participação política da pessoa com deficiência – direito de votar e ser votado - esse direito deve ser exercido em igualdade de condições com os demais cidadãos. Dessa forma, devem-se garantir “procedimentos, instalações e materiais para votação apropriados, acessíveis e de fácil compreensão e uso”. Assegura-se, ainda, o voto secreto, livre e universal, bem como o direito a se candidatarem livremente a cargo eletivo ou funções públicas. Garante-se, finalmente, a livre expressão da vontade da pessoa com deficiência como eleitor e

a possibilidade de que utilize apoios pessoais ou técnicos no exercício dessa vontade. Estimula-se a participação de pessoas com deficiência em partidos políticos e organizações não governamentais, essas de âmbito internacional, nacional, regional e local, para que se façam representar coletivamente na vida pública.

5 Conclusões

a) as pessoas com deficiência recebem tratamento discriminatório milenar. As legislações da antiguidade autorizavam o extermínio de pessoas com deficiência, fato ainda ocorrente em alguns países. Na Idade Média receberam tratamento caritativo que as excluiu do convívio social, e esse assistencialismo perdura até o presente na maior parte dos países, impondo-lhes condição de verdadeira morte civil;

b) a partir dos anos 80, as pessoas com deficiência mobilizaram-se e lograram sucessivos tratados internacionais, que culminaram com a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, da ONU, de 2006. O Brasil ratificou-a com status constitucional, sendo este o primeiro tratado cuja ratificação deu-se por via do § 3º do art. 5º, trazido por força da Emenda n. 45/2004;

c) a ratificação em apreço acarreta verdadeira revolução jurídica acerca das pessoas com deficiência, uma vez que se abandona o assistencialismo e a visão clínica que permeavam as legislações anteriores. Adota-se o conceito político de deficiência, pelo qual é possível afirmar-se que os impedimentos físicos, mentais, intelectuais ou sensoriais são atributos dos cidadãos, os quais, em interação com barreiras sociais, culturais, econômicas, tecnológicas, atitudinais, ensejam a deficiência. Esta, portanto, encontra-se na sociedade, sendo seu dever fazer-se menos deficiente para que estes cidadãos fruam os direitos humanos que são inerentes à sua dignidade;

d) a Convenção contém 30 dispositivos normativos assim elencados: propósito; definições; princípios gerais; obrigações gerais; igualdade e não discriminação; mulheres com deficiência; crianças com deficiência; conscientização; acessibilidade; direito à vida; situações de risco e emergências humanitárias; reconhecimento igual perante a lei; acesso à justiça; liberdade e segurança da pessoa; prevenção contra a tortura ou os tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes; prevenção contra a exploração, a violência e o abuso; proteção da integridade da pessoa; liberdade de movimentação e nacionalidade; vida independente e inclusão na comunidade; mobilidade pessoal; liberdade de expressão e de opinião e acesso à informação; respeito à privacidade; respeito pelo lar e pela família; educação; saúde; habilitação e reabilitação; trabalho e emprego; padrão de vida e proteção social adequados; participação na vida política e pública; participação na vida cultural e em recreação, lazer e esporte.

6 Referências

ALVES, Rubens Valtecidos. **Deficiente Físico** – Novas dimensões da Proteção ao trabalhador. São Paulo,: LTr, 1992.

BRASIL. Decreto 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 dez. 1999, Seção 1, n. 243, p.10-15. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm>. Acesso em: 18 fev. 2013.

BRASIL. Decreto n. 6.949/2009, de 25 de agosto de 2009. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 ago. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 18 fev. 2013.

FLORES, Joaquín Herrera. **El Vuelo de Anteo**. Derechos Humanos y Crítica de la Razón Liberal. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.

FLORES, Joaquín Herrera. **O nome do riso**. Porto Alegre: Movimento, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade, volume I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LEVINAS, Emmanuel. **Totalidade e Infinito**. Edições 70, Lisboa, 1980.

ROMITA, Arion Sayão. O acesso ao trabalho das pessoas deficientes perante o princípio da igualdade. **Revista Gênesis**, n. 15 (86), fevereiro de 2000. Curitiba: Gênesis, 2000.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *In*: SOUSA SANTOS, Boaventura de (Org). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo cultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Multiculturalismo e direitos coletivos**. Disponível em: <<http://www.damclydetucker.cl/Documentos/Antropologia/Multiculturalismo%20Derechos%20Colectivos.pdf> .> Acesso em: 4 fev. 2013.

SULLIVAN, Mike. **O governo investe US\$ 75.000 para detectar cada bebê com síndrome de Down no útero**. Disponível em: <<http://www.inclusive.org.br/?p=21124>.> Acesso em: 18 fev. 2013.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos, nos planos intercausal e nacional. *In*: MENDES, Gilmar. Recurso Extraordinário STF 466341-1/SP (voto-vogal).

INDEPENDÊNCIA JUDICIAL *VERSUS* PODER DISCIPLINAR

JUDICIAL INDEPENDENCE *VERSUS* DISCIPLINARY POWER

Adriano Mesquita Dantas*
Guilherme Guimarães Feliciano**

Resumo: O artigo examina a independência do Poder Judiciário na sua perspectiva mais sensível, a saber, a liberdade técnica de convicção e o dever de decisão fundamentada de todo e qualquer membro da Magistratura. Nessa medida, refuta a possibilidade de que a adoção de certo entendimento jurídico possa valer, ao juiz, procedimentos disciplinares ou mesmo prejuízos em promoções (no que anda mal, por exemplo, a Resolução CNJ n. 106), e desenvolve o princípio da independência judiciária a partir de uma perspectiva constitucional.

Palavras-chave: Poder judiciário. Magistratura. Poder disciplinar.

Abstract: This paper examines the Judicial Power independence in its most sensitive perspective, i.e., the technical freedom of conviction and the reasoned duty of decision of all and any Magistracy member. Accordingly, it is refuted the possibility that the adoption of certain juridical understanding may incur in disciplinary procedures to the judge or even affect adversely its promotions (in this regard, the Resolution CNJ n. 106, is faulty) and develops the judicial independence principle, from a constitutional point of view.

Keywords: Judiciary. Magistracy. Disciplinary Power.

*Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região/PB, Professor Universitário e Presidente da Amatra13 - Associação dos Magistrados do Trabalho da 13ª Região. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Pós-graduado em Direito do Trabalho e em Direito Processual Civil pela Universidade Potiguar (UnP). Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino (UMSA).

**Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté/SP e ex-Presidente da Amatra15 - Associação dos Magistrados do Trabalho da 15ª Região. Doutor e Livre-Docente em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor Associado do Departamento de Direito do Trabalho e de Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor-Assistente Doutor do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté (UNITAU).

A independência do Poder Judiciário e, por consequência, da Magistratura Nacional, é inequivocamente um dos pilares do Estado Democrático de Direito (arts. 2º, 5º, inciso LIV, e art. 95, incisos I a III, da CF). Ao exercer a jurisdição, o Magistrado deve estar seguro e isento de qualquer interferência externa. Não deve sofrer pressões, nem tampouco retaliação ou sanção *si et* quando decide e atua com base no respectivo entendimento jurídico, **ainda que não seja o majoritário**. Não pode, jamais, sofrer influências impertinentes no processo de formação do convencimento.

O exercício da judicatura pressupõe independência, liberdade e tranquilidade para a análise justa e isenta dos casos que lhes são submetidos, em todas as suas peculiaridades e com todas as suas idiossincrasias.

Nessa linha, o ordenamento jurídico garante aos Juízes a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio (art. 95 da CF), bem como assegura a ampla liberdade aos Magistrados na condução dos processos (art. 765 da CLT e arts. 130 e 652 do CPC), só tolerando a punição destes nos casos da LOMAN. Por outro lado, o ordenamento jurídico garante o direito de a sociedade saber os motivos e fundamentos dos atos processuais praticados (art. 93 da CF).

É, nesse contexto, fundamental a valorização, o respeito e a afirmação do Poder Judiciário como típico Poder do Estado, independente e autônomo, livre de qualquer interferência que possa eventualmente comprometer ou interferir no mérito das decisões judiciais.

Não obstante, verificamos, com certa frequência, a instauração e o processamento do Procedimento Administrativo Disciplinar – PAD contra Magistrados onde se discute e questiona, pura e simplesmente, o mérito de decisões judiciais. Isso se dá tanto nas Corregedorias quanto nos Tribunais, Conselhos Superiores e Conselho Nacional de Justiça, tanto por representação quanto de ofício.

Tais representações decorrem, ordinariamente, da insatisfação com a diligência do Magistrado no exercício de suas funções jurisdicionais, o qual, utilizando-se de meios previstos pela legislação para dar efetividade ao provimento judicial, contraria os interesses daqueles dados ao costume da recalitrância indevida e aos artifícios processuais procrastinatórios e ardis.

É, pois, inadmissível e inaceitável que decisão judicial devidamente fundamentada e baseada no livre convencimento motivado do Magistrado seja alvo de representação disciplinar, apenas por divergir do entendimento da parte ou por contrariar seus interesses.

Nesse encaixe, resulta indiscutível ser **atentatório** à independência dos Magistrados a instauração de qualquer modalidade de procedimento administrativo – em especial os de natureza disciplinar (PAD) e as sindicâncias que os precedem – ou mesmo a atuação das Corregedorias naqueles casos ou situações em que a atuação do Magistrado se pauta em entendimento jurídico devidamente exposto e fundamentado.

Com efeito, a garantia da segurança jurídica, nos Estados Democráticos de Direito, é dada pela **fundamentação** da decisão judicial (art. 93, IX, da CF), não pelo engessamento da atividade judicante segundo parâmetros de constitucionalidade, legalidade e justiça ditados por órgãos judiciários de cúpula (à exceção dos casos constitucionalmente previstos: a jurisdição constitucional de tipo concentrado — que surte efeitos vinculantes *erga omnes* — e, após o advento da EC n. 45/2004, as súmulas vinculantes do Excelso Pretório).

Não há, então, como relativizar a garantia de independência de entendimento dos Magistrados, ainda que desagrade a parte e seja contrária ao entendimento majoritário da doutrina, jurisprudência ou, ainda, dos órgãos imbuídos do poder disciplinar.

Para rever e questionar decisões judiciais fundamentadas há meios e recursos processuais próprios, não sendo aceitável o uso transversal da via disciplinar. Também não é aceitável o uso da via correicional ou disciplinar com o propósito de atingir a honra, a dignidade e o decoro do Magistrado simplesmente por discordar do mérito de seus atos judiciais.

Como sabemos, a função tipicamente correicional é inerente às matérias eminentemente **administrativas**, sem interferência na convicção jurídica dos Magistrados (eis que, nos termos do art. 40 da LOMAN, “[a] atividade censória de Tribunais e Conselhos é exercida com o resguardo devido à dignidade e à independência do magistrado”).

Urge, pois, que a instauração de PAD ou mesmo de sindicância seja precedida de um rigoroso exame de admissibilidade, processando-se apenas aqueles casos em que se denote desvio de conduta ou efetiva falta funcional cometida por dolo ou fraude, rechaçando-se, de plano e liminarmente, questionamentos contra o mérito de decisões judiciais devidamente fundamentadas.

Urge, ainda, a aplicação de sanções àqueles que abusam do direito de denúncia¹, trazendo sérios prejuízos à democracia e à atividade jurisdicional, na medida em que angustia e abala emocionalmente o Magistrado, desvia o foco de sua atuação e instaura um escabroso quadro de insegurança jurídica e vulneração das prerrogativas constitucionais da Magistratura.

Acusar de maneira leviana o Magistrado que, dentro da legalidade e do razoável, age de maneira independente, diligente e destemida, sempre em busca da efetividade do provimento jurisdicional, é uma clara e evidente tentativa de inibir sua conduta, caracterizando, na verdade, típico abuso do direito de denúncia, que não deve ser tolerado, mas sancionado severamente.

¹“**Abusa do direito de reclamar e de denunciar no âmbito administrativo-disciplinar a pessoa que não apresenta com a petição inicial os elementos necessários à apuração e**, ao longo do procedimento, demonstra completo desinteresse em comprovar os fatos alegados” (CNJ – REVDIS 42 – Rel. Cons. Rui Stoco – 49ª Sessão – j. 9.10.2007 – DJU 25.10.2007).”

Lamentavelmente, corregedores, partes e advogados vêm usando esse expediente como forma de pressionar o Magistrado a seguir esse ou aquele entendimento jurídico ou, pior, a se averbar suspeito. Outros, de forma até leviana, pretendem atingir a honra e a boa reputação do Magistrado.

Entretanto, o Magistrado que não se coloca em rota de colisão literal e propositada com a Constituição da República ou com as leis do país (art. 2º do Código de Ética da Magistratura Nacional) não pode ver suas decisões objeto de revisão correicional ou reprimenda disciplinar; dizer o contrário não é nada menos que tisonar a **independência judicial** (insculpida no art. 35, inciso I, e art. 40 da LOMAN, e justamente um dos **valores democráticos** a que se reporta aquele preceito do Código de Ética).

Portanto, não cabe às Corregedorias perseguir “**infração de hermenêutica**”, sob pena de atentarem contra os próprios fundamentos da República (art. 1º, incisos III e V, arts. 2º e 3º, inciso I, da CF) e do Poder Judiciário nacional (art. 93, *caput*, da CF, c/c art. 40, *in fine*, da LOMAN). E isso vem infelizmente ocorrendo em vários tribunais regionais, mercê do teor das normas ora impugnadas.

Os Magistrados devem gozar de plena **liberdade de convicção** e **autonomia pessoal** no exercício do mister jurisdicional. Sua liberdade de convicção não pode ser arrostada sequer pela instância superior (tanto que lhe é dado, sempre, **ressalvar** o próprio entendimento, no 1º grau ou nos órgãos colegiados). E, por conseguinte, **não pode ser punido administrativamente pelas teses jurídicas que perfilhar ou externar**, ainda que incomuns ou minoritárias. Não fosse assim, teríamos “não-juízes”: servidores autômatos que, em 1º grau de jurisdição, limitar-se-iam necessariamente a repetir as teses do 2º grau e a reproduzir as emendas das súmulas dos tribunais superiores. Essa certamente não seria uma Magistratura democrática.

Tampouco é constitucional ou jurígeno impor aos Magistrados de 1º e 2º grau, com força administrativa, soluções jurídicas engendradas nas instâncias superiores, ainda quando ali sejam pacíficas (exceto, por evidente, nas hipóteses constitucionalmente autorizadas: decisões em ações de controle concentrado de constitucionalidade e súmulas vinculantes do C.STF). Entre as várias instâncias processuais, por imanência ao *procedural due process of law*, há tão-só **um dever de respeito** às decisões judiciais concretas de grau superior, no plano jurídico-decisório (não, porém, no plano jurídico-argumentativo); e, ainda assim, **nos limites do processo** (ou toda súmula de jurisprudência seria necessariamente vinculativa).

Nada mais que isso!

O magistrado de 1º grau pode discordar das subsunções e razões de fato e de direito do 2º grau ou até mesmo das instâncias superiores; **pode**, por isso mesmo, ressalvar seus entendimentos e decidir segundo a sua própria interpretação do sistema jurídico, mesmo quando o faça em desacordo com

decisões de tribunais superiores; e não poderá ser punido por isso, nem ver sua decisão revista em sede correicional, porque não são os corregedores seus juízes naturais de revisão. O mesmo vale para os desembargadores, em relação aos corregedores nacionais. Magistrados *a quo* apenas não pode **rever intraprocessualmente** o que foi decidido nas instâncias superiores, ante as regras de competência hierárquica. Quanto ao mais, porém, **não há hierarquias**. Leia-se, por todos, nas palavras felizes do Desembargador NERY DE OLIVEIRA:

A tal modo, se resulta lógico que a administração centralizada nos Tribunais pressupõe uma obediência aos comandos de gestão e administração por tais Cortes enunciadas, logicamente **tais atos administrativos não ensejam qualquer perda dos atributos de independência do juiz, notadamente na sua atividade-fim, mas também indiretamente qualquer ingerência que possa pretender vir a perturbar aquela, ainda que emanada de órgãos internos do Judiciário**. Para que assim fosse, o artigo 95 haveria de comportar exceções, e tais não existem para permitir que juízes de Cortes superiores sejam maiores que outros.

Na verdade, **todos os juízes são iguais**, mesmo aquele magistrado da comarca mais humilde e longínqua do País em relação ao ministro do Supremo Tribunal Federal — o que os distingue, basicamente, são as competências jurisdicionais distintas, que confere a uns e outros, em dados momentos, maior status social (e não pouco é lembrar que muitas vezes o juiz da comarca do interior, quase esquecida por todos, é muito mais prestigiado na sua localidade que qualquer ministro do STF, pois são as suas decisões que influem diretamente no cotidiano daquela comunidade).

Ainda que possa parecer absurdo, a inexistência de qualquer hierarquia entre os Juízes vem capitulada no artigo 6º da Lei 8.906/94, exatamente o Estatuto da Advocacia, quando assevera que “**não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos**”, havendo que se ponderar que **tal dispositivo não se dirige apenas à inexistência de subordinação e hierarquia dos advogados em relação a juízes e membros do Ministério Público, mas também entre estes**, sob pena também da regra primeira acabar desvirtuada².

²OLIVEIRA, Alexandre Nery de Hierarquia e subordinação judiciárias. Inconstitucionalidade. In: *Jus Navigandi*. Teresina, ano 5, n. 48, dez/2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=246>. Acesso em: 14 jun.2011 — g n.).

Ainda, no abalizado escólio de GOMES DA CRUZ³:

Temos feito várias referências à independência do magistrado, salientando que **as garantias constitucionais se voltam para preservar tão fundamental atributo da magistratura. Logo, todo juiz deve agir com independência, até em relação à instância superior**, sabido que **esta só possui**, em relação ao órgão de grau inferior, **competência de derrogação**. Claro, não se exclui o poder disciplinar, mas **não interferindo diretamente na atuação do juiz** em matéria processual.

Mais além, em plagas europeias – e há décadas –, GOMES CANOTILHO⁴ identificou, no **princípio constitucional da independência dos órgãos judiciais** (consagrado na Constituição portuguesa de 1976 e inerente a todos os Estados Democráticos de Direito), três corolários: o da **independência pessoal** (donde a impraticabilidade das nomeações interinas e das transferências, suspensões, aposentações e demissões à margem da lei ou **em razão das decisões emanadas**), o da **independência coletiva** (autonomia da judicatura - inclusive orçamentária – em relação aos demais poderes da República) e o da **independência funcional**. Quanto a essa última, assevera que:

A **independência funcional** é uma das dimensões tradicionalmente apontadas como constituindo o **núcleo duro do princípio da independência**. Significa ela que **o juiz está apenas submetido à lei – ou melhor, às fontes de direito jurídico-constitucionalmente reconhecidas – no exercício da sua função jurisdicional**.

Consequentemente, o juiz de 1º grau não está obrigado a acatar teses ou entendimentos de instância superiores, se pessoalmente não os crê conformes às fontes de direito jurídico-constitucionalmente reconhecidas (a não ser, no caso brasileiro, em hipóteses cobertas por **súmulas vinculantes** exaradas pelo STF, mercê da norma ínsita ao art. 103-A da CF). Está, sim, obrigado a acatar o **resultado** dos arestos que lhe reformam as decisões, **nos limites de seus comandos dispositivos concretos** (neste caso, “pronunciar-se sobre a contradição apontada na sentença”). Não mais do que isso. Não se obriga, por exemplo, **a reproduzir**, em nova sentença, os conceitos, as teses e as convicções perfilhadas pelo relator na fundamentação do voto.

³CRUZ, José Raimundo Gomes da **Lei Orgânica da Magistratura Nacional interpretada**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p.44 (g.n.).

⁴CANOTILHO, J. J. Gomes **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 617-618 (g.n.).

No mesmo sentido, mais recentemente, tem se pronunciado iterativamente o E. Conselho Nacional de Justiça, **excluindo** a possibilidade de se recorrer à instância administrativa disciplinar e/ou revisional para “corrigir” ou “punir” *errores in judicando*. Veja-se:

Recurso Administrativo em Revisão Disciplinar. Insurgência contra decisão monocrática que indeferiu pedido de apuração da responsabilidade dos magistrados que atuam em processos judiciais de interesse da requerente e contra o indeferimento de afastamento destes e do desembargador que é parte nos processos na defesa da guarda de seu neto. Recurso não provido. A Revisão Disciplinar não se presta à indagação de *quaestionis juris*, nem ao ataque do *error in judicando* do magistrado. A pretensão de incursão em atos judiciais proferidos em juízo constitui matéria que se posta fora do âmbito de competência do CNJ. Essa atuação no plano judicial só se revê através dos meios postos na legislação processual, pela via do recurso judicial cabível, sendo inadequada e incabível a Revisão Disciplinar para essa finalidade (CNJ, REVDIS n. 200810000005120 e REP n. 200810000005118, Rel. Cons. RUI STOCO, 65ª Sessão, j. 24.6.2008, in DJU 05.8.2008 – g.n.).

Recurso Administrativo em Reclamação Disciplinar. Arquivamento. Atos judiciais passíveis de recurso. Inexistência de infração funcional. 1) O CNJ não é instância de revisão de decisões proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário no exercício da típica atividade jurisdicional. 2) Os fatos trazidos aos autos pelo reclamante não apresentam cometimento de infração funcional. Recurso a que se nega provimento (CNJ – RD 391 – Rel. Cons. JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO SÁ, 69ª Sessão, j. 9.9.2008, in DJU 26.9.2008 – g.n.).

Magistrado. Descumprimento de dever funcional. Art. 35, I, da LOMAN. Inexistência. Regular exercício da atividade jurisdicional. Princípio do livre convencimento motivado. *Error in judicando*. O Juiz tem o dever legal de observar as suas obrigações, no que se inclui ‘cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício’ (LOMAN, art. 35, I). **É-lhe assegurado, todavia, o exercício da função com liberdade de convencimento**

(CPC, art. 131) e independência, de modo a garantir, em última análise, a autonomia e independência do próprio Poder Judiciário (CF, art. 95). Constatado, no caso concreto, que, conquanto se possa considerar equivocada a decisão que condenou terceiro não integrante da relação processual, **o ato em questão foi praticado no regular exercício da função e de acordo com a convicção do magistrado sobre a matéria. Não há falar, portanto, em descumprimento de dever funcional e de responsabilização do magistrado.** Revisão Disciplinar de que se conhece e que se julga improcedente (CNJ, RD n. 200830000000760, Rel. Cons. ALTINO PEDROZO DOS SANTOS, 80ª Sessão, j. 17.3.2009, in DJU 6.4.2009 – g.n.)

Aliás, a própria LOMAN, em seu art. 41, prevê que o Magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir, salvo no caso de impropriedade ou excesso de linguagem. *In verbis*:

Artigo 41. Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem, **o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir (g.n.).**

E na mesma alheta, como já dito, a LC n. 35/1979 dispõe, no seu art. 40, que a atividade censória dos **tribunais não pode cercear a independência ou malferir a dignidade** do Magistrado. *In verbis*:

Artigo 40. A atividade censória de Tribunais e Conselhos é exercida com o **resguardo devido à dignidade e à independência do magistrado (g.n.).**

Extrai-se desse quadro legal, por interpretação lógico-sistemática e teleológica, que a atividade censória não pode interferir com a prudente condução do ofício jurisdicional e dos serviços judiciais pela autoridade judiciária investida das funções correspondentes. Em outras palavras, **não podem os tribunais ou seus corregedores, à margem da lei, obrigarem Magistrados a renunciarem publicamente aos seus próprios entendimentos.**

Ainda nessa ordem de ideias, em recente decisão do E. Conselho Nacional de Jus-tiça (Processo n. 0002474-56.2009.2.00.0000), o Ministro CÉZAR PELUSO reiterou as balizas da atuação disciplinar, sendo enfático ao defender que o juiz só deve ser responsabilizado por dolo ou fraude (art. 133, I, do CPC), entendimento que já foi

manifestado em outros casos; e, se é assim, evidentemente a atividade correicional dos tribunais – o que inclui a produção regulamentar da E. Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho – não pode instar o magistrado a decidir **contra** o seu entendimento (art. 131 do CPC), se este é minimamente razoável nos horizontes hermenêuticos do ordenamento em vigor. *In verbis*:

Magistrado. Descumprimento de dever funcional. Art. 35, I, da LOMAN. Inexistência. Regular exercício da atividade jurisdicional. Princípio do livre convencimento motivado. Error in judicando. –⁵ ‘O Juiz tem o dever legal de observar as suas obrigações, no que se inclui ‘cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício’ (LOMAN, art. 35, I). **É-lhe assegurado, todavia, o exercício da função com liberdade de convencimento (CPC, art. 131) e independência, de modo a garantir, em última análise, a autonomia e independência do próprio Poder Judiciário** (CF, art. 95). Constatado, no caso concreto, que, conquanto se possa considerar equivocada a decisão que condenou terceiro não integrante da relação processual, o ato em questão foi praticado no regular exercício da função e de acordo com a convicção do magistrado sobre a matéria. Não há falar, portanto, em descumprimento de dever funcional e de responsabilização do magistrado. Revisão Disciplinar de que se conhece e que se julga improcedente’ (CNJ – RD 200830000000760 – Rel. Cons. Altino Pedrozo dos Santos – 80ª Sessão – j. 17.3.2009 – DJU 6.4.2009 [g.n.]).

Fica claro, nesse contexto, que a existência de um Estado Democrático de Direito pressupõe um Poder Judiciário realmente autônomo, independente e valorizado em todos os sentidos, o que inclui, por óbvio, Magistrados independentes, isentos, vitalícios, capacitados, eticamente comprometidos, bem remunerados e inamovíveis.

⁵Para uma ampla referência, cf., por todos, FELICIANO, Guilherme Guimarães. O novíssimo processo civil e o processo do trabalho: uma outra visão. *In: Revista LTr:Legislação do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. v. 71. p. 1-19. Estão ali referenciados (com estes entendimentos ou semelhantes, sempre tendentes à adoção de um paradigma pós-liberal de processo e/ou à aplicação das inovações das Leis n. 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006, entre outras, ao processo do trabalho), entre vários, autores da envergadura de LUIZ GUILHERME MARINONI, OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, JOSÉ AUGUSTO RODRIGUES PINTO, ALICE MONTEIRO DE BARROS, CLAUDIO ARMANDO COUCE DE MENEZES, LUCIANO ATHAYDE CHAVES, JORGE LUIZ SOUTO MAIOR etc.

Em razão do princípio da independência judicial e do livre convencimento motivado, concluímos que é inadmissível e inconstitucional a instauração de qualquer procedimento disciplinar contra ato judicial devidamente fundamentado.

Ao mais, a instauração de qualquer procedimento de natureza disciplinar, ainda que preparatório, deve ser precedida de um rigoroso exame de admissibilidade, processando-se apenas aqueles casos em que se denote desvio de conduta ou efetiva falta funcional cometida por dolo ou fraude, rechaçando-se, de plano e liminarmente, questionamentos contra o mérito de decisões judiciais devidamente fundamentadas, sob pena de se amesquinhar a grandeza da atividade jurisdicional.

Referências

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CRUZ, José Raimundo Gomes da **Lei orgânica da magistratura nacional interpretada**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. O novíssimo processo civil e o processo do trabalho: uma outra visão. **Revista LTr: legislação do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007. v. 71.

OLIVEIRA, Alexandre Nery de. Hierarquia e subordinação judiciárias. Inconstitucionalidade. In: **Jus Navigandi**. Teresina, ano 5, n. 48, dez/2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=246>. Acesso em: 14 jun.2011

A FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO E SEUS REFLEXOS NA SAÚDE DO TRABALHADOR

THE FLEXIBILIZATION OF THE WORK JOURNEY AND ITS CONSEQUENCES IN WORKER'S HEALTH

José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva*

Resumo: Sendo a saúde do trabalhador um direito humano, mas constantemente violado no curso da relação de emprego, sobretudo por acidentes do trabalho e adoecimentos ocupacionais, impõe-se o estudo investigativo das causas desses infortúnios. O que se pretende demonstrar neste breve artigo é que as extensas jornadas de trabalho, em seus aspectos quantitativo e qualitativo, após a forte flexibilização ocorrida no final do Séc. XX, têm sido uma das causas mais relevantes do aumento da quantidade de infortúnios no mundo do trabalho. Além das estatísticas gerais sobre o tema, investiga-se a contribuição do NTEP para essa constatação, identificando-se as atividades econômicas que registraram o maior índice de doenças não declaradas e, a partir desses dados, promovendo-se uma comparação dessas atividades com as excessivas jornadas de trabalho.

Palavras-chave: Flexibilização do direito do trabalho. Jornada de trabalho. Direitos humanos. Relação de emprego.

Abstract: Being the worker's health a human right, but constantly violated in the course of employment relation, especially by work accidents and occupational illnesses, it is imperative the investigative study of the causes of these misfortunes. The intention in this brief article is to demonstrate that the extensive working journeys, in its quantitative and qualitative aspects, after the sharp easing occurred at the end of the century XX, have been one of the most relevant causes of the increased amount of misfortunes in the workplace. Besides the general statistics on the subject, it's investigated the contribution of NTEP for this finding, identifying economic activities which registered the highest rate of unreported illnesses and, from these data, providing a comparison of these activities with the excessive working journeys.

*Juiz do Trabalho, Titular da 2ª Vara do Trabalho de Araraquara (SP), Gestor Regional (1º grau) do Programa de Prevenção de Acidentes do Trabalho instituído pelo Tribunal Superior do Trabalho. Mestre em Direito das Obrigações pela UNESP/SP. Doutor em Direito Social pela Universidad Castilla-La Mancha (Espanha). Membro do Conselho Técnico da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Professor universitário e de cursos jurídicos em Ribeirão Preto (SP).

Keywords: Flexibilization of labor law. Work journey. Human rights. Employment relationship.

1 Introdução

Há muito se tem afirmado que a saúde do trabalhador se trata de um direito humano e que pode ser afetada por inúmeros fatores no curso da relação de emprego, por vezes desaguando em acidentes do trabalho ou adoecimentos ocupacionais. E também há uma voz corrente no segmento juslaboral no sentido de que o **excesso de tempo de trabalho**, decorrente das extensas jornadas praticadas pelos trabalhadores, é uma das causas do surgimento dos infortúnios laborais. O que se pretende investigar neste breve artigo é a coerência dessas afirmações, à luz dos entendimentos jurídico-científicos sobre o tema, mas principalmente com a análise das estatísticas correspondentes.

É certo que os acidentes no ambiente de trabalho são “um fenômeno multicausal”¹, havendo inúmeras causas competindo para que o fato suceda. Destarte, não é possível afirmar que somente as jornadas de trabalho extensas são as responsáveis pela ocorrência de acidentes no mundo do trabalho. De outra parte, **não se pode afastar essa causa como uma das mais importantes** para a ocorrência dos infortúnios.

Pois bem, a medição do trabalho prestado por conta alheia, desde os primórdios, levou em consideração, entre outras coisas, a **extensão temporal** em que o trabalho é destinado a outra pessoa. Por isso, o tempo apresenta tamanha importância para o Direito do Trabalho, pois o tempo de trabalho ocupa **uma posição de centralidade** na normatização deste ramo do Direito. É possível sustentar que o tempo de trabalho, mais precisamente sua limitação pela normativa estatal, é parte inseparável da própria gênese do Direito do Trabalho. Daí porque ainda hoje **os dois temas fundamentais** desta disciplina são o salário e a limitação do tempo de trabalho, assim como o era no surgimento das primeiras normas que procuraram estabelecer limites à obtenção do lucro empresarial.

Francisco Trillo² afirma que a relação entre o tempo de trabalho e o lucro empresarial é a **quinta-essência** do processo de produção capitalista. Daí existir uma “demanda empresarial do maior tempo de trabalho possível”.

¹Por isso se afirma que o método denominado Árvore de Causas (ADC), desenvolvido na França na década de 1970, é o mais correto para a análise do problema. Este método parte da premissa da compreensão dos acidentes como “fenômenos multicausais”, constituindo um método “clínico” de investigação que “propicia a identificação da rede de fatores envolvidos na gênese do acidente”, com base no estudo das variações do desenvolvimento normal das tarefas, bem como das atividades dos sujeitos envolvidos e do ambiente físico e inclusive social no qual ocorrem as atividades de produção da empresa. PEREIRA BINDER, M. C. e MUNIZ DE ALMEIDA, I. Acidentes do Trabalho: Acaso ou Descaso? *In*: MENDES, R. **Patologia do trabalho**. v. 1, 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Atheneu, 2005, p. 779-786.

²TRILLO PÁRRAGA, F. J. **La construcción social y normativa del tiempo de trabajo: identidades y trayectorias laborales**. Valladolid: Lex Nova, 2010, p. 30-31.

Como se sabe, a busca por maior lucro empresarial propiciou o surgimento de jornadas extenuantes de trabalho, as quais motivaram “através da luta do movimento obreiro, a fixação progressiva de uma regulação do tempo de trabalho que albergasse em seu código genético, entre outros e fundamentalmente, o objetivo da proteção à saúde dos trabalhadores”.

Não se pode olvidar que o trabalhador não deixa de ser pessoa quando entrega parte de seu tempo de vida ao empregador, para que seja possível a prestação dos serviços pactuados no contrato de trabalho. É dizer, o trabalhador vende sua força de trabalho, física e/ou intelectual, porém **não perde sua condição humana**.

De se questionar: por que existem limites de jornada de trabalho? Neste passo, torna-se necessária uma abordagem sobre a evolução histórica da normatização da jornada de trabalho, para que se possa compreender a necessária relação entre as normas postas e a devida proteção à saúde do trabalhador.

2 Aspectos históricos da luta pela limitação da jornada de trabalho

Como se sabe, a **Revolução Industrial**, no final do Séc. XVIII e início do Séc. XIX, ainda que tenha produzido uma história de êxito incontestável e progresso fantástico, também produziu uma “segunda história”. Esta se refere ao **aumento intensivo e extensivo da jornada de trabalho**, à incorporação das mulheres e crianças à força de trabalho industrial, à expulsão dos trabalhadores das terras onde viviam e trabalhavam, à precarização das condições de trabalho etc. Houve, assim, à margem do progresso do capitalismo, uma incontestável “epidemia da pobreza”, no período de afirmação do modelo capitalista de produção³.

Por isso, Karl Marx, em sua obra clássica **O Capital**, narra inúmeros trechos dos relatórios oficiais de saúde pública inglesa, tratando sobre os efeitos negativos do martírio de jornadas de trabalho de até 18 horas, inclusive para mulheres e crianças, do trabalho noturno, em regime de turnos de revezamento, aos domingos, sem férias e sem nenhuma garantia trabalhista. Marx⁴ faz um minucioso estudo dos ramos da indústria inglesa nos quais não havia limites legais de jornada de trabalho, narrando situações desumanas de exploração dos trabalhadores, sobretudo das crianças. Houve declarações de crianças de sete anos que trabalhavam 15 horas por dia. E no relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito, de 13 de junho de 1863, um médico denunciava:

³GOMES MEDEIROS, J. L. **A economia diante do horror econômico**. 2004, 204 p. Tese (Doutorado em Economia). Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004, p. 15.

⁴MARX, K. **O capital**: crítica da economia política. Livro I. Tradução de Reginaldo Sant’Anna. 22. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, p. 283-304.

Como classe, os trabalhadores de cerâmica, homens e mulheres, [...] representam uma população física e moralmente degenerada. São em regra franzinos, de má construção física, e freqüentemente têm o tórax deformado. Envelhecem prematuramente e vivem pouco, fleumáticos e anêmicos. Patenteiam a fraqueza de sua constituição através de contínuos ataques de dispepsia, perturbações hepáticas e renais e reumatismo. Estão especialmente sujeitos a doenças do peito: pneumonia, tísica, bronquite e asma.

E a **principal causa** de tantas doenças era a extenuante carga de trabalho.

Porém, foi assim que teve início a luta humana pela diminuição da jornada de trabalho, que foi considerada “a luta humana pela vida e a luta por uma vida humana”⁵. Por isso, afirma-se que a jornada de trabalho tem sido historicamente **uma reivindicação chave** dos trabalhadores.

Com efeito, violentas greves ocorridas na Grã-Bretanha, de 1833 a 1847, resultaram na aprovação, pelo Parlamento, da lei das 10 horas, pela qual se havia lutado tanto tempo⁶. A Lei de 1847 foi a **primeira lei geral limitadora** da jornada de trabalho, fixada em 10 horas diárias para as indústrias têxteis da Grã-Bretanha.

Depois dessa conquista, os operários ingleses passaram a lutar pela fixação da jornada em oito horas diárias, cantando o seguinte estribilho: “*Eighth hours to work; Eighth hours to play; Eighth hours to sleep; Eighth shillings a day*”. Essa luta se intensificou a partir de 1866, na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos, com a constituição da **Associação Internacional dos Trabalhadores** – conhecida como a Primeira Internacional. E em 1º de maio de 1886 se realizou uma manifestação de trabalhadores nas ruas de Chicago, com a finalidade de reivindicar a redução da jornada de trabalho para oito horas diárias, dando início a uma greve geral nos EUA⁷.

Anos depois, já durante a Primeira Guerra Mundial, os sindicatos começaram a se mobilizar para que o futuro Tratado de Paz contivesse um estatuto com normas de proteção ao trabalhador. E em 1916 foi aprovada em Leeds (Grã-Bretanha) uma resolução por representantes de organizações sindicais, a qual constitui a essência da **Parte XIII do Tratado de Versalhes**, pela qual se criou a OIT⁸. A criação da OIT foi **um marco** na proteção dos direitos

⁵GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 275.

⁶MARX, K. **O capital**: crítica da economia política. Livro I. Tradução de Reginaldo Sant’Anna. 22. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, p. 324-326.

⁷SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 3. ed. atual. e com novos textos. São Paulo: LTr, 2000, p. 87. Nos dias seguintes houve confronto com a polícia, que simplesmente começou a disparar contra a multidão de manifestantes, matando mais de uma dezena de pessoas e ferindo inúmeras. Eis a origem do Primeiro de Maio, data à qual não se tem dado a devida importância atualmente.

⁸*Ibidem*, p. 95-99.

dos trabalhadores, em nível internacional. De se destacar a norma do art. 427 do Tratado, a qual assinala que “o trabalho não deve ser considerado como uma mercadoria ou um artigo de comércio”, encontrando-se aí a essência do princípio da proteção.

Finalmente, a OIT, na primeira reunião da Conferência Internacional do Trabalho, ainda em 1919, aprovou a Convenção número 1, **fixando a jornada máxima de oito horas diárias e 48 horas semanais**, fazendo restrições ao trabalho extraordinário. Então,

[...] não é por acaso que a primeira convenção internacional da OIT fosse a Convenção sobre as Horas de Trabalho na Indústria (convenção número 1, do ano de 1919), que já estipulava que o tempo de trabalho diário não poderia superar as oito horas diárias nem as 48 semanais⁹.

3 Os fundamentos da normatização da jornada de trabalho

Como se vê, a luta histórica pela redução da jornada de trabalho tem acompanhado a própria trajetória do Direito do Trabalho.

Com efeito, durante um largo período da história da humanidade não houve limites específicos às jornadas de trabalho, já que por muitos séculos sua delimitação era regida pelo mecanismo das “leis naturais”. Foi ao final do Séc. XIX e principalmente no início do Séc. XX que os **estudos científicos** demonstraram a necessidade de instituição de descansos e de tempo livre para a preservação dos direitos fundamentais do trabalhador, o que tem uma justificação sob **tríplice aspecto**: 1º) fisiológico; 2º) moral e social; e 3º) econômico¹⁰.

Arnaldo Süsskind¹¹ pontifica que os fundamentos para a “limitação do tempo de trabalho” são os seguintes:

- a) *de natureza biológica*, pois que visa combater os problemas psicofisiológicos oriundos da fadiga e da excessiva racionalização do serviço;
- b) *de caráter social*, pois que possibilita ao trabalhador viver, como ser humano, na coletividade à qual pertence, gozando dos prazeres materiais e espirituais criados

⁹CHACARTERGUI JÁVEGA, C. Tiempo de trabajo, racionalidad horaria y género: un análisis en el contexto europeo. **Relaciones laborales**, n. 19, ano XXII, Madrid, outubro de 2006, p. 96.

¹⁰GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 270.

¹¹SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* **Instituições de Direito do Trabalho**. v. 2, 16. ed. atual. por Arnaldo Süsskind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 1996, p. 774.

pela civilização, entregando-se à prática de atividades recreativas, culturais ou físicas, aprimorando seus conhecimentos e convivendo, enfim, com sua família;
c) *de índole econômica*, pois que restringe o desemprego e acarreta, pelo combate à fadiga, um rendimento superior na execução do trabalho.

No que se refere ao primeiro desses fundamentos, os aportes da **Fisiologia** têm demonstrado satisfatoriamente a necessidade da limitação do tempo de trabalho, com critérios puramente científicos. “De fato, cientistas verificaram que o organismo humano sofre desgastes quando se põe em atividade, queimando as energias acumuladas numa maior proporção”. Os fisiologistas têm descrito, com detalhes, o processo pelo qual a **fadiga** se instala insidiosamente no organismo humano quando se desenvolve uma atividade prolongada.

A perda de oxigenação do sangue, o aumento de sua taxa hidrogênica, a formação excessiva de ácido láctico e de CO_2 são alguns dos fatores que concorrem para a formação das toxinas da fadiga. A acidemia que se forma excita a respiração e aumenta a ventilação pulmonar produzindo os sintomas subjetivos de mal-estar ou dispnéia¹².

Com efeito, o esforço adicional, como ocorre, por exemplo, no trabalho constante em horas extraordinárias, aciona o consumo das reservas de energia da pessoa e provoca o aceleração da fadiga, que pode deixá-la exausta ou esgotada¹³.

Ademais, se não há o descanso necessário para a recuperação da fadiga, esta se converte em **fadiga crônica**, o que pode levar a doenças que conduzem à incapacidade ou inclusive à abreviação da morte. Daí que o excesso de tempo de trabalho deságua no surgimento de doenças ocupacionais e inclusive de acidentes do trabalho, o que pode levar à morte do trabalhador.

E não é somente a fadiga muscular que desencadeia o problema de saúde, pois a continuidade do uso dos músculos extenuados conduz à irritação do sistema nervoso central. Finalmente, a continuidade desta **operação** produz tamanho desgaste que dá origem à **fadiga cerebral**, com as suas consequências perniciosas ao organismo humano¹⁴.

¹²GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 270.

¹³OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 159.

¹⁴GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson, *op. cit.*, p. 270-271.

Por isso, tem-se verificado um aumento considerável das **doenças mentais dos trabalhadores**, submetidos cada vez mais a uma maior carga de trabalho e num tempo excessivo. Pesquisas realizadas têm revelado o crescente índice de estresse, sobretudo a partir da década de 1990, bem como de doenças mentais relacionadas ao trabalho.

Não obstante, não é apenas o aspecto fisiológico que se deve observar, pois há outro tão importante como este. Há, portanto, um **aspecto moral** para justificar a limitação temporal do trabalho. É que o trabalhador tem legitimamente direito a desfrutar de uma **vida pessoal**, fora da vida profissional, na qual possa cumprir sua função social, desenvolvendo-se intelectual, moral e fisicamente. E não se pode dissociar a vida pessoal da vida profissional do trabalhador se não se lhe concede **um tempo livre**, razoável, para tanto.

Destarte, há fundamentos **cientificamente comprovados** para a limitação da jornada de trabalho. Compreendendo-se referidos fundamentos fica mais fácil entender porque não se pode permitir extensas jornadas de trabalho e, por outro lado, qual é o significado e a necessidade dos períodos de descanso.

4 A flexibilização da jornada de trabalho na legislação espanhola e brasileira

Conquanto incontestemente a conclusão anterior, as grandes mudanças levadas a efeito na organização das empresas, sobretudo a partir da década de 1990, com uma **intensa reestruturação** do sistema produtivo e uma **forte flexibilização** das relações trabalhistas, principalmente quanto à jornada de trabalho, têm provocado um aumento considerável do estresse laboral, bem como de inúmeras doenças do trabalho. Tudo isso conduz à conclusão de que há uma **necessária relação** entre a limitação da jornada de trabalho e a saúde dos trabalhadores. Isto quer dizer que o trabalho em condições precárias, principalmente em jornadas extensas ou sem as pausas adequadas, deságua em maior taxa de acidentes trabalhistas, *lato sensu*.

No entanto, o estudo dos efeitos da jornada de trabalho excessiva no desfrute dos direitos fundamentais dos trabalhadores, sobretudo do direito à saúde, necessita ter em conta os dois aspectos da ordenação do tempo de trabalho: o aspecto **quantitativo**, que diz respeito a sua **duração** (quantidade de tempo de trabalho), assim como o chamado de **qualitativo**, que se refere à **distribuição** da jornada ao longo do dia, da semana, do mês ou inclusive do ano, na perversa **anualização** do tempo de trabalho.

Com efeito, hoje em dia a vertente **qualitativa** da jornada de trabalho vai adquirindo cada vez maior importância, não sendo mais suficiente a tradicional classificação do tempo de trabalho em jornada ordinária, horas extraordinárias e jornadas especiais. De modo que assume grande relevo a análise de **outras categorias** relacionadas ao tema, como a prorrogação derivada dos acordos de compensação (banco de horas), o tempo à disposição do empregador, o tempo de mera presença, o **tempo de espera** – veja-se a recente legislação do motorista profissional – e tantas outras.

Ademais, há que se dar atenção especial a uma dimensão do tempo de trabalho que não tem sido objeto de maiores estudos por parte da doutrina: **o aumento considerável da produtividade dos trabalhadores**, com o progresso da tecnologia, mas principalmente pelo aumento do ritmo de trabalho. É dizer, as empresas estão exigindo cada vez mais dos trabalhadores uma produtividade crescente, numa **intensificação do trabalho** que pode ser equiparada às exigências do período obscuro da Revolução Industrial. Pois bem, **o fator produtividade** “[...] é absolutamente determinante como terceiro vértice da secular dialética entre empregadores e trabalhadores, que não pode ser reduzida ao binômio jornada/salário”¹⁵. Esse problema também está relacionado ao **aspecto qualitativo** da jornada de trabalho.

Nesse contexto, cabe apontar que desde a década de 1980 e, sobretudo, a partir da de 1990, a Espanha tem promovido uma **forte flexibilização** das normas de proteção aos direitos básicos dos trabalhadores, acompanhando, por certo, uma tendência dos países do primeiro mundo, com claras repercussões nos países em desenvolvimento.

Quando da reforma de seu Estatuto dos Trabalhadores, levada a efeito pelo Real Decreto Legislativo n. 1/1995 – que incorpora a Lei n. 11/1994, o pontapé inicial da reforma –, propôs-se uma revisão do sistema de relações trabalhistas, presidida em grande medida pelo **critério da flexibilidade**, com o argumento da necessária adaptação dos recursos humanos às circunstâncias produtivas das empresas, **principalmente** em termos de ordenação do tempo de trabalho. “Os objetivos, valorados em termos de competitividade e garantia de conservação dos postos de trabalho, são os argumentos que, desde as concepções legais, fundamentam o recurso à flexibilidade como critério inspirador da reforma nessa matéria”¹⁶.

Por isso, Valdéz Dal-Ré¹⁷ aponta com maestria “que o termo flexibilidade, aplicado no âmbito dos sistemas de relações laborais, tem se convertido no *Leviatã* das sociedades pós-industriais”. Prados de Reyes¹⁸ já havia destacado que a revisão do sistema de relações laborais na Espanha foi presidida “pelo critério da flexibilidade e a capacidade de adaptação dos recursos humanos às circunstâncias produtivas da empresa”, sendo que a ordenação do tempo de trabalho tem sido **um dos instrumentos mais significativos** de tal flexibilização.

¹⁵ALARCÓN CARACUEL, M. R. La jornada ordinaria de trabajo y su distribución. En: APARÍCIO TOVAR, J. y López Gandía, J. (Coord.). **Tiempo de trabajo**. Albacete: Bomarzo, 2007, p. 41-43.

¹⁶PRADOS DE REYES, F. J. La ordenación del tiempo de trabajo en la Reforma del Estatuto de los Trabajadores. **Relaciones laborales**, n. 8, ano 12, Madrid, 23 de abril de 1996, p. 12.

¹⁷VALDÉZ DAL-RÉ, F. La flexibilidad del tiempo de trabajo: un viejo, inacabado y cambiante debate. **Relaciones laborales**, n. 2, ano 15, Madrid, 23 de janeiro de 1999, p. 1.

¹⁸PRADOS DE REYES, F. J. *op.cit.*, p. 12.

Não obstante, o caminho seguido pela Espanha foi demasiado extenso, eis que fez desaparecer o limite da jornada diária de trabalho, **a maior conquista dos trabalhadores de todos os tempos**, comemorada ainda no início do séc. XX (Convenção n. 1 da OIT). É certo que já havia uma relativa flexibilidade neste aspecto, com a permissão de realização de horas extras e também com a autorização de compensação (semanal) de horário de trabalho. No entanto, a extensão deste regime de compensação a períodos de referência superiores ao semanal, em uma escala ampliada, até que foi alcançada, finalmente, a referência anual – **a anualização do tempo de trabalho** –, constitui verdadeira negação daquela conquista histórica.

Ademais, para tal compensação havia um limite diário, de modo a evitar abusos por parte dos empregadores na exigência de trabalho além do ordinário. Na Espanha, havia um **limite de nove horas diárias de trabalho efetivo**, “como um limite de ordem pública e indisponível pelas partes”, que deveria ser respeitado por toda negociação coletiva sobre distribuição irregular de horários de trabalho. Ocorre que a Lei n. 11/1994 fez desaparecer tal limite, de modo que, a partir daí, “a referência das nove horas ordinárias de trabalho efetivo já não tem um caráter de ordem pública”. Portanto, agora são as partes, em atenção ao **princípio da autonomia da vontade**, individual ou coletiva, que determinam a duração da jornada de trabalho, como expressa o art. 34 do ET – Estatuto dos Trabalhadores –, desde que se observe o limite máximo de 40 horas semanais de trabalho efetivo, **em média, na contagem anual**, bem como o descanso mínimo de 12 horas entrejornadas (§ 3º do art. 34)¹⁹

Assim, na Espanha, que tem levado a flexibilização da jornada de trabalho às últimas consequências, **não há mais limite diário**, fato que tem dado aos períodos de descanso um significado extraordinário. E quanto ao intervalo intrajornada, o art. 34.4 do ET estabelece que apenas nas jornadas diárias continuadas de **mais de seis horas** é que será necessário um período de descanso “de duração não inferior a quinze minutos”. E o art. 37 do ET permite acumular o descanso semanal por até 14 dias.

Ocorre que essa disciplina legal possibilita que o trabalhador se dedique ao trabalho por **até 66 horas semanais** (respeitado o descanso de um dia e meio, na Espanha) em certos períodos do ano, o que é um verdadeiro absurdo. Por exemplo, pode-se exigir do trabalhador que se ative em 12 horas diárias – em respeito ao descanso mínimo de 12 horas entrejornadas – durante 17 semanas (quatro meses), cuja somatória alcança a impressionante cifra de 1.122 horas. Ocorre que se fosse respeitada a jornada semanal de 40 horas, em tal período o trabalhador não teria trabalhado mais do que 680 horas. Isso permite a conclusão de que nesse período de referência o trabalhador pode chegar a trabalhar 65% a mais do que a jornada normal. Depois, o empregador promoverá a compensação do excesso absurdo quando melhor lhe aproveite.

¹⁹FITA ORTEGA, F. **Límites legales a la jornada de trabajo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 41-42.

Esta situação é ainda pior nos **contratos temporários**. Ora, se o trabalhador mantém dois contratos de trabalho temporários por ano, cada um de seis meses, por exemplo, com uma jornada de 66 horas semanais em cada um e sem compensação, isso resulta **numa jornada anual de mais de 3.000 horas** (66 horas x 48 semanas = 3.168 horas anuais), limite acima do qual há um grave risco de morte por excesso de trabalho, como tem considerado a OIT, nos estudos a respeito do *karoshi*.

No Brasil, como se sabe, há um limite de oito horas diárias de trabalho, limite este que é reduzido para seis horas diárias no trabalho em turnos ininterruptos de revezamento (art. 7º, incisos XIII e XIV, da CF/1988). Assim, a única maneira de se prorrogar diariamente a jornada de trabalho, autorizada pela própria Constituição, é a permissão de **compensação de horários**, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. Ocorre que essa compensação, já prevista na CLT desde 1943, era apenas e tão somente a efetuada por meio do módulo semanal (44 horas semanais).

Não obstante, a **flexibilização** que vem dominando o cenário europeu e, sobretudo, o espanhol, atravessou o Atlântico e veio aportar em terras brasileiras. Assim é que o art. 6º da Lei n. 9.601/1998, em vigor desde 22 de janeiro de 1998, promoveu a alteração do § 2º do art. 59 da CLT, que passou a permitir a perversa compensação quadrimestral de horários, denominada de “banco de horas”. Como se não bastasse, finalmente foi adotada pelo Brasil a **ainda mais perversa compensação, a anual**, segundo a qual o excesso de horas trabalhadas pode ser objeto de compensação no período máximo de um ano, desde que seja observado o limite máximo de dez horas diárias. Ficou estabelecido, assim, o **cômputo anual** da jornada de trabalho também no Brasil.

Entretanto, parte da doutrina brasileira, com reflexos na jurisprudência, tem rechaçado tal instituto, porque o denominado **banco de horas**, que passou a ser objeto de negociação coletiva em diversas categorias profissionais e econômicas, apresenta-se, em verdade, como um **completo desvirtuamento do instituto da compensação**. Permitir que o empregador exija trabalho suplementar dos empregados durante vários meses do ano, com a faculdade de compensar a “sobrejornada” mediante a redução do horário de trabalho em outros dias – quase sempre da maneira que melhor lhe convier –, significa, simplesmente, a **transferência dos riscos da atividade econômica para o trabalhador**, em manifesta violação da norma de ordem pública prevista no *caput* do art. 2º da Consolidação. A toda evidência, o capitalista exigirá a prestação de horas suplementares nos períodos de **pico** de produção ou de vendas e as compensará nos períodos de baixa produtividade ou de escassez nas vendas.

De tudo isso resulta que o trabalhador terá duplo prejuízo com o chamado **banco de horas**: primeiro, porque prestará inúmeras horas extras ou suplementares sem receber o adicional correspondente; segundo, porque essa prestação continuada de horas extras ou suplementares certamente afetará a sua saúde. Não resta, portanto, alternativa que não

seja a de acusar a flagrante **inconstitucionalidade da MP n. 2.164-41**, de 24 de agosto de 2001, a qual deu nova redação ao § 2º do art. 59 da CLT, para permitir o banco de horas no período de um ano.

A permissão do banco de horas vem a se tratar, pois, de uma violação irresponsável da Constituição, tanto à norma particular a respeito da compensação (semanal) quanto aos princípios que são a base da sociedade brasileira (art. 1º da CF).

5 Os resultados perversos na saúde dos trabalhadores

O resultado dessa flexibilização da jornada de trabalho, nos aspectos quantitativo e qualitativo, tem sido o aumento do número de acidentes do trabalho e **principalmente de doenças ocupacionais**, as quais têm conduzido, inclusive, a mortes e até suicídios relacionados ao estresse laboral.

Na Espanha, país no qual se promoveu a fortíssima flexibilização já mencionada com a propaganda de combate às crises econômicas, o que se tem verificado é justamente o contrário. Como divulgam quase diariamente os mais diversos meios de comunicação, a Espanha tem atualmente o maior índice de desemprego da zona do euro, com mais de 25% de sua população economicamente ativa nessa triste situação. E quanto mais se acentuam as duras medidas contra os direitos sociais - e trabalhistas -, mais grave se torna a crise. Não obstante, outro reflexo pode ser constatado, sendo de suma importância para os efeitos deste artigo. Em 2008, houve 804.959 acidentes do trabalho na Espanha, sem contar os 90.720 acidentes *in itinere*²⁰. É um número **assustador**, pois a quantidade de trabalhadores afiliados naquele país é infinitamente menor do que a do Brasil, de cerca de 14 milhões de trabalhadores sujeitos à cobertura por acidente do trabalho.

No **Brasil**, houve um aumento de 60%, de 2001 a 2008, no número de acidentes do trabalho. E um aumento absurdo de 586% de LER/DORT apenas de 2006 a 2008, com um custo aproximado de R\$ 2,1 bilhões, cerca de 1/5 do que se gastou com o bolsa-família por ano, um dos programas sociais mais difundidos nos últimos governos. De acordo com o Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho²¹, houve 551.023 acidentes com CAT emitida em 2008, sendo 80% (441.925) de acidentes típicos. Onde

²⁰Informe Anual sobre Daños a la Salud en el Trabajo, do Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, órgão vinculado ao MTIN – Ministerio de Trabajo e Inmigración. Disponível em: <<http://www.insht.es/Observatorio/Contenidos/InformesPropios/Siniestralidad/Ficheros/DA%C3%91OS%20A%20LA%20SALUD%202008.pdf>>. Acesso em: 6 out. 2010.

²¹MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO (MTE) *et al.* **Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho** – AEAT 2008. V.1. Brasília: MTE: MPS, 2008. Disponível em: <http://www.previdenciasocial.gov.br/arquivos/office/3_091125-174455-479.pdf>. Acesso em: 1º set. 2010.

estão as doenças ocupacionais? Segundo as estatísticas, elas representam pouco mais de 3% (20.356) das CATs emitidas. Isso não corresponde à realidade, pois a maior parte dos processos trabalhistas que envolvem a questão traz à tona casos de doenças ocupacionais, não de acidentes típicos. Isso já permite concluir que há, mesmo, uma acentuada subnotificação de acidentes, mormente de adoecimentos relacionados ao trabalho. Para se ter a clareza dessa afirmação, basta constatar que o Anuário referido aponta a quantia de 204.957 acidentes sem CAT emitida, principalmente pela presunção estabelecida a partir do NTEP – Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário. Assim, houve no Brasil, somente no ano de 2008, um total de 755.980 acidentes e adoecimentos laborais, dos quais 27% nem foram notificados.

Isso é, sem dúvida, resultado da **intensificação do trabalho**, quantitativa e qualitativa, razão pela qual todos os organismos sociais devem lutar pela diminuição da carga horária efetivamente trabalhada (horas extras) e do nível de produtividade (ritmicidade) exigido atualmente pelas empresas.

No entanto, poder-se-ia objetar essas afirmações invocando a tese de que não há estudos científicos contemporâneos que demonstrem essa relação entre excesso de jornada de trabalho e acidentes e adoecimentos ocupacionais. Aos aportes científicos, portanto.

Pois bem, num profundo estudo sobre a **influência do excesso de tempo de trabalho na segurança e na saúde dos trabalhadores**, Anne Spurgeon²² asseverou que a preocupação central em relação ao número de horas trabalhadas é o desenvolvimento da fadiga e, associado a isso, do estresse ocupacional, sendo que a exposição cumulativa à fadiga e ao estresse desemboca em problemas de doenças mentais e cardiovasculares. A situação é ainda mais grave quando os trabalhadores são submetidos rotineiramente ao regime de horas extraordinárias.

O estudo dessa autora revela que os trabalhadores da indústria, no Japão, quando se ativaram em horas extras, tiveram aumentados os riscos de problemas de saúde mental. Com efeito, é impressionante o número de morte súbita e suicídio naquele país, na ocorrência do *karoshi* – morte súbita por excesso de trabalho –, sendo que houve 1.257 casos oficiais de suicídio relacionado ao trabalho, já em 1996. Um estudo de 203 casos de *karoshi* constatou que 2/3 deles ocorreram porque os trabalhadores se ativaram **regularmente em mais de 60 horas por semana**, mais de 50 horas extras por mês ou mais da metade de suas férias antes dos ataques cardiovasculares fatais.

O *karoshi* se trata de um grande problema social no Japão, porque os japoneses – segundo estudo da década de 1990 – trabalham muito mais horas do que os trabalhadores dos países industrializados ocidentais. O *karoshi* é, em verdade, resultado de um modo de gestão empresarial, o

²²SPURGEON, A. **Working time: its impact on safety and health**. OIT y Korean Occupational Safety and Health Research Institute, Genebra, 2003.

chamado modelo de gestão japonesa – vulgarizado no Ocidente com a expressão *toyotismo* –, que hoje em dia está difundido em praticamente todos os países, no chamado *posfordismo*. Este modelo é singularizado pela busca de cada vez maior redução do custo do trabalho, apresentando como característica no âmbito laboral a promoção da individualização das relações laborais ou, dito de outra maneira, a eliminação dos valores coletivos dos trabalhadores. Por isso especialistas no tema, como Dejourns, têm afirmado que a **avaliação individualizada do rendimento** e a **exigência de qualidade total**, duas das principais características do *toyotismo*, provocam uma sobrecarga de trabalho que conduz a uma explosão de doenças, dentre as quais o *burn out*, o *karoshi* e os transtornos músculo-esqueléticos.

Com respeito ao *karoshi*, veja-se sua extensão:

O termo é compreensivo tanto das mortes ou incapacidades laborais de origem cardiovascular devidas à sobrecarga de trabalho (acidente cerebrovascular, infarto do miocárdio, insuficiência cardíaca aguda, [...]) como de outras mortes súbitas (por exemplo, as relacionadas com a demora no tratamento médico por causa da falta de tempo livre para consultas) e também dos suicídios atribuídos ao excesso de trabalho. Em sentido estrito, recebe o nome de *karo-jisatu* ou suicídio por excesso de trabalho [...] Em 2006 foram reconhecidas no Japão 560 indenizações por danos à saúde (213 delas foram por falecimentos) ligados à sobrecarga de trabalho, incluindo tanto as doenças cerebrovasculares como os distúrbios mentais (incluindo a morte por suicídio). É relevante precisar que 40% dos trabalhadores afetados tinham menos de 30 anos. Dado o caráter extremamente restritivo destes reconhecimentos se tem estimado que na realidade o *karoshi* (e o *karo-jisatu*) ocasionam a morte de 10.000 trabalhadores anualmente²³.

O jornal **Japan Press Week** noticiava, em 28.3.1998, a morte de um jovem programador de computador devido ao excesso de trabalho, pois na sentença do Tribunal Distrital de Tóquio ficou consignado que o tempo médio de trabalho anual deste jovem era superior a 3 mil horas, sendo que nos três meses anteriores à sua morte ele chegou a trabalhar 300 horas por mês, já que estava trabalhando no desenvolvimento de um sistema de *software*

²³Urrutikoetxea Barrutia, M. Vivir para trabajar: la excesiva jornada de trabajo como factor de riesgo laboral. **Gestión Práctica de Riesgos Laborales**, n. 77, dezembro de 2010, p. 36-37. O autor relata o suicídio de um jovem de 23 anos, resultado de uma depressão originada do sobretalho, pois o trabalhador temporário realizava jornadas de 250 horas mensais, trabalhando 11 horas diárias e inclusive 15 dias seguidos sem descanso. Cita, ainda, este autor a estimativa de 5.000 suicídios anuais no Japão, derivados de depressões por excesso de trabalho.

para bancos. Na edição de 4.4.1998 o citado jornal relatava outro caso de um jovem que morreu de ataque do coração devido ao excesso de trabalho, já que nas duas semanas anteriores à sua morte trabalhou em média 16 horas e 19 minutos por dia²⁴.

Não obstante, essa situação não é um **privilegio** do Japão, pois estudos das décadas de 1960 e 1970 revelaram que nos Estados Unidos as doenças cardíacas eram **frequentes** nos trabalhadores que trabalhavam mais de 60 horas por semana. Ademais disso, estudos verificaram que os motoristas de caminhão, que trabalhavam 11 ou 12 horas por dia, tiveram um aumento impressionante dos casos de fadiga e de problemas músculo-esqueléticos, resultantes da postura prolongada em condições precárias ao dirigir sentados em pelo menos 50% de sua jornada, além do aumento das doenças do coração. Muito importante também um estudo realizado na Alemanha, no qual se constatou, na análise de 1,2 milhões acidentes do trabalho, que o risco de acidente aumentou exponencialmente depois da nona hora de trabalho, com um percentual três vezes maior nas jornadas de 16 horas de trabalho diárias. A **conclusão**, como não poderia deixar de ser, é a de que **trabalhar regularmente mais de 50 horas por semana aumenta o risco de doenças**, especialmente as cardiovasculares²⁵.

Mais recentemente, a morte por excesso de trabalho tem ocorrido em larga escala nas relações laborais dos trabalhadores estrangeiros irregulares, ou **sem papéis**, na Europa, ao que a Comunidade Europeia tem feito **vista grossa**. A morte por excesso de trabalho, na atualidade, é um fenômeno que “tem se estendido a outros países asiáticos como a China”, país em que esse tipo de morte “se denomina *guolaosi*” e se tornou notícia em todo o mundo “o suicídio por sobrecarga de trabalho de nove empregados jovens da empresa que produz e monta o iPad e outros produtos da empresa Apple”²⁶.

E poderiam ser citadas, ainda, as mortes de cortadores de cana-de-açúcar, em 2005 e 2006, no Estado de São Paulo, o mais rico do país, como noticiaram os jornais. Ainda que as investigações estejam em curso, há indícios de que as mortes derivam da fadiga provocada pelo excesso de atividade laborativa. O jornal **Folha de S. Paulo** noticiou, em 18 de maio de 2007, que a investigação realizada pelo Ministério Público do Trabalho da 15ª Região concluiu:

O trabalhador Juraci Barbosa, que morreu com 39 anos em 29 de junho de 2006, trabalhou 70 dias sem folga entre 15 de abril e 26 de junho. Além disso, ele cortou um volume de cana bem superior à média diária de dez toneladas nos dias que antecederam sua morte²⁷.

²⁴ANTUNES, R. **Riqueza e miséria do trabalho no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2006, p. 35.

²⁵SPURGEON, A. **Working time: its impact on safety and health**. OIT y Korean Occupational Safety and Health Research Institute, Genebra, 2003.

²⁶URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M. Vivir para trabajar: la excesiva jornada de trabajo como factor de riesgo laboral. **Gestión Práctica de Riesgos Laborales**, n. 77, dezembro de 2010, p. 37.

²⁷FOLHA DE S. PAULO. Cortador de cana morreu após 70 dias de trabalho. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 18 maio 2007. Folha Dinheiro, Caderno B, p. B9.

Os dados foram extraídos da **ficha** do trabalhador, que morreu depois de sentir-se mal em casa e ser levado ao hospital de Jaborandi. “Chama a atenção o fato de, no dia 21 de abril, ele ter cortado 24,6 toneladas de cana em apenas um dia. E no dia 28 de junho, um dia antes da morte, 17,4 toneladas”, de acordo com o médico que avaliou os documentos apresentados pela empregadora do trabalhador falecido.

Daí se vê que tanto o aspecto **quantitativo** como o **qualitativo** (distribuição irregular da jornada e aumento da produtividade) são importantes nessa luta pela limitação do tempo de trabalho, de modo a evitar doenças e mortes súbitas por excesso de trabalho.

Não obstante, não se encontram estudos que busquem demonstrar de modo conclusivo a **relação necessária** entre tempo de trabalho, mais precisamente extensas jornadas de trabalho, e danos à saúde do trabalhador, lacuna que pretendi suplantiar em minha tese de doutorado. Na tese há um estudo das estatísticas de jornadas de trabalho excessivas, bem como de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais, na busca de se estabelecer uma relação de causa e efeito entre estes dois fatores. O objetivo, portanto, foi o de se analisar os **efeitos perversos** da flexibilização da jornada de trabalho na saúde laboral, mais precisamente, os sinistros laborais. Que o(a) caro(a) leitor(a) possa se interessar por esta pesquisa, a ser publicada em breve, em obra específica.

Neste espaço, por se tratar de um breve artigo, proponho-me a analisar apenas alguns dados de estatísticas brasileiras, com base no NTEP, esta excepcional ferramenta que precisa ser melhor estudada pelos atores jurídicos e demais profissionais ocupados em estabelecer parâmetros para a proteção à saúde do trabalhador.

6 Sinistralidade no Brasil - as doenças ocupacionais

Ao se confrontar os dados das jornadas mais extensas por setor da atividade econômica com os dados disponíveis a respeito de acidentes do trabalho nesses mesmos setores, tem-se uma indicação de que a duração do tempo de trabalho pode contribuir para o surgimento dos acidentes laborais e, sobretudo, das doenças do trabalho.

O que se pretende demonstrar adiante é que, **de alguma maneira**, o tempo de trabalho muito além do normal ou recomendado conduz a uma grande quantidade de **doenças ocupacionais**, o que se mostra muito difícil de explicar na grande maioria dos países nos quais não se dispõe de dados confiáveis a respeito das doenças diretamente relacionadas ao trabalho. No Brasil, como se poderá ver na sequência, foi criado um mecanismo muito interessante para se descobrir os índices reais ou mais aproximados destas doenças, denominado Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário - o NTEP -, o qual logrou que o número de doenças ocupacionais tivesse um “aumento” de mais de 1.000% (de 20.356 para 204.957, como já referido).

Com efeito, a verificação das doenças ocupacionais de acordo com as presunções derivadas do NTEP tem revelado um número expressivo de doenças ocupacionais não declaradas. Daí que se faz necessária uma investigação profunda destes dados para que se possa aproveitá-los da melhor maneira possível. Penso que é interessante identificar as atividades econômicas que registraram o maior índice de doenças não declaradas e, a partir destes dados, buscar uma correlação de tais atividades ou setores empresariais com as excessivas jornadas de trabalho.

6.1 As taxas de doenças ocupacionais

Em números absolutos, algumas atividades econômicas tiveram registrada a maior quantidade de doenças ocupacionais em 2008. Na análise do NTEP, a Administração Pública teve 8.922 doenças não notificadas, seguida dos hiper e supermercados com 5.478 doenças, da construção de edifícios com 4.869, do transporte de cargas com 4.430, do transporte urbano com 4.408 e do atendimento hospitalar com 4.404.

Verificando-se os casos notificados, observa-se que os bancos múltiplos declararam 2.053 doenças ocupacionais por meio de CAT, ao passo que o setor de frigoríficos de suínos e aves declarou 827 doenças e o setor de atendimento hospitalar 555 casos. Veja-se que o número de doenças não declaradas é muito superior ao das notificações, as quais são obrigatórias. Assim que, somados os casos notificados e os não declarados se tem o seguinte quadro, com mais de 4.000 doenças ocupacionais, em 2008 (quadro 1). De se notar que, somados os casos dos transportes de cargas e urbano, a quantidade chega a 9.228, maior que a quantidade de casos da Administração Pública.

Quadro 1. Total de doenças - mais de 4.000 casos -, por CNAE em 2008

CNAE*	Não notificados	Notificados	Total	Atividade
8411	8.922	230	9.152	administração pública
4711	5.478	401	5.879	hiper e supermercados
4120	4.869	319	5.188	construção de edifícios
8610	4.404	555	4.959	atendimento hospitalar
1012	4.042	827	4.869	frigoríf. de suínos e aves
4930	4.430	219	4.649	transporte de cargas
4921	4.408	171	4.579	transporte urbano
6422	2.234	2.053	4.287	bancos múltiplos

*CNAE – Classificação Nacional de Atividade Econômica. Fonte: Base de dados Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho – AEAT 2008 – Ministério do Trabalho e Emprego; Ministério da Previdência Social. Elaboração: autor do artigo.+

Não obstante, não se pode considerar somente os números absolutos nas atividades econômicas isoladas, pois isso pode conduzir o investigador a conclusões equivocadas. É suficiente a esta afirmação a consideração de que a Administração Pública, ainda que apareça em primeiro lugar na quantidade de doenças, tem **uma taxa de sinistralidade muito baixa**, quando observada a quantidade de trabalhadores neste setor.

Assim que a Administração Pública tinha 21,1% do total de 39.441.566 trabalhadores formais de todos os setores das atividades econômicas do Brasil em 2008, segundo dados do DIEESE – Departamento Intersindical de Estudos Econômicos e Socioeconômicos –, ou seja, mais de 8.300.000 empregados públicos naquele ano²⁸. Se considerados todos os casos dos serviços públicos, tem-se um total de 16.179 doenças não notificadas, o que corresponde a uma taxa de somente 194,69 doenças não declaradas para cada 100.000 trabalhadores (quadro 2).

Ora, no setor da indústria da transformação – que abrange vários grupos da CNAE, do 10 ao 33, tantas são as atividades industriais –, houve um total de 54.259 doenças não declaradas, o que corresponde a uma **taxa impressionante de 742,17 doenças não notificadas** para cada 100.000 trabalhadores, considerando-se que este setor tinha 7.310.840 empregados em 2008, de acordo com o MTE, com base na RAIS.

Utilizando o mesmo raciocínio, nos grupos dos transportes, armazenamento e correios – do 49 ao 53 da CNAE –, houve 13.574 doenças ocupacionais não declaradas e descobertas pelo NTEP. Ocorre que nem sequer no Ministério do Trabalho e Emprego se consegue obter dados seguros sobre a quantidade de trabalhadores formais nos transportes. Porém, segundo o estudo denominado **Perfil do Trabalho Decente no Brasil**, da OIT, em 2007 houve um percentual de 50,5% de informalidade no Brasil²⁹. Considerando que essa taxa foi de 50% em 2008, é possível estimar um total de 1.800.000 trabalhadores formais no setor dos transportes naquele ano. Se assim era, a **taxa de doenças não notificadas para cada 100.000 trabalhadores nos transportes foi de 754,11**, sem dúvida alguma a mais alta de todos os setores das atividades econômicas (quadro 2).

²⁸Precisamente 8.310.136, de acordo com o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). Fonte: RAIS – Relação Anual de Informações Sociais. Elaboração: CGET/DÉS/SPPE/MTE – Coordenação Geral de Estatísticas do Trabalho; Declaração Eletrônica de Serviços; SPPE/MTE. Disponível em: <www.mte.gov.br/rais/resultado_2008.pdf>. Acesso em: 2 set. 2010.

²⁹OIT. **Perfil do Trabalho Decente no Brasil**. 2009. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---integration/documents/publication/wcm_041773.pdf>. Acesso em: 4 out. 2010.

Quadro 2. Taxas de doenças para 100.000 trabalhadores em 2008

Atividades	CNAE	Doenças	Taxa de doenças
Transportes, armazen. e correios	49 - 53	13.574	754,11
Indústria da transformação	10 - 33	54.259	742,17
Construção	41 - 43	11.514	601,38
Comércio	45 - 47	29.161	398,15
Serviços em geral	55 - 82; 87 - 99	33.203	307,96
Administração pública	84 - 86	16.179	194,69

Fonte: Base de dados Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho – AEAT 2008 – Ministério do Trabalho e Emprego; Ministério da Previdência Social. Elaboração: autor do artigo.

Talvez isso tenha ocorrido por causa das excessivas jornadas de trabalho neste setor, pois todas as estatísticas revelam que o setor dos transportes é o **setor no qual existem as maiores jornadas de trabalho no Brasil**. Assim que em 2007 a jornada semanal média (oficial) neste setor foi de 46,2 horas. Há um estudo no qual se demonstra que a jornada média dos trabalhadores do setor de transportes era, em 2003, de 47,1 horas por semana no Brasil. Ademais, que a jornada média dos motoristas de caminhão era de 52,6 horas semanais, naquele mesmo ano³⁰. E isso pode contribuir ao surgimento de tantas e tantas doenças ocupacionais – como de fato tem ocorrido – neste setor.

³⁰WEISHAUPT PRONI, M. Diferenciais da jornada de trabalho no Brasil. Em: DARI KREIN, J.; BARROS BIAVASCHI, M.; OLIVEIRA ZANELLA, E. B. de; SOUZA FERREIRA, J. O. de (Org.). **As transformações no mundo do trabalho e os direitos dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2006, p. 131-133.

6.2 Os grupos de atividades econômicas

Tudo isso demonstra que é necessário estudar a possível correlação entre doenças ocupacionais e extensas jornadas de trabalho, tendo em conta os grupos de atividades econômicas.

Ainda investigando as taxas de sinistralidade com base no NTEP, de se pontuar o seguinte quadro: taxas de 15,68 – por 1.000 trabalhadores – na fabricação de locomotivas e vagões, de 9,76 na fabricação de equipamentos e instrumentos óticos, fotográficos e cinematográficos, de 8,57 na fabricação de caminhões e ônibus e de 6,73 nos bancos múltiplos, com carteira comercial (quadro 3).

Quadro 3. Taxa de doenças por atividade

Atividades	CNAE	Taxa de enfermidade
Fabricação de locomotivas e vagões	3031	15,68
Fabricação de equip. e instrumentos óticos, fotográficos e cinematográficos	2670	9,76
Fabricação de caminhões e ônibus	2920	8,57
Bancos múltiplos, com carteira comercial	6422	6,73

Fonte: Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho – AEAT 2008 – Ministério do Trabalho e Emprego; Ministério da Previdência Social. Elaboração: autor do artigo.

Assim que, consideradas as atividades **isoladamente**, destacam-se **três do grande setor da indústria manufatureira nos primeiros lugares**, com altas taxas de enfermidade relacionada ao

trabalho. Outrossim, de se considerar a **alarmante taxa das instituições financeiras (bancos)** – a quarta maior –, nas quais há uma previsão de jornada especial no Direito do Trabalho brasileiro – limite de seis horas diárias³¹, com pausa de pelo menos 15 minutos –, a qual, não obstante, não tem sido respeitada, como demonstram as numerosas ações judiciais ajuizadas em face dos bancos. É mais que comum verificar em tais processos que os trabalhadores se ativam em mais de 6 horas por dia nesta atividade, às vezes até 8, 10 ou mais horas, num trabalho altamente repetitivo e que demanda uma intensa concentração, com somente 15 minutos de pausa para a refeição. Talvez isso ajude a explicar a referida taxa de sinistralidade nos bancos (quadro 3).

A propósito, Sadi Dal Roso³², num estudo aprofundado sobre a **intensificação do trabalho dos trabalhadores brasileiros**, por ramo de atividade econômica, com base em minuciosas pesquisas realizadas junto aos trabalhadores constata que a intensidade do trabalho é **impressionante** no setor bancário e financeiro, no qual 72,5% dos trabalhadores consideram que seu trabalho hoje em dia é mais intenso do que o executado na época em que começaram a trabalhar. Aí está a constatação de que um grande número de trabalhadores está se ativando em horas extras no país, especialmente nos bancos e financeiras, onde 62,5% dos trabalhadores têm dito trabalhar mais tempo na atualidade, quando comparado com as jornadas de trabalho do início de sua atividade profissional.

A pesquisa se torna ainda mais interessante quando o autor constata que 57,2% dos trabalhadores afirmam que o ritmo e a velocidade do trabalho atual são maiores que no passado. Uma vez mais aparecem nos **primeiros lugares bancos e financeiras** – o segundo lugar – com 85% dos trabalhadores. Quando se lhes foi perguntado se acumulavam tarefas antes executadas por mais de uma pessoa, os trabalhadores do setor bancário e financeiro responderam positivamente em 75% dos casos. Isso é a mais clara demonstração da **intensificação do trabalho dos bancários**³³. Outra forma de medir a intensidade do trabalho é a averiguação da chamada gestão por resultados, nova prática empresarial neste período pós-fordista. Uma vez mais, os trabalhadores do setor bancário foram os que mais se queixaram da questão “obtenção” de resultados (97,5%)³⁴.

Não obstante, ao se analisar os **grupos de atividades econômicas** numa perspectiva mais global, observa-se que a soma de todas as atividades do grupo 10 – indústria da produção de alimentos, que tem

³¹Apenas os bancários que exercem cargo de confiança (bancária) podem estar sujeitos a jornada de oito horas diárias (art. 224, § 2º, da CLT).

³²DAL ROSSO, S. **Mais trabalho!**: a intensificação do labor na sociedade contemporânea. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 104-112.

³³*Ibidem*, p. 114-126.

³⁴*Ibidem*, p. 131-134.

31 atividades – atinge um total absurdo de 23,59 casos de doenças não declaradas por 1.000 trabalhadores, com destaque para o código 1012 – frigoríficos de suínos e aves –, no qual a taxa de enfermidade é de 3,61 (quadro 4). Então, os **frigoríficos** que desenvolvem sua atividade utilizando somente suínos e aves, principalmente frangos, **são as empresas que mais causam doenças ocupacionais em todo o grande setor da indústria alimentícia**. Por isso é muito importante estudar as jornadas e as formas de sua distribuição neste ramo empresarial, no qual não se têm concedido as pausas intrajornada necessárias ao combate do estresse laboral e à prevenção da fadiga, ocasionando numerosos casos de afastamentos para tratamento de doenças.

Quadro 4. Doenças por grupo de atividade econômica

Atividades	Grupo	Taxa de enfermidade	CNAE*	Taxa de enfermidade**
Produção de alimentos	10	23,59	1012	3,61
Comércio varejista	47	8,42	4713	1,59
Vestuário e calçados	14 e 15	8,35	1539	1,47
Transportes	49	6,28	4912	2,23

*CNAE com as maiores taxas de enfermidade no grupo; ** taxa da CNAE destacada no grupo de atividade. Fonte: Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho – AEAT 2008 – Ministério do Trabalho e Emprego; Ministério da Previdência Social. Elaboração: autor do artigo.

Outrossim, a se considerar o grande grupo 47 - comércio varejista -, verifica-se uma soma de 8,42 casos de enfermidade por 1.000 trabalhadores, destacando-se a atividade do comércio varejista de mercadorias em geral, sem predominância de produtos alimentícios (4713), com a taxa de enfermidade de 1,59. De se registrar, igualmente, que o comércio varejista foi responsável por 68,9% de todas as doenças do grande setor do comércio - G 45 a 47 -, mais precisamente por 20.088 das 29.161 doenças não declaradas em 2008.

Na sequência, os grupos 14 e 15 - indústria do vestuário e da fabricação de calçados -, com a soma de 8,35 casos por 1.000 trabalhadores, com especial atenção para a fabricação de calçados (1539), na qual houve uma taxa de enfermidade de 1,47. Convém notar que somente a confecção de vestuário e acessórios e a fabricação de calçados e outros artefatos de couro foram as responsáveis por 13,4% de todas as doenças não declaradas do grande setor da indústria - 7.267 de 54.259. Aqui se verifica um problema similar ao noticiado para a indústria frigorífica, pois **tanto a atividade têxtil como a de calçados são muito repetitivas**, desenvolvidas em "linhas" de produção, nas quais não se pode permitir extensas jornadas de trabalho e se deve distribuir os horários de modo que o trabalhador tenha momentos de recuperação da fadiga e do estresse. **Daí a importância das pausas intrajornada** nesse tipo de atividade empresarial para a proteção da saúde laboral.

Finalmente, há que se destacar, uma vez mais, os transportes terrestres, pois a soma do G 49 - que conta com somente 10 atividades - atinge 6,28 doenças não declaradas por 1.000 trabalhadores, sendo que a atividade de transporte metroferroviário (4912) tem a impressionante taxa de enfermidade de 2,23. **É impressionante a quantidade de doenças não declaradas nos transportes**, pois foram 4.408 casos no transporte rodoviário coletivo de passageiros municipal e em região metropolitana, 1.036 neste mesmo transporte, porém intermunicipal, interestadual e internacional, e assustadores 4.430 casos no transporte rodoviário de cargas. Somente a soma destas três atividades registra um total de 9.874 casos, **95,6% do total do subsetor de transporte terrestre, que inclui o metroferroviário.**

Uma última observação: quando se analisa somente a quantidade de casos de doenças ocupacionais, a Administração Pública (8411) responde por 9.152 casos - 8.922 não declarados e 230 notificados -, sem dúvida, o número mais alto se considerado isoladamente, como já visto. Não obstante, sua taxa de incidência de doenças por 1.000 trabalhadores é de somente 0,08, até insignificante quando comparada a outras atividades. Por exemplo, **a taxa dos bancos múltiplos é de 6,73** - dado retro mencionado -, ou seja, uma **taxa 84 vezes**

maior que a da Administração Pública. Igualmente, a taxa do abate de suínos e aves foi de 3,61, como já visto. Então, **o índice de doenças ocupacionais nos frigoríficos é 45 vezes maior que na Administração.** Tudo isso é muito preocupante e deve encontrar uma pronta resposta dos estudiosos da matéria.

6.3 As cidades com a maior quantidade de doenças ocupacionais

Em continuação, pretende-se fazer um estudo das cidades que apresentaram, em 2008, a maior quantidade de doenças ocupacionais não declaradas, com o intuito de investigar quais apresentaram o maior índice de sinistralidade em relação ao seu número de empregados, para, em seguida, analisar as atividades econômicas predominantes nessas cidades. A partir daí, será possível investigar se as condições de trabalho, em especial as jornadas de trabalho, têm algo a ver com essa realidade.

Assim que, analisando as estatísticas de doenças ocupacionais não declaradas do ano 2008, segundo o NTEP, verifica-se que a cidade recorde, de longe, é São Paulo, em número de doenças presumidas, ou seja, não notificadas, com 14.603 casos. Não obstante, São Paulo é a capital econômica do país, com uma população empregada consideravelmente maior - 4.489.076 empregos formais em 2008³⁵. Por isso, sua taxa foi de apenas 325,3 doenças por 100.000 empregados. Na sequência surgem as cidades do Rio de Janeiro e Salvador.

Porém, o surpreendente é que, em **quarto lugar**, não aparece nenhuma outra capital, mas a **cidade de Blumenau (SC)**, com 3.163 casos. Ocorre que Blumenau tinha, em 2008, tão somente 116.135 empregos devidamente anotados no registro do MTE, com base na RAIS/2008 e 2009. É assombrosa a quantidade de casos desta cidade, quando comparada com o número de empregos formais - 3.163 doenças por 116.135 trabalhadores. Fazendo a conta como sempre o faz a OIT - número de doenças do trabalho dividido entre a população afiliada (no caso, a quantidade de empregos formais), multiplicado por 100.000 -, os casos de Blumenau revelam **uma taxa de 2.723,5 doenças por 100.000 empregados** (quadro 5). Ora, em Florianópolis, a capital do Estado, houve somente 656 casos não declarados, para um total de 244.253 empregados, o que significa uma taxa muito menor, de 268,6 doenças por 100.000 empregados.

³⁵Informações para o Sistema Público de Emprego e Renda - Dados por Município. Disponível em: <http://perfildomunicipio.caged.gov.br/resultado_SPER_impressao...>. Acesso em: 4 out. 2010. Todos os dados que seguem foram extraídos da RAIS/2008 e 2009, através destas informações citadas.

Quadro 5. Cidades brasileiras com as maiores taxas de doenças ocupacionais

Cidade	N. de doenças ocupacionais	Total de empregados	Taxa de enfermidade	Atividade principal	% da atividade econômica
Nuporanga	179	3.777	4.739,2	Indústria	68,6
Erechim	1.355	33.152	4.087,2	Indústria	36,8
São Vicente	1.054	32.624	3.230,7	Serviços	47,2
				Comércio	31,8
Chapecó	1.800	63.024	2.856,0	Indústria	33,9
Blumenau	3.163	116.135	2.723,5	Indústria	41,6
Itajaí	1.004	62.780	1.599,2	Serviços	43,2
Cotia	1.059	66.448	1.593,7	Serviços	36,3
				Indústria	28,9
São Paulo	14.603	4.489.076	325,3	Serviços	44,8
Florianópolis	656	244.253	268,6	Serviços	40,8

Fonte: Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho – AEAT 2008 – Ministério do Trabalho e Emprego; Ministério da Previdência Social. Elaboração: autor do artigo.

Isso conduz à necessidade de investigações sobre a referida realidade por especialistas da saúde pública e das condições de trabalho. Neste momento, o que se pode fazer é apontar algumas considerações, na tentativa de oferecer um aporte um pouco mais fundamentado ao debate em torno da questão. Assim que, analisando os indicadores de quantidade de emprego formal nos ramos de atividade de Blumenau – ainda segundo as estatísticas do MTE, fonte RAIS/2008 e 2009 –, verifica-se que **41,6% dos trabalhadores se ativavam**, em 2008, na **indústria da transformação**. Então se pode concluir que a indústria manufatureira é a que mais tem empregados

em Blumenau, mais precisamente a indústria têxtil³⁶. Daí se pode chegar a uma conclusão, seguindo o raciocínio já desenvolvido no curso deste artigo: as **intensas jornadas de trabalho na indústria**, tanto quantitativas – excessivas jornadas de trabalho – quanto qualitativas – má distribuição dos horários, sem as pausas necessárias –, têm **desagudo numa maior sinistralidade laboral**.

Não obstante, é interessante notar que na sequência das cidades que apresentaram mais de 1.000 casos de doenças não declaradas em 2008, surge, **em oitavo lugar, a cidade de Chapecó (SC)**, com 1.800 casos. É de impressionar que esta cidade tivesse tão somente 63.024 empregos formais em 2008, sendo 21.383 na indústria da transformação, com 33,9% do total. Assim, **a taxa de sinistralidade de doenças não declaradas de Chapecó foi de 2.856,0 por 100.000 trabalhadores**, ainda mais alta que a de Blumenau (quadro 5). Um dado importante é o fato de Chapecó ser considerada a capital brasileira da agroindústria, em cuja região se encontram as principais empresas processadoras e exportadoras de carnes de suínos, aves e derivados da América Latina³⁷.

Não é necessário comentar, outra vez, acerca das consequências negativas da **intensificação do trabalho na indústria**, principalmente pela intensidade das jornadas de trabalho, quantitativa e qualitativa, sobre a saúde dos trabalhadores. Os números de sinistralidade laboral falam por si.

Pretende-se chamar a atenção para a **cidade de Erechim (RS)**, pois ainda que apareça em 16º lugar nos indicadores de quantidade de doenças não declaradas, com 1.355 casos, quando é verificada sua taxa de sinistralidade se descobre algo espantoso, alarmante. Como Erechim tinha somente 33.152 empregos formais em 2008, **sua taxa é de 4.087,2 por 100.000 trabalhadores, a mais alta de todas as 25 cidades referidas** (quadro 5). O que ocorre em Erechim? Vejamos: **36,8% de seus empregados – 12.187 – trabalham na indústria da transformação**, o setor da atividade econômica que mais oferece emprego naquela cidade³⁸. Uma vez mais a indústria, sendo prescindível tecer maiores considerações a respeito.

³⁶Tanto é assim que as próprias informações oficiais o demonstram, anunciando que a principal atividade econômica de Blumenau é a indústria têxtil e do vestuário, pois cerca de 70% da arrecadação de impostos do município é oriunda deste setor. Ademais, as maiores companhias deste setor mantêm fábricas na cidade. Disponível em: <<http://guiasantacatarina.com.br/blumenau/cidade.php3>>. Acesso em 26 out. 2010.

³⁷Os grandes frigoríficos brasileiros têm unidade fabril no território de Chapecó, incluindo a maior indústria de produtos alimentícios do Brasil e a maior exportadora de carne de porco do mundo. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Chapec%C3%B3>>. Acesso em 26 out. 2010.

³⁸Nota-se que somente alimentador da linha da produção havia 1.841 em 2008, o que representa 15,1% dos trabalhadores da indústria de Erechim. E a economia erechinense se baseia principalmente no setor industrial, cuja representatividade é atualmente de 37,53%, segundo os dados oficiais deste município, de acordo com os quais a expansão do parque industrial logrou que a cidade crescesse quatro vezes mais que a média do Brasil e quase três vezes mais que a média do Rio Grande do Sul, com destaque para o ramo de metal-mecânico. Disponível em: <<http://www.pmerechim.rs.gov.br/municipio/economia>>. Acesso em 26 out. 2010.

Em continuação, de se destacar a cidade de **Cotia (SP)**, com 1.059 casos, porém **com uma taxa de 1.593,7**. Destaca-se, ainda, São Vicente (SP), cidade que teve 1.054 casos de doenças não declaradas em 2008. Não obstante, segundo dados da RAIS, São Vicente tinha somente 32.624 empregos formais naquele ano, o que aponta para uma **taxa de 3.230,7 casos por 100.000 trabalhadores**.

O **vigésimo quinto colocado** nesta avaliação é o município de **Itajaí (SC)**, com 1.004 casos não declarados, para um total de 62.780 empregos, logrando que **sua taxa seja de 1.599,2 por 100.000 trabalhadores**. Interessante notar que não é a indústria o maior empregador em Itajaí, mas os serviços, com 43,2% do total³⁹. De se ter em conta que este município possui o principal porto de Santa Catarina, que é o segundo colocado no *ranking* nacional de movimentação de contêineres. Outrossim, Itajaí é o maior exportador de frios do Brasil, sendo que, por isso, a atividade portuária é sua maior expoente⁴⁰. Não obstante, não se pode olvidar que o **transporte de mercadorias** até o porto no Brasil é quase todo feito pelas rodovias, com um número gigantesco de caminhões e incontáveis acidentes envolvendo este meio de transporte – um dos motivos da nova Lei do Motorista Profissional. Ademais disso, as jornadas dos trabalhadores dos transportes, sobretudo do subsetor de cargas, é muito longa, havendo uma quantidade acentuada de casos de doenças laborais, inclusive por problemas posturais – aliados às **excessivas jornadas, com pausas insuficientes** –, o que merece uma atenção especial do governo.

Para finalizar, penso ser importante que esta investigação traga à colação minha experiência como juiz. Fui juiz titular da Vara do Trabalho de Orlândia (SP) de outubro de 2005 a setembro de 2010, sendo que a maior quantidade de processos que tramitavam naquele juízo era, de longe, de uma só empresa, um frigorífico. Nestes processos era possível verificar **uma desproporcional** quantidade de pedidos de indenizações de danos provocados por doença do trabalho. Ocorre que o frigorífico desta empresa tem sede na **pequena cidade de Nuporanga (SP)**, que tinha tão somente 3.777 empregos formais em 2008, segundo dados da RAIS/2008 e 2009, do MTE. Pois bem, esta empresa contava com 2.300 empregados, aproximadamente, o que representava quase 90% dos 2.591 trabalhadores do setor da indústria daquela cidade (dados de 2008)⁴¹. Então, pode-se afirmar que a economia desta cidade gira em torno desta empresa. Ocorre que a **taxa de enfermidade de Nuporanga foi de 4.739,2**⁴². Um número absurdo, alarmante, que assusta quando se o compara a outras cidades (quadro 5).

³⁹Destaque para a ocupação **motorista de caminhão** (rotas regionais e internacionais), que tinha 2.393 empregos formais em 2009, uma única ocupação que representa quase 4% do total de todas as ocupações de tantas atividades econômicas, em Itajaí.

⁴⁰Disponível em: < <http://pt.wikipedia.org/wiki/Itajai>>. Acesso em: 26 out. 2010.

⁴¹Outro dado: havia, em 2008, 2011 trabalhadores registrados como alimentador da linha de produção, 77,6% de todos os empregados da indústria de Nuporanga.

⁴²179 casos, divididos por 3.777 empregos, e multiplicados por 100.000 trabalhadores.

Outrossim, a única atividade desta empresa, em Nuporanga, é o abate de frangos, e o número de processos judiciais de Orlândia, cuja jurisdição abarca aquela cidade, aponta para muito mais que 179 casos de doenças do trabalho por ano, o que torna a situação muito mais grave. E qual é a razão de tantas doenças? Como já dito, os acidentes típicos, assim como as doenças laborais, são fenômenos multicausais. Não obstante, as extensas jornadas de trabalho nesta empresa, ao que se soma a exigência de alta produtividade, têm levado a estas cifras desumanas. Por isso se faz necessário estudar a relação entre estes dois temas: **doenças e jornadas de trabalho inadequadas**.

Além do mais, essa é uma realidade de **praticamente todos os frigoríficos brasileiros**, com o ritmo alucinante das esteiras de produção, surgindo um número desproporcional de doenças ocupacionais. A situação é tão grave que ultimamente a Justiça do Trabalho tem condenado – ainda que timidamente – as indústrias deste subsetor à concessão de pausas extras para que haja uma diminuição do número de doenças ocupacionais e se respeite o direito fundamental do trabalhador à saúde laboral⁴³.

7 Conclusão

Em definitivo, a intensificação do trabalho – que envolve também o aspecto qualitativo da jornada de trabalho, pois implica uma maior extração de mais-valia relativa, inclusive pela inadequada distribuição do tempo de trabalho –, levada a um nível insuportável na indústria e nalguns subsetores dos serviços, especialmente nos transportes e instituições financeiras, tem conduzido a um número preocupante de doenças ocupacionais, o que deve ser objeto de atenção especial por parte do governo brasileiro.

Com efeito, as extensas jornadas de trabalho – nos aspectos quantitativo e qualitativo – e a pressão constante por horas extraordinárias têm feito com que os trabalhadores se sintam impotentes, e vão percebendo, dia a dia, que a situação não melhora, somente se agrava, frente à ameaça de dispensa, fato que os remete a uma situação de total descontrole sobre sua vida pessoal e familiar. Quando percebem que já não têm mais vida, que vivem para trabalhar, ou que já perderam sua saúde ou inclusive sofrido um acidente, às vezes vêm as ideias suicidas.

⁴³Na Ação Civil Pública 3497-2008-038-12-00-0, promovida pelo Ministério Público do Trabalho, a empresa demandada foi condenada a conceder um total de 49 minutos diários em pausas para a recuperação da fadiga aos empregados que trabalham na atividade de desossa de frangos (cerca de 700 trabalhadores), no estabelecimento de Chapecó (SC). MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO (MPT) – PRT 12. **Empresa X** terá que conceder pausas de recuperação de fadiga e não demitir empregados doentes. Acesso em: 10 set. 2011. Disponível em: <http://www.prt12.mpt.gov.br/prt/noticias/2010_09/2010_09_29.php>.

Ante a esta situação de extremo perigo à tão anunciada harmonia social, urge que o governo, os órgãos que regulam as relações laborais, os estudiosos do tema, comecem uma cruzada pela restauração dos limites efetivos de jornada de trabalho, a fim de que as pessoas trabalhadoras recuperem sua situação de pessoas, para o que se faz imprescindível o respeito a seus direitos fundamentais.

Para que isso seja alcançado, mister que o governo e os empregadores entendam que a saúde do trabalhador é um bem jurídico imprescindível à propagada dignidade humana. É chegado o tempo de se promover uma filosofia da vida, todos e cada um de nós, pois é necessário trabalhar para viver, não viver para o trabalho, tampouco para adoecer ou morrer no trabalho.

8 Referências

ALARCÓN CARACUEL, M. R. La jornada ordinaria de trabajo y su distribución. In: APARÍCIO TOVAR, J. y López Gandía, J. (Coord.). **Tiempo de trabajo**. Albacete: Bomarzo, 2007.

ANTUNES, Ricardo. **Riqueza e miséria do trabalho no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2006.

CAGED. Informações para o Sistema Público de Emprego e Renda – Dados por Município. Disponível em: <http://perfildomunicipio.caged.gov.br/resultado_SPER_impresao...>. Acesso em: 4 out.2010.

CHACARTERGUI JÁVEGA, C. Tiempo de trabajo, racionalidad horaria y género: un análisis en el contexto europeo. **Relaciones laborales**, n. 19, ano XXII, Madrid, outubro de 2006.

DAL ROSSO, Sadi. **Mais trabalho!**: a intensificação do labor na sociedade contemporânea. São Paulo: Boitempo, 2008.

FITA ORTEGA, F. **Límites legales a la jornada de trabajo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

FOLHA DE S. PAULO. Cortador de cana morreu após 70 dias de trabalho. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 18 maio 2007. Folha Dinheiro, Caderno B, p. B9.

GOMES MEDEIROS, J. L. **A economia diante do horror econômico**. 2004, 204 p. Tese (Doutorado em Economia). Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004.

GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

INSHT - MTIN. Informe Anual sobre *Daños a la Salud en el Trabajo*, do Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, órgão vinculado ao MTIN – Ministerio

de Trabajo e Inmigración. Disponível em: <<http://www.insht.es/Observatorio/Contenidos/InformesPropios/Siniestralidad/Ficheros/DA%C3%91OS%20A%20LA%20SALUD%202008.pdf>>. Acesso em: 6 out. 2010.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. Livro I. Tradução de Reginaldo Sant'Anna. 22. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO (MTE) *et al.* Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho – AEAT 2008. V.1. Brasília: MTE: MPS, 2008. Disponível em: <http://www.previdenciasocial.gov.br/arquivos/office/3_091125-174455-479.pdf>. Acesso em: 1º set. 2010.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO (MPT) – PRT 12. **Empresa X terá que conceder pausas de recuperação de fadiga e não demitir empregados doentes**. Disponível em: <http://www.prt12.mpt.gov.br/prt/noticias/2010_09/2010_09_29.php>.

OIT. **Perfil do Trabalho Decente no Brasil**. 2009. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---integration/documents/publication/wcm_041773.pdf>. Acesso em: 10 set. 2011. Acesso em: 4 out. 2010.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2002.

PEREIRA BINDER, M. C. e MUNIZ DE ALMEIDA, I. Acidentes do Trabalho: Acaso ou Descaso? Em: MENDES, R. **Patologia do trabalho**. v. 1, 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Atheneu, 2005.

PRADOS DE REYES, F. J. La ordenación del tiempo de trabajo en la Reforma del Estatuto de los Trabajadores. **Relaciones laborales**, n. 8, ano 12, Madrid, 23 abr. 1996.

RAIS – Relação Anual de Informações Sociais. Elaboração: CGET/DES/SPPE/MTE – Coordenação Geral de Estatísticas do Trabalho; Declaração Eletrônica de Serviços; SPPE/MTE. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/rais/resultado_2008.pdf>. Acesso em: 2 set. 2010.

SPURGEON, A. **Working time: its impact on safety and health**. OIT y Korean Occupational Safety and Health Research Institute, Genebra, 2003.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 3. ed. atual. e com novos textos. São Paulo: LTr, 2000.

SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* **Instituições de Direito do Trabalho**. v. 2, 16. ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 1996.

TRILLO PÁRRAGA, F. J. **La construcción social y normativa del tiempo de trabajo**: identidades y trayectorias laborales. Valladolid: Lex Nova, 2010.

URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M. Vivir para trabajar: la excesiva jornada de trabajo como factor de riesgo laboral. **Gestión Práctica de Riesgos Laborales**, n. 77, dezembro de 2010.

VALDÉZ DAL-RÉ, F. La flexibilidad del tiempo de trabajo: un viejo, inacabado y cambiante debate. **Relaciones laborales**, n. 2, ano 15, Madrid, 23 de janeiro de 1999.

WEISHAUPT PRONI, M. Diferenciais da jornada de trabalho no Brasil. *In*: DARI KREIN, J.; BARROS BIAVASCHI, M.; OLIVEIRA ZANELLA, E. B. de; SOUZA FERREIRA, J. O. de (Org.). **As transformações no mundo do trabalho e os direitos dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2006.

A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE: instrumentos de cristalização dos valores sociais na estrutura jurídico-trabalhista

THE SOCIAL FUNCTION OF THE COMPANY AND AN ACT OF SOLIDARITY: instruments of crystallization of the social values in the legal structure-labor law.

Luciane Wambier*

Resumo: Em virtude da acirrada concorrência entre as empresas, cresce a adoção de práticas que afrontam a dignidade humana nos atos de gestão de certas empresas. Cumprir os direitos sociais torna-se cada vez mais necessário. Além disso, é preciso fomentar uma cultura empresarial voltada para a valorização do homem e o reconhecimento do trabalho como valor social. A função social da empresa mostra-se como instrumento adequado a permitir o cumprimento de deveres impostos pela legislação trabalhista, mas também como meio apto a promover saúde e bem-estar ao trabalhador, destacando-se, pela nova interpretação, como forma de distribuição de riquezas na sociedade.

Palavras-Chave: Direitos Humanos. Direitos Sociais. Estrutura Organizacional. Função Social.

Abstract: Due to the competition between companies, there is a growing adoption of practices that violate human dignity, by the management of certain companies. Therefore, to obey the social rights becomes increasingly necessary. In addition, we must foster a corporate culture dedicated to the appreciation of the man and the recognition of the work as a social value. The social function of the company shows up as an ideal instrument to allow both, the performance of duties imposed by labor laws, but also as a suitable means to promote health and well-being for workers, especially, by the new interpretation as a way of distribution of wealth in society.

Keywords: Human Rights. Social Rights. Economic and Legal Structure. Social Function of the Company. Institutions.

*Servidora pública federal do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Pós-Graduada em Direito Ambiental e Gestão Estratégica, pela PUC-SP, e em Direito Público, pela Unisul. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR).

1 Introdução

Este artigo tem como objetivo explicar o princípio da função social da empresa como instrumento de afirmação dos direitos humanos na sociedade capitalista atual. É bem verdade que práticas voltadas à maior competitividade das empresas têm sido adotadas e, nesse contexto, faz-se necessário buscar a formação de uma cultura que prestigie mais os direitos sociais, a valorização do ser humano e o reconhecimento do valor social do trabalho.

Para chegar ao entendimento da função social da empresa e a importância da exegese adequada desse princípio, faz-se pertinente entender as estruturas econômicas e jurídicas que conduzem a nossa sociedade. Ainda, vale conhecer o desenvolvimento dos direitos humanos no mundo e, por meio dele, o reconhecimento dos direitos econômicos e sociais como bases da organização social contemporânea.

Os direitos sociais possuem longa afirmação, desta forma, cabe ao hermenêuta interpretar o princípio da função social da empresa à luz da harmonização entre os direitos econômicos e sociais, bem como compreender que as instituições devem agir conjuntamente em um sistema cooperativo.

2 Formação das estruturas econômicas e jurídicas no Brasil

As estruturas possuem grande influência sobre a formação de um país e de seu desempenho econômico e social. Crenças, cultura, organização e valores sociais são reflexos dos determinantes estruturais, que influenciam, por vezes, no grau de riqueza ou pobreza, bem como no desenvolvimento de certas liberdades como a igualdade material.

Nesse ponto, vale compreender o que se entende por estruturas. Calixto Salomão Filho¹ explica que seu objetivo é

[...] a extração de renda, a ser garantida pela concentração e pelo monopólio. As estruturas excluem os agentes econômicos do mercado, limitam a liberdade da mão-de-obra, concentram o acesso ao capital (financeiro ou humano) e ao crédito.

¹SALOMÃO FILHO, C.; MELLO FERRÃO, B. Lopes de; RIBEIRO, I.C.. **Concentração, estruturas e desigualdade**: As origens coloniais da pobreza e da má distribuição de renda. São Paulo: Idcid, 2006, p. 15.

Ademais, no que atine à sua duração no tempo, as estruturas possuem permanência natural, difícil de ser extinta. Sua fixação se dá pela continuidade de sucessivos privilégios instalados para poucos e exclusão de muitos, de forma a sempre garantir a concentração.

Devido às influências colonizadoras, a formação de estruturas em nosso país deu-se de forma a permitir uma maior ou menor drenagem de recursos em cada uma das regiões exploradas e em cada um dos ciclos econômicos, o que faz compreender de forma mais apurada as razões dos níveis de pobreza e desigualdades existentes².

2.1 Colonização brasileira: influência nas estruturas econômicas brasileiras

Para melhor explicar a formação das estruturas econômicas na América, faz-se necessário compreender que a expansão comercial da Europa teve relação muito próxima com esse acontecimento. De forma ricamente concisa, Celso Furtado³ explica que, desde o Século XI, o comércio interno europeu estava em plena expansão, alcançando intenso crescimento no século XV, período em que as invasões turcas passaram a criar entraves para o abastecimento de produtos advindos das linhas orientais. Tornou-se necessário, então, contornar o obstáculo otomano para restabelecer o comércio com o oriente, episódio este que vingou na descoberta das terras das Américas.

A chegada ao novo mundo trouxe formas de colonização diversas para as colônias portuguesas e espanholas, e as colônias inglesas e francesas. A colônia portuguesa, que deu origem ao Brasil, provou ciclos econômicos de exploração que se sucederam durante séculos⁴. No livro **Concentração, Estruturas e Desigualdade**, Calixto Salomão Filho⁵, após análise comparativa da evidência empírica na forma de ocupação das colônias, conclui que

[...] as instituições do período colonial estariam relacionadas com as instituições atuais, dado o fenômeno da inércia institucional, e sua influência sobre resultados econômicos atuais se daria apenas por meio dessas mesmas instituições.

²SALOMÃO FILHO, C.; MELLO FERRÃO, B. Lopes de; RIBEIRO, I.C. **Concentração, estruturas e desigualdade**: as origens coloniais da pobreza e da má distribuição de renda. São Paulo: Idcid, 2006, p. 15-17.

³FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 34. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 25.

⁴Ciclo da cana, com início no Séc. XV; ciclo do ouro, com início no Séc. XVIII e ciclo do café, com início no Séc. XIX.

⁵SALOMÃO FILHO, C.; MELLO FERRÃO, B. Lopes de; RIBEIRO, I.C. *op.cit.*, p. 25-26.

Além das dependências externas⁶, a condição de colônia extrativa criou estruturas internas de poder no campo econômico. O processo de colonização, que se fez presente no Brasil por séculos, trouxe problemas crônicos ao nosso país, tais como a pobreza e a desigualdade na distribuição de renda. Da mesma forma, a origem do subdesenvolvimento em diversos países da América Latina explica-se pela extração máxima de renda, que se concentrava a favor de um pequeno grupo de pessoas, pelo pequeno investimento em atividades diversas das destinadas a gerar rendas monopolistas, pelos salários mantidos a níveis de subsistência e pelas elevadas jornadas de trabalho⁷.

Devido a este evento de longa duração, o aparato criado pelo poder econômico, representado na forma de estruturas concentradoras, permeou-se inclusive em meio às estruturas jurídicas formadas. Estes monopólios legais e econômicos trouxeram grandes prejuízos sociais, em especial aos mercados consumidor e de trabalho, sobre os quais atuaram extraíndo toda a renda possível e impulsionando a redução do bem-estar social. Através da regulação na esfera legal e política, revela-se o Direito como principal instrumento do determinante estrutural estabelecido⁸ e, conseqüentemente, da atual má distribuição de renda e da pobreza⁹.

Por isso, a crença de que a base da estrutura social é simplesmente econômica torna-se equivocada, se tomada isoladamente. Há que reconhecer, igualmente, que as influências do Direito foram muitas,

⁶Vale ressaltar que a colônia, paralelamente aos ciclos econômicos, sempre esteve fortemente ligada a um mercado externo. Tal dependência teve, igualmente, grande influência sobre a estrutura aqui disposta. Em um primeiro momento, do Século XV – XVII houve dependência de Portugal; logo em seguida, do Século XVII – XIX, adotou um estado de semidependência da Inglaterra (Portugal became virtually England's commercial vassal. ALAN K. MANCHESTER) (FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 34. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 63 – 71).

⁷SALOMÃO FILHO, C.; MELLO FERRÃO, B. Lopes de; RIBEIRO, I.C. **Concentração, estruturas e desigualdade**: as origens coloniais da pobreza e da má distribuição de renda. São Paulo: Idcid, 2006, p. 13.

⁸*Ibidem*, p. 22. Ademais, esse mesmo autor assevera que “A ocupação se deu de forma preordenada, com o objetivo claro de extrair a renda e garantir sua apropriação por um grupo bastante restrito de pessoas. As normas legais estão no cerne desta operação, e foram editados tantos decretos, leis, e outros atos normativos oficiais, quantos necessários a essa apropriação e drenagem de recursos. Crenças e cultura, organizações formais e informais, e valores sociais foram sendo moldados por essa estratégia de ocupação, e são reflexos dos determinantes estruturais (...)”.

⁹“O crescente número de pobres e miseráveis em meio à população não será um empecilho ao crescimento econômico até que a desigualdade de oportunidades comece a minar esse mesmo crescimento. Ao fim, o crescimento econômico baseado no monopólio e no aumento da desigualdade e pobreza não será sustentável”. (SALOMÃO FILHO, C.; MELLO FERRÃO, B. Lopes de; RIBEIRO, I.C.. **Concentração, estruturas e desigualdade**: as origens coloniais da pobreza e da má distribuição de renda. São Paulo: Idcid, 2006, p. 23).

inclusive na política¹⁰. O Direito pode até ser instrumento de implantação de políticas ou de fortalecimento econômico, mas também se trata de importante componente¹¹ da estrutura social ocidental.

Conforme Berman¹², o direito que resulta da vida prática envolve “instituições, procedimentos, valores, conceitos e pensamentos jurídicos, bem como regras jurídicas” e processo legal. Concretiza-se por um processo dinâmico de atribuição de direitos e deveres que visam resolver conflitos e formar redes de cooperação.

Diante das estruturas econômicas de monopólio criadas, não só no Brasil, mas no mundo, existe uma crise de valores e ideais jurídicos muito grande¹³. O Direito evoluiu, mas por estar em um sistema positivado, possui dificuldade em acompanhar as questões sociais e econômicas apresentadas na mesma velocidade com que estas evoluem. Assim, instala-se a crise, que deve ser resolvida por meio do próprio Direito e seu sistema positivo criado, visto que os valores firmados não podem perder-se.

3 Direitos Humanos e Direitos Sociais

Como bem explica Fábio Konder Comparato¹⁴, a igualdade essencial entre os homens despontou na História no período axial, mas foram necessários vinte e cinco séculos para que se proclamasse que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, pela Declaração Universal de Direitos Humanos.

O ser humano é insubstituível em sua individualidade e, diferentemente das coisas, não tem preço, mas sim dignidade. Kant, em sua obra **Fundamentos para a Metafísica dos Costumes**, já destacava que o princípio primeiro de toda a ética é o de que

¹⁰BERMAN, Haroldo J.. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2006, p. 58. O autor salienta que “O Direito – pelo menos na história ocidental – não pode ser reduzido simplesmente às condições materiais da sociedade que o produziu, nem ao sistema de idéias e valores; ele também deve ser enxergado, em parte, como um fator independente, como uma das causas, e não apenas como um dos resultados, dos desenvolvimentos econômico, social político, intelectual, moral e religioso”.

¹¹“Ela é, ao mesmo tempo, reflexo e determinante dos desenvolvimentos político e econômico. Sem os direitos constitucional, comercial, contratual, da propriedade, que se desenvolveram na Europa a partir do século XII até o XV, as mudanças econômicas e políticas do período que abrange do século XVII ao XIX, identificadas hoje pelos teóricos da sociedade como capitalismo, não teriam sido possíveis”. (BERMAN, Haroldo J.. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2006, p. 57)

¹²BERMAN, Haroldo J. *op. cit.*, p. 15.

¹³*Ibidem*, p. 47.

¹⁴COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24.

[...] o ser humano e, de modo geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio do qual esta ou aquela vontade possa servir-se a seu talento.

Ademais, Kant ensinava uma ideia maior, pela qual, por ser um fim em si mesmo, o homem tem como fim natural a realização de sua própria felicidade. Isso implica em que para alcançar o fim em si mesmo não apenas deve deixar de prejudicar os outros (máxima meramente negativa); muito além, deve favorecer, tanto quanto possível, o fim de outrem¹⁵.

Nesse passo, o registro de nascimento dos direitos humanos na História deu-se pelo art. 1º da Declaração da Virgínia, de 16 de junho de 1776, pelo qual se reconheceu que todos os homens são igualmente vocacionados ao aperfeiçoamento constante de si mesmos, pela sua própria natureza. Logo em seguida, duas semanas após, a Declaração de Independência dos Estados Unidos determinou que os direitos inerentes à própria condição humana têm como razão de ser a “busca pela felicidade”.

Com a Revolução Francesa, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, reforça que “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”, ideias de liberdade e igualdade. Contudo, somente em 1948, com a Declaração Universal de Direitos Humanos, reconhece-se a fraternidade, pela qual se entende a organização solidária da vida em comum.

Vale lembrar que, devido às liberdades conquistadas pelas declarações de direitos norte americanas e francesa, deu-se a “emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu”, que trouxe como consequência uma brutal pauperização das massas proletárias no início do Século XIX. Com o sistema capitalista de produção ocorre a transformação de pessoas em coisas, como denunciou Marx, com a inversão da relação pessoa-coisa¹⁶. Com o avanço tecnológico, novos problemas imprevisíveis surgiram, fazendo-se fundamental a tentativa de solução pelo campo ético.

Como resultado do movimento socialista, iniciado na primeira metade do Século XIX, a sociedade experimentou o reconhecimento dos direitos humanos de cunho econômico e social¹⁷, baseados no princípio

^{15c}“Pois sendo o sujeito um fim em si mesmo, é preciso que os fins de outrem sejam por mim considerados também como meus”. (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 35.)

^{16c}“Enquanto o capital é, por assim dizer, personificado e elevado à dignidade de sujeito de direito, o trabalhador é aviltado à condição de mercadoria, de mero insumo no processo de produção, para ser ultimamente, na fase de fastígio do capitalismo financeiro, dispensado e relegado ao lixo social como objeto descartável”. (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7.ed.rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 36).

^{17c}“O titular desses direitos, com efeito, não é o ser humano abstrato, com o qual o capitalismo sempre conviveu maravilhosamente. É o conjunto dos grupos sociais esmagados pela miséria, a doença, a fome e a marginalização. (...) verdadeiros despejos do sistema capitalista de produção”. (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7.ed.rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 66).

de solidariedade como dever jurídico, já que inexistente no meio social a fraternidade como virtude cívica¹⁸. A Constituição francesa de 1848 já reconhecia alguns direitos econômicos e sociais, no entanto, a classe trabalhadora percebeu a necessidade de indispensável organização e, assim, a indignação dos espíritos bem formados tornou possível novas afirmações. Com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, diversos benefícios à humanidade foram conferidos por esses direitos. Vale lembrar também que, em 1919, houve a criação da OIT (Organização Internacional do Trabalho), que aprovou diversas convenções internacionais em prol da proteção do trabalhador assalariado.

Nota-se, portanto, que os direitos humanos foram elevados ao posto de valores mais importantes da convivência humana. Por isso é de todo oportuno, igualmente, ressaltar que o reconhecimento dos direitos humanos pela autoridade competente dá muito mais segurança às relações sociais, reafirmando-os. No Brasil, tal reconhecimento se dá pela Carta Magna, Título II, Capítulo II, que dispõe a respeito dos Direitos Sociais, e art. 170, que dispõe sobre a ordem econômica, bem como pela CLT.

Conforme estabelece o art. 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, “o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida”. Trata-se da aplicação do princípio da solidariedade, pelo qual se reconhecem os direitos sociais a serem realizados pela execução de políticas públicas destinadas àqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente.

Nem por isso pode-se dizer que existe o amparo e proteção social completos, visto que no mundo os direitos sociais encontram-se abalados por políticas públicas implantadas pela política neoliberal. Por isso, com fundamento na solidariedade, este artigo propõe, justamente, dar à propriedade privada uma função social, de forma a resgatar os direitos sociais na forma da “solidariedade técnica”, mas também, da “solidariedade ética”¹⁹. Trata-se da função social da empresa pela melhoria contínua das condições de vida do empregado.

¹⁸Vale ressaltar, outrossim, que após esse período houve uma “virada em direção a uma ênfase no Estado e nas propriedades sociais, regulamentação da liberdade contratual em benefício da sociedade, expansão da responsabilidade civil por danos causados por atividades empresariais (...)” (BERMAN, Haroldo J. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2006, p. 50).

¹⁹Pelo que expõe Comparato, a solidariedade tem duas faces indispensáveis e complementares, que são a solidariedade técnica, indiferente aos fins, importando-se com os meios adotados para a convivência (e.g.: padronização de costumes e modos de vida e pela homogeneização universal das formas de trabalho), e a solidariedade ética, que submete a vida social ao valor supremo da justiça, pela elevação do respeito aos direitos humanos e, conforme os dizeres do autor, “estabelece as bases para a construção de uma cidadania mundial, onde já não há relações de dominação, individual ou coletiva”. (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51).

4 Função social da empresa

Para se compreender a extensão da função social da empresa que se pretende propor, deve-se antes analisar a função social da propriedade. A Constituição, quando previu expressamente que a propriedade atenderá a sua função social, estabelecendo esse princípio como informador da constituição econômica brasileira, art. 170, incisos II e III, com o fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social,

[...] não estava simplesmente preordenando fundamentos às limitações, obrigações e ônus relativamente à propriedade privada, princípio também da ordem econômica e, portanto, sujeita, só por si ao cumprimento daquele fim²⁰.

Tal princípio vai além, de forma a transformar a propriedade capitalista, sem, contudo, socializá-la, incidindo de forma a condicionar a propriedade como um todo, não apenas o seu exercício.

Pelo que assinala Pedro Escribano Collado²¹, a função social “introduziu, na esfera interna do direito de propriedade, um interesse que pode não coincidir com o do proprietário e que, em todo caso, é estranho ao mesmo”. Incide sobre o próprio conteúdo da propriedade, sobre a sua atribuição, seu reconhecimento e sua garantia. Coloca-se como elemento qualificante da predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens.

Revela-se, portanto, que com a nova ordem constitucional a função social da propriedade encontra-se como instrumento norteador das mais diversas atividades que tenham por base a propriedade, de forma a coadunar tal atividade aos mais elevados objetivos constitucionalmente previstos. Ademais, segundo José Afonso da Silva²², o princípio da função social da propriedade incide imediatamente, sendo de aplicabilidade imediata.

Vale dizer que, no entender de José Afonso da Silva²³, a função social da propriedade não mais se conforma com a simples concepção de manifestação do direito individual, pois não o é, nem mesmo na chamada

²⁰SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 31.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 282

²¹COLLADO, Pedro Escribano. **La propiedad privada urbana: encuadramiento y régimen**, Madrid, Ed. Montecorvo, 1979, p. 122. *In*: Ibid, SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 31.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 283.

²²*Op.cit.*, p. 282.

²³*Ibidem*, p. 281.

propriedade empresarial²⁴. Na modernidade, o modelo de Estado Liberal trouxe garantias da liberdade e da legalidade. Com o modelo de exploração capitalista, a empresa foi concebida como um ente com potencialidade para a produção e para a transformação de bens, de forma a buscar mercados e lucratividade. A empresa era eminentemente econômica, vista como fonte de acúmulo de capital e obscurecida da percepção da realidade social. Adotava-se largamente a política da “internalização dos lucros” e “externalização dos prejuízos”²⁵, de forma a permitir a acumulação da mais-valia pelo dono dos processos de produção, com visível realização de interesses individuais em detrimento dos coletivos²⁶.

A perspectiva atual é outra, pois com o advento de uma nova realidade de exploração empresarial²⁷, ao contrário, a empresa é entendida como a expressão de vontade do seu empresário e todos os que com ele colaboram, bem como da sociedade civil em que está inserida²⁸. Preza-se pelo desenvolvimento sustentável, comum aos interesses coletivos. Ampliou-se a complexidade da atividade empresarial, bem como, o Estado sofreu relevantes alterações em seu sistema jurídico. Nesse contexto, forçoso perceber que a estrutura da empresa passou a representar um novo papel na sociedade contemporânea, inquestionavelmente mais relevante. Maria Christina de Almeida²⁹, citando Waldírio Bulgarelli, entende que “A função social da empresa deve ser entendida como o respeito aos direitos e interesses dos que se situam em torno da empresa”. Este princípio aplica-se em planos econômicos, sociais e jurídicos, em especial na aplicação de normas trabalhistas.

²⁴HALE, Robert L. **Coercion and distribution in a supposedly noncoercive state**. In: *Political science quarterly*, v. 38, 1923, p. 470. O autor entende que “(...) a careful scrutiny will, it is thought, reveal a fallacy in this view, and will demonstrate that the systems advocated by professed upholders of laissez-faire are in reality permeated with coercive restrictions of individual freedom, and with restrictions, moreover, out of conformity with a formula of ‘equal opportunity’ or of ‘preserving the equal rights of others’.”

²⁵Ou, no mesmo sentido, as palavras de Celso Furtado: “socializar as perdas que os mecanismos econômicos tendiam a concentrar em seus lucros”. (FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 34. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 238).

²⁶OSTROM, Elinor. **Governing the commons: the evolution of institutions for collective action**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 3: Ostrom explica que “Much of the world is dependent on resources that are subjective to the responsibility of a tragedy of the commons”.

²⁷ALMEIDA, Maria Christina de. **A função social da empresa na sociedade contemporânea: perspectivas e prospectivas**. Revista de Direito Argumentum, Universidade de Marília, v. 3. (ISSN - 1677-809X) Marília: UNIMAR, 2003, p. 144.

²⁸Com a adaptação à nova realidade, a empresa no Estado contemporâneo apresenta-se como uma atividade empreendedora com grande força socioeconômica, geradora de significativas riquezas em sentido amplo. Ou seja, “[...] a função social da propriedade não se confunde com as restrições legais ao uso e gozo dos bens próprios; em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos”. COMPARATO, Fábio Konder. **Função social da propriedade dos bens de produção**. Revista de Direito Mercantil, n. 63, p. 76.

²⁹ALMEIDA, Maria Christina de. *Op. cit.*, p. 141.

O art. 170 da CF determina que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Nesse ponto, atenta-se para os ensinamentos de Fábio Konder Comparato, em sua obra **Ética - Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno**³⁰, que explica que a justiça, como virtude, é essencialmente altruísmo, isto é, a constante preocupação com o outro; portanto, o contrário de egoísmo. Ademais, como norma suprema teria dois aspectos: 1) Não fazer aos outros o que não se quer seja feito a nós mesmos (justificação das liberdades fundamentais); 2) fazer aos outros o que quer seja feito a nós mesmos (fundamento dos direitos sociais). Em suma, o princípio da justiça é desenvolvido pelos princípios de igualdade, liberdade, segurança e solidariedade.

A empresa não estará renunciando à sua finalidade lucrativa ao voltar-se para a sua função social³¹. Uma nova ordem jurídica, consagrada pela Constituição de 1988, impõe ao intérprete revisitar a visão clássica do Direito³². Assim sendo, a percepção atual abrange o efeito multiplicador do bem-estar social, de construção de uma sociedade mais justa e solidária³³, plenamente de acordo com o seu potencial competitivo. Por tratar-se de atividade com constante interface social, compreende forte potencial de modificação social, inclusive de estruturas originalmente postas e da forma de interpretá-las.

Por esse entender, por meio de nova interpretação do princípio da função social da empresa, juntamente com o princípio da solidariedade, as empresas tornam-se tão responsáveis quanto o Estado no que se refere a assegurar os direitos individuais e sociais, colaborando para a melhora no aspecto econômico da sociedade na qual está inserida. As razões para adotar uma abordagem múltipla do desenvolvimento tornam-se cada vez mais visíveis.

³⁰COMPARATO, Fábio Konder. **Ética – Direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. Parte III, cap. IV (Os Grandes Princípios Éticos em Especial).

³¹ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. **Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada**. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11, jul./set. 2002, p. 245. In: ALMEIDA, Maria Christina de. **A função social da empresa na sociedade contemporânea: perspectivas e prospectivas**. Revista de Direito Argumentum, Universidade de Marília, v. 3. (ISSN - 1677-809X) Marília: UNIMAR, 2003, p. 145.

³²FISS, Owen M.. **The death of the law**. Cornell Law Review, v. 72, 1986, p. 14. Fiss compreende que “In order to save the law, we must look beyond the law. We will never be able to respond fully to the negativism of critical legal studies or the crude instrumentalism of law and economics until a regenerative process takes hold, until the broad social processes that fed and nourished those movements are reversed. The analytic arguments wholly internal to the law can take us only so far. There must be something more – a belief in public values and the willingness to act on them”.

³³ALMEIDA, Maria Christina de. *Op.cit.*, p. 144.

4.1 Formas de aplicação do princípio da função social da empresa

Podemos representar o entendimento da função social da empresa de diversas formas, abaixo se apresentam três casos exemplificativos para melhor compreensão:

4.1.1 Caso 1) Assédio moral individual e coletivo nas empresas

Uma forma a ser apresentada de função social da empresa é a obediência ao princípio da dignidade humana, inclusive no que tange à preservação da honra e da saúde física e psicológica do empregado nos atos de gestão da empresa, de modo a limitar o poder diretivo do empregador.

Em virtude da acirrada concorrência decorrente do mercado globalizado, cresce a utilização de novas práticas nos meios empresariais no intuito de aumentar os seus lucros³⁴. Nesse passo, algumas modalidades de gestão empresarial desconsideram a dignidade humana àqueles que despendem sua energia de trabalho em prol do sucesso do empreendimento, caracterizando a prática do assédio moral. Este consiste na conduta reiterada de ofensas psicológicas (psicoterrorismo) e, quando constante e sistemático, desestabiliza o trabalhador, compromete a sua dignidade e ocasiona graves danos à saúde física e mental, como depressão e angústia, forçando-o, inclusive, a desistir do emprego. Tal prática pode voltar-se contra uma pessoa ou contra uma coletividade de empregados, quando se chama assédio moral coletivo ou *straining*.

Note-se que não há previsão legal desta figura jurídica como ocorre com o assédio sexual, art. 216 – A do CP. Contudo, a prática de assédio moral pode resultar, para a vítima, no direito à indenização por dano moral e rescisão indireta do seu contrato com fundamento no art. 483 da CLT, já que ofende a função social do contrato e dignidade humana da vítima.

Verifica-se, portanto, que a lei não permite que a empresa mantenha condutas que firam a dignidade do empregado e possam causar-lhe abalos psicológicos, prezando por sua saúde. Nesse sentido, em que pese haja previsão de negociação coletiva no art. 7º, XXIV, não é possível acordo no sentido de aceitar as práticas de assédio moral, tendo em vista afetar a honra do empregado, podendo ser considerada como uma prática abusiva, nos termos do art. 187 do CC, pois ofensiva ao patamar civilizatório mínimo.

³⁴Como exemplo pode-se citar uma empresa coreana em Campinas (SP), fabricante de celulares, que espalhou painéis eletrônicos e cartazes pela linha de produção para lembrar da meta a ser atingida e praticava atos de agressões físicas e verbais em face de seus empregados. A pressão era exercida de forma abusiva. Ademais, vale lembrar que as atuações pela prática de assédio moral, pelo MPT da 15ª Região, cresceram mais de 10% entre os anos de 2008 e 2010. (**Pressão Moderna**. Revista Atuação. MPT. ano 1, n.1, maio/jul. 2011, p. 26-27. Disponível em: < [http://www.prt15.gov.br/site/RevistaDigital\[full\].html](http://www.prt15.gov.br/site/RevistaDigital[full].html) >. Acesso em: 19.6.2011).

4.1.2 Caso 2) Política de Integração de Pessoas com Deficiência

Conforme Amartya Sen³⁵, os fatores causais das privações funcionais podem ser mais profundos do que a privação de renda, como se dá com as incapacidades físicas. Trata-se de fonte particularmente séria de dificuldade de alcance de capacidades (liberdades), por estarem fora do alcance das pessoas afetadas.

Pelo disposto no art. 93 da Lei 8.213/1991 e o determinado no art. 36 do Decreto 3.298/1999, a empresa com 100 ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% a 5% dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência. Trata-se de forma de inclusão dessas pessoas no mercado de trabalho, combate ao desemprego e à exclusão social e manutenção da autonomia, da autoconfiança e da saúde física e psicológica dessas pessoas.

Reconhece-se que o Ministério Público deve prezar pela salvaguarda dos direitos sociais e individuais indisponíveis, com dever de proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, III). Dessa forma, caso a empresa não esteja cumprindo o estabelecido em lei, o Ministério Público, por meio de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), pode estabelecer modos e prazos para que a realização das contratações seja alcançada. Ademais, caso a empresa descumpra com o determinado em lei e/ou no TAC, o magistrado poderá determinar multa pelo não cumprimento, arbitrada em favor do FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador), para cada admissão profissional feita que não seja de pessoa com deficiência³⁶.

4.1.3 Caso 3) Práticas de “Valores Distribuídos”

Por fim, apresenta-se uma outra forma de função social da empresa. Não se trata de aplicar o princípio na forma enxergada por boa parte da doutrina, de simples cumprimento das leis trabalhistas postas, já

³⁵SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 158.

³⁶No dia 25.3.2011 foi realizada audiência pública em Salvador, com a presença de 150 empresas, para tratar da questão das exigências de contratação de deficientes. Uma das reivindicações foi por mais promoção de qualificação dos profissionais, através de políticas públicas. Vale ainda ressaltar que há membros do MPT que entendem que seria útil que parte das verbas destinadas ao FAT fossem usadas com essa finalidade ou que fosse previsto no TAC que, em caso de não haver deficientes disponíveis, ocorrer o investimento direto no treinamento de deficientes como forma de compensação. (Ministério Público na Bahia. **MPT promove audiência pública sobre inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho**. Disponível em: <<http://portal.mpt.gov.br/>>. Acesso em: 19.6.2011).

estabelecidas, e que devem ser cumpridas por todos. Trata-se da aplicação do princípio da função social da empresa na sua forma de promoção de bem-estar social propriamente dito, pela melhoria da qualidade de vida dos trabalhadores.

As empresas já começaram a adotar tais práticas há alguns anos, e diante dos benefícios sociais e econômicos encontrados, inicia-se a formulação de teses no sentido de que até mesmo deveria ser regulamentado pelo Estado.

Percebe-se que por boa parte da doutrina usa-se a denominação de práticas de “responsabilidade social”³⁷; contudo, já há quem as chame de práticas de “valores distribuídos” (ou *shared value*), que teriam algumas diferenças com relação àquele outro tipo de prática.

Como exemplo³⁸, pode-se citar o caso da empresa americana Johnson & Johnson, que economizou, entre os anos de 2002 a 2008, 250 milhões de dólares em gastos com seguros-saúde pagos a seus empregados ao ajudá-los a parar de fumar, bem como devido à adoção de vários outros programas de saúde. Além da economia, a empresa percebeu que os benefícios foram maiores, pois com a melhora na saúde os empregados faltaram menos e tiveram melhor desempenho no trabalho.

Nesse caso apresenta-se, então, uma forma de promoção de saúde e bem-estar aos empregados, que nada mais é que uma forma de distribuição de riquezas. A bem da verdade, estas ações tendem a ser desenvolvidas na forma de *cooperate strategy*³⁹ e não podem ser ignoradas pelo meio jurídico, tendo em vista que trazem grandes benefícios de desenvolvimento social e econômico ao país. Segundo Michael Porter⁴⁰, o *shared value* foca nas relações entre o

³⁷ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. **A função social da empresa como forma de valorização da dignidade da pessoa humana**. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília. Marília 2006, p. 98. Zanoti diferencia função social de responsabilidade social de filantropia. No seu entendimento: “Por outro lado, somente será considerada uma empresa socialmente responsável se, além de cumprir plenamente a sua função social, proporcionar, por mera liberalidade, porém, sem imposição coercitiva, e de forma regular, perene, uma gama de benefícios sociais para a sociedade, com o intuito de se promover a valorização da dignidade da pessoa humana, comprometendo-se, inclusive, com a eficácia da aplicação desses recursos financeiros e/ou materiais, bem como com os resultados sociais que se pretende atingir”.

³⁸PORTER, Michael E; KRAMER, Mark R. Kramer. **Fixing Capitalism, The Big Idea: Creating Shared Value**. Harvard Business Review, jan./feb. 2011, p. 71.

³⁹OSTROM, Elinor. **Governing the commons: the evolution of institutions for collective action**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 4-18 (The tragedy of the commons).

⁴⁰“The concept of shared value – which focuses on the connections between societal and economic progress – has the power to unleash the next wave of global growth. (...) shared value can be defined as policies and operating practices that enhance the competitiveness of a company while simultaneously advancing the economic and social conditions in the communities in which it operates. Shared value creation focuses on identifying and expanding the connections between societal and economic progress”. (PORTER, Michael E; KRAMER, Mark R. Kramer. **Fixing Capitalism, The Big Idea: Creating Shared Value**. Harvard Business Review, jan./feb. 2011, p. 65 e 66).

desenvolvimento social e econômico, que se apresenta como crescimento para as companhias e como benefícios sociais. O autor⁴¹ afirma ser uma nova visão, que precisa de regulação estatal⁴² para poder se desenvolver da melhor forma possível.

4.2 Ação conjunta institucional

Destarte, percebe-se, pelo que assevera Amartya Sen⁴³, que os indivíduos vivem e atuam em um mundo de instituições, e nossas oportunidades e perspectivas dependem do modo como funcionam as instituições existentes. Tais instituições contribuem para preservar as liberdades e, nesse passo, reconhecer o desenvolvimento como liberdade nos permite compreender que o envolvimento sistemático das instituições faz-se necessário.

De outra banda, em uma perspectiva integrada torna-se possível avaliar e examinar racionalmente a atuação de cada instituição. Nos dizeres do autor supramencionado⁴⁴, embora outros autores

[...] tenham escolhido enfocar instituições específicas (como o mercado, o sistema democrático, a mídia ou o sistema de distribuição pública), precisamos considerá-las conjuntamente, ser capazes de ver o que elas podem ou não podem fazer em combinação com outras instituições.

No mesmo sentido, complementa que

[...] deve-se lidar com esses problemas não suprimindo os mercados, mas permitindo-lhes funcionar melhor, com maior equidade e suplementação adequada. As realizações globais do mercado dependem intensamente das disposições políticas e sociais.

A tendência constitucional é pela função social dos institutos jurídicos, dentre os quais é preciso incluir a empresa como operadora de um mercado socialmente socializado⁴⁵.

⁴¹“The right kind of government regulation can encourage companies to pursue shared value; the wrong kind works against and even makes trade-offs between economic and social goals inevitable” (PORTER, Michael E; KRAMER, Mark R. Kramer. **Fixing Capitalism, The Big Idea: Creating Shared Value**. Harvard Business Review, jan./feb. 2011, p. 74).

⁴²AKERLOFF, George A.. The market for Lemons: quality uncertainty and the market mechanism. **Quarterly Journal of Economics**, v. 84, n. 3, ago. 1970, p. 500. É importante compreender que “We have been discussing economic models in which ‘trust’ is important. Informal unwritten guarantees are preconditions for trade and production. Where these guarantees are indefinite, business will suffer (...). This aspect of uncertainty has been explored by game theorists, as in the Prisoner’s Dilema (...)”.

⁴³SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 168.

⁴⁴*Ibidem*

⁴⁵COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil**, n. 63, p.76.

5 Conclusão

As estruturas possuem grande influência sobre a formação de um país e de seu desempenho econômico e social, determinando os níveis de pobreza ou riqueza e o desenvolvimento das mais diversas formas de liberdades. Sua permanência é natural e contínua, de forma a sempre garantir a concentração e o monopólio. A forma de colonização brasileira foi fundamental para estabelecer a estrutura aqui disposta, que se faz presente, inclusive, nas influências institucionais. Ademais, pode-se dizer que a estrutura econômica influenciou, outrossim, a estrutura jurídica brasileira.

Os direitos humanos têm como princípio basilar que o homem é um fim em si mesmo, e, desta forma, deve buscar a realização de sua felicidade. Destarte, no mundo, o desenvolvimento desses direitos deu-se de forma profunda desde o seu nascimento, com a Declaração da Virgínia. No campo social, pelo reconhecimento dos direitos humanos de cunho econômico e social, baseado no princípio da solidariedade como dever jurídico, a sociedade experimentou grandes benefícios para a conquista de garantias mais aptas a preservar a dignidade humana. Tais direitos firmaram-se com a Constituição mexicana, a Constituição de Weimar, bem como com a criação da OIT.

A função social da empresa encontra respaldo na função social da propriedade, constitucionalmente prevista no art. 170, incisos II e III. A partir da compreensão de que a função social da propriedade não se limita ao cumprimento dos deveres legais, mas à destinação efetivamente dada à propriedade, pode-se perceber que a função social da empresa igualmente aí se enquadra. Pelos exemplos apresentados, percebeu-se que a empresa deve cumprir com as leis trabalhistas desde a gestão, pela limitação do poder diretivo do empregador, passando pela reinserção social de classes menos favorecidas da nossa sociedade, e, mais, pela promoção do bem-estar social, tudo isso em conformidade com a sua a sua finalidade lucrativa. Trouxe a apresentação do *shared value* como um exemplo de prática já adotada pelas empresas, que busca promover saúde e bem-estar ao empregado. Percebe-se, portanto, que o desenvolvimento tem de estar relacionado, sobretudo, com a melhora da qualidade de vida e das liberdades que desfrutamos e, para isso, torna-se necessária a ação conjunta institucional.

6 Referências

ALMEIDA, Maria Christina de. A função social da empresa na sociedade contemporânea: perspectivas e prospctivas. **Revista de Direito Argumentum**, Universidade de Marília, v. 3 (ISSN - 1677-809X) Marília: UNIMAR, 2003.

AKERLOFF, George A. The market for Lemons: quality uncertainty and the market mechanism. *In: Quartely Journal of Economics*, v. 84, n. 3, ago. 1970.

BERMAN, Haroldo J. **Direito e evolução: a formação da tradição jurídica ocidental**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

COLLADO, Pedro Escribano, **La propiedad privada urbana: encuadramiento y régimen**. Madrid: Ed. Montecorvo, 1979.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética - Direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. In: **Revista de Direito mercantil**, n. 63, p. 76.

FISS, Owen M. The death of the law. **Cornell Law Review**, v. 72, 1986.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 34. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

HALE, Robert L. Coercion and distribution in a supposedly noncoercive State. In: **Political Science Quarterly**, v. 38, 1923.

Ministério Público do Trabalho na Bahia. **MPT promove audiência pública sobre inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho**. Disponível em: <<http://portal.mpt.gov.br/>>. Acesso em: 19 jun. 2011.

ONAGA, Marcelo; VITAL, Nicholas. A busca por um Brasil competitivo. **Revista Exame**. ed. 987. Ano 45, n. 4, reportagem de 9.3.2001.

OSTROM, Elinor. **Governing the commons: the evolution of institutions for collective action**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

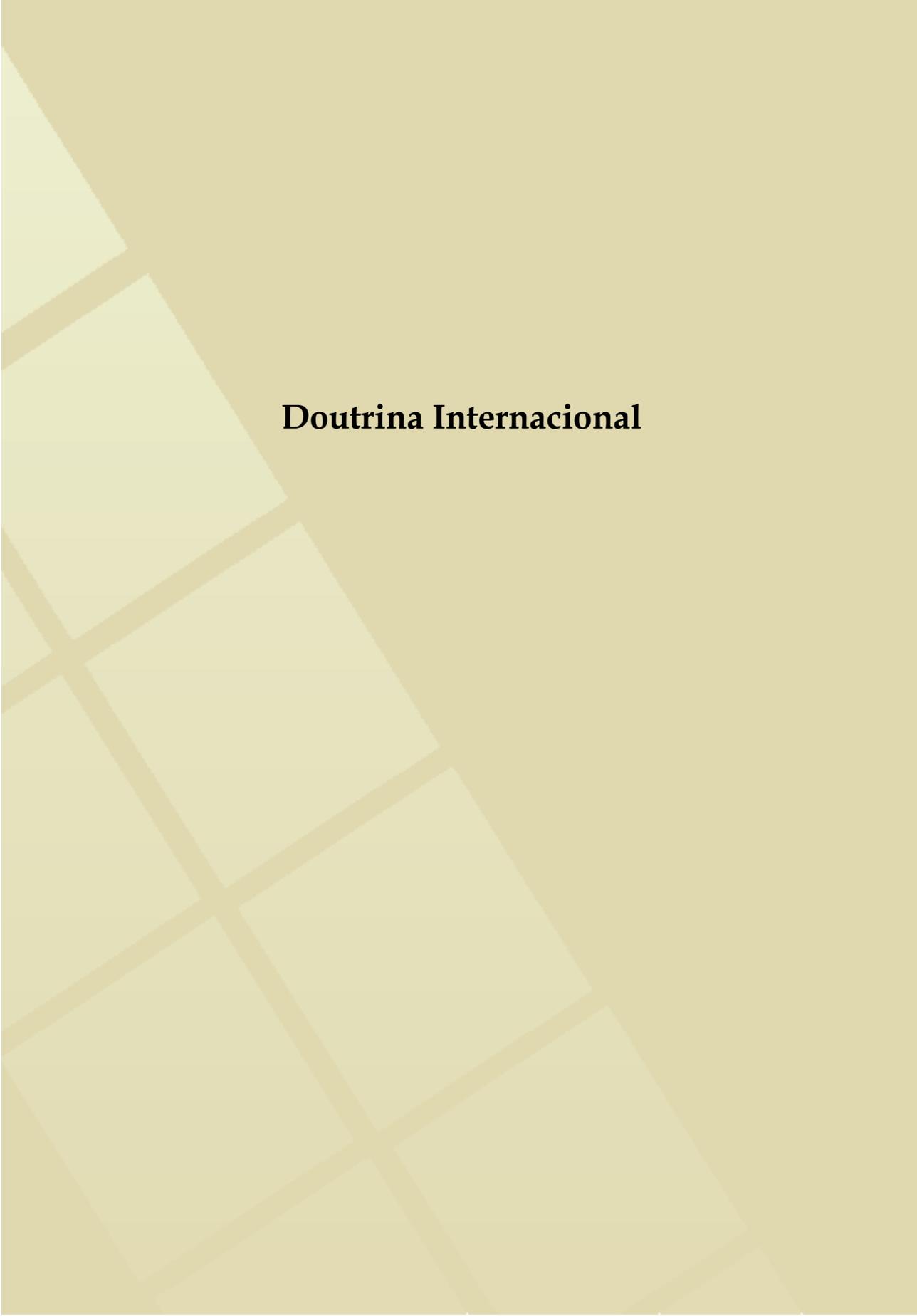
PORTER, Michael E; KRAMER, Mark R. Kramer. Fixing capitalism, the big idea: creating shared value. **Harvard Business Review**, jan./feb. 2011.

SALOMÃO FILHO, C.; MELLO FERRÃO, B. Lopes de; RIBEIRO, I.C. **Concentração, estruturas e desigualdade: as origens coloniais da pobreza e da má distribuição de renda**. São Paulo: Idci, 2006.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 31.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. **A função social da empresa como forma de valorização da dignidade da pessoa humana**. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília. Marília 2006.



Doutrina Internacional

LA CONGRUENCIA EN EL PROCESO LABORAL

THE CONGRUENCE OF THE LABOR PROCESS

Carlos Alberto Toselli*

1 Introducción

La ley de procedimiento laboral de la Provincia de Córdoba n. 7.987 contempla de manera indirecta la regla de la congruencia en el proceso al señalar como causal de nulidad de la sentencia en el art. 65 inc. 4 que la misma recayera sobre persona no demandada, sobre asuntos no sometidos a decisión o fuere contraria a la cosa juzgada.

Bueno es señalar que la nulidad no opera de manera automática por el mero hecho de la constatación del vicio aquí enunciado sino que requiere el oportuno planteamiento por parte del agraviado del Recurso de Casación de conformidad al mecanismo de taxatividad recursiva que impera en dicho Código, pues de lo contrario más allá que se pudiera haber vulnerado el principio de congruencia, con su impacto sobre el debido proceso y la garantía constitucional de la defensa en juicio¹, dicha sentencia así dictada adquirirá firmeza procesal y podrá ser válidamente ejecutada.

Conforme señala el procesalista Peyrano, la congruencia inmersa dentro del proceso dispositivo civil es considerada como “la exigencia de que medie identidad entre la materia, partes y hechos de una litis incidental o sustantiva y lo resuelto por una decisión judicial que la dirima”².

Como un ejemplo de la vigencia de este principio, el suscripto recientemente ha señalado:

También en la causa obra una pericia psiquiátrica (fls. 76/78) que da cuenta que el accionante padece Depresión Reactiva lo que le origina una incapacidad del 10% de la t.o. y que según la perito oficial es compatible con el accidente padecido.- Dicha pericia psiquiátrica fue impugnada por la demandada y en la ocasión de los alegatos sostiene que el certificado médico de iniciación de

*Doctor en Derecho. Docente de la cátedra de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad Nacional de Córdoba. Vocal de la Sala Décima del Trabajo de la Cámara Unica del Trabajo de Córdoba, desde setiembre de 1991.

¹TOSELLI, Carlos A.; ULLA, Alicia G. **Código procesal del trabajo**: Ley 7987. Córdoba: Alveroni, 2007. p. 442-443.

²PEYRANO, Jorge W. **El proceso civil**: principios y fundamentos. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1978, p. 64.

trámite no hace referencia alguna a dicha patología y que tampoco se peticiona en la demanda instaurada, **por lo que admitir un reclamo en ese sentido vulneraría el principio de congruencia procesal** en el sentido de que únicamente integra la litis lo que ha sido motivo de demanda y de contestación por la contraparte. Entiendo que la crítica es atinada, ya que el certificado médico, que es requisito para la iniciación de acciones con motivo de incapacidades laborales exclusivamente se refiere al daño físico, no así a la existencia de secuela sobre la psiquis del accionante, por lo que admitir esta pretensión incurriría en el vicio que se denuncia. En atención a ello hago lugar a la impugnación planteada y desestimo la consideración de la patología detectada en la pericia psiquiátrica por no haber integrado la litis.³

Los vicios de incongruencia que señala el dispositivo de la ley procesal laboral no son lógicamente los únicos posibles de acontecer sino que deben ser considerados como una enumeración de ciertas afectaciones sobre la defensa en juicio y en principio avanzan sobre el resolutorio, sin incluir aquellos aspectos procesales que conforman el razonamiento del Magistrado y que en última instancia pueden llegar a generar los antecedentes que dan pie a la decisión cuestionada.

Vitantonio señala diversos tipos de incongruencia y así especifica:

1) Incongruencia subjetiva en las que ubica las siguientes posibilidades: a) se condena a quien no es parte; b) se condena a quien no tiene derecho y c) se omite condenar, lo que dicho autor denomina incongruencia subjetiva por exceso, mixta o por defecto según las tres variantes supra mencionadas. 2) Incongruencia fáctica: a) se resuelve sobre un hecho no planteado (exceso); b) se resuelve sobre un hecho distinto (mixta) y c) se omite resolver sobre un hecho (defecto) y por último 3) Incongruencia objetiva a la que subdivide en 1) conceder más de lo peticionado (ultra petita), 2) conceder distinto de lo peticionado (extra petita) y 3) no pronunciarse sobre alguna pretensión (citra petita)⁴.

La vulneración de lo que conforma la traba de la litis con la promoción de la acción y la contestación de la demanda, en la disciplina laboral admite matices que en el proceso tradicional civil no serían viables o merecerían ciertamente reproche constitucional.

³Cámara del Trabajo de Córdoba, Sala X, Sentencia Unipersonal del Dr. Carlos A. Toselli de fecha 23-2-2012, Autos: “BUSTAMANTE FERNANDO AMADOR C/ CNA ART SA –ORDINARIO - ACCIDENTE (LEY DE RIESGOS) (EXPTE N° 90879/37)”.

⁴VITANTONIO, Nicolás J.R. **Ponencia General de la Comisión de Procesal Laboral**: XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal. Santa Fe 8 al 10 de Junio de 2.011, p. 45 y siguientes.

La más contundente disposición en ese sentido tiene marco legislativo, cual es la posibilidad explícita del Juzgador de dictar un pronunciamiento *ultra petita*, ajustándose a las disposiciones legales vigentes y como veremos al tratarlo de manera expresa tiene correlación directa con el principio de irrenunciabilidad que impregna esta disciplina en atención a la situación de debilidad sustancial y procesal del dependiente. Es lo que la doctrina ha considerado como estado de hiposuficiencia del trabajador, con características presuncionales, más allá de algunos pronunciamientos que avanzaron en sentido contrario al lidiar con reclamos de profesionales o bien de demandantes con alto poder adquisitivo o formación cultural.

En este trabajo vamos a hacer un paneo de diversos pronunciamientos jurisdiccionales y verificaremos cómo se conjuga la situación en análisis con aspectos como las decisiones *extra y ultra petita*, con el exceso formal manifiesto, con los errores numéricos, con la aplicación de las nuevas leyes, con las medidas para mejor proveer y de qué manera tiene incidencia el aforismo *iura novit curia*, respecto de esta cuestión.

2 El pronunciamiento *extra petita*

La 4.163 antecedente inmediato de la actualmente vigente 7.987 habilitaba el pronunciamiento que abarcara rubros diferentes de los reclamados en la demanda o en su planilla integrativa. Es por demás claro que para que ello fuese posible, la parte demandada debía haber tenido la posibilidad de defenderse y controvertir los hechos que tuvieron que tener oportuno debate en el proceso.

Vitantonio señala, lo que él denomina un precedente aislado, de la Cámara Tercera de Córdoba al amparo de aquella anterior legislación, que especificó que “los tribunales laborales tienen facultad para resolver ‘*extra y ultra petita*’ lo que les permite modificar la calificación atribuida por las partes a la relación que medió entre ellas”⁵, dejando a salvo su postura de imposibilidad de dictar un fallo de tales connotaciones.

Sin embargo, existen algunos pronunciamientos que bajo el esquema del concepto ya referenciado del *iura novit curia*, han adoptado decisiones de índole sustancial que sin dudar modificaron la traba de la litis.

Uno de los casos más paradigmáticos tiene que ver con lo que se ha denominado la teoría del *disregard* o del corrimiento del velo en materia societaria, fundada al amparo del art. 54 de la ley de sociedades en aquellos casos en que se deja de lado la coraza de protección que

⁵VITANTONIO, Nicolás J.R. **Ponencia General de la Comisión de Procesal Laboral: XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal.** Santa Fe 8 al 10 de Junio de 2.011, p. 57, fallo extraído de T y SS 1975-125.

especifica el tipo societario para avanzar en la condena hacia aquellos socios que con su obrar hicieron posible el desbaratamiento de derechos de terceros, aspecto que en esta disciplina ha sido expresamente vinculado con la clandestinidad laboral a través de la ausencia de registración adecuada en el libro del art. 52 de la LCT pero fundamentalmente en el Sistema Unico de Registración Laboral que comprende la obligación patronal de inscribir al trabajador en el Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), en el régimen de Asignaciones Familiares, y en general además la obligación de retención de los aportes correspondientes a la Obra Social de la actividad o a la que por vía de traspaso haya optado el trabajador. En este sentido la moderna tendencia jurisprudencial sostiene que con ello se afecta no sólo al trabajador que se verá privado de servicios básicos presentes como es la atención prioritaria de su salud y de su grupo familiar primario o de beneficios generales establecidos para la protección integral de la familia, sino también en su futuro ya que al privárselo de sus aportes y contribuciones a la seguridad social se le impedirá el acceso a la protección de las contingencias que estipulan los sistemas previsionales, a saber la cobertura de las contingencias salud (jubilación por invalidez), vejez (jubilación ordinaria) y muerte (pensión por fallecimiento). Pero, además de esta afectación directa, de manera implícita se provoca un daño social al desfinanciar los subsistemas de seguridad social, instalando además la creencia o el convencimiento entre los operadores jurídicos de que ello es tolerado, provocando la crítica del doble discurso, ya que por un lado se dispone una fuerte presión legislativa contra la evasión fiscal, pero por otra parte especialmente a través de la inspección del trabajo, o con más propiedad, de la ausencia de contralor del organismo nacional o provincial que detenta el poder de policía, se termina favoreciendo al incumplidor. Por último y como aspecto no menor esta situación de clandestinidad genera una suerte de competencia desleal entre aquellas empresas que cumplen la normativa vigente y aquellas otras que por esta razón de aprovechamiento de sus incumplimientos legales, gozan de mejores ventajas competitivas a la hora de cotizar trabajos o en el momento de obtención de utilidades.

El caso más paradigmático resuelto por el máximo Tribunal Provincial, admite el recurso de casación contra la sentencia dictada por la Cámara del Trabajo de Río Cuarto que había desestimado la pretensión de condena solidaria hacia el socio de la demandada, aduciendo que ello no había integrado la litis al no haber sido demandado de tal manera, pretensión que se introdujo en la oportunidad de los alegatos orales en la ocasión de la audiencia de la vista de la causa.

La Sala Laboral sostuvo:

1. La parte actora se agravia porque la a quo excluyó de la condena a Leónidas Raúl Lascos que era el presidente del

directorio de la sociedad demandada. Explica que en autos se acreditó que los trabajadores no estaban registrados, que no se le efectuaban aportes previsionales de obra social ni sindicales, como tampoco se cumplimentaban otras cargas. Que en definitiva se probó la notoria y flagrante evasión laboral formal y tributaria violando la ley y el orden público laboral, por lo que correspondía la aplicación de la solidaridad prevista en el art. 54, ley 19.550. 2. El Tribunal admitió la demanda sólo en contra de la sociedad anónima 'La Nueva Calle'. Acerca del codemandado 'Lascos' entendió que habiéndose determinado que la empleadora de los actores fue la entidad comercial, debía desestimar la pretensión en su contra. Estimó que la petición de que se lo condene en forma solidaria como integrante de la sociedad fue recién formulada en el alegato por lo que resultaba extemporánea y por ende ajena a la relación jurídico procesal. 3. Los términos precedentes revelan que no correspondía que la a quo omitiera el tratamiento acerca de la aplicación del art. 54, ley 19.550, toda vez que su reticencia -originada en la extemporaneidad del pedido- carece de sustento frente al principio "iura novit curia". Más aún teniendo en cuenta que el Sr. Lascos fue incluido en la demanda y en consecuencia integró la relación jurídico procesal. Por ello debe casarse el pronunciamiento en ese aspecto (art. 104 CPT). 4. Entrando al fondo del asunto deben analizarse las constancias de autos a fin de dirimir la aplicación del art. 54 ib. El subexamen refleja la contumacia procesal de la sociedad demandada y su representante a lo largo de todas las actuaciones: ante el reclamo de los trabajadores los accionados no formularon oposición alguna; no comparecieron a la audiencia de conciliación; no ofrecieron elemento probatorio para contrarrestar las afirmaciones contenidas en el libelo inicial; y omitieron injustificadamente su comparecencia a la audiencia de vista de la causa. Esta situación de rebeldía condujo al Sentenciante a aplicar la presunción legal de veracidad de los hechos relatados en demanda, la cual, se insiste, no fue desvirtuada por prueba en contrario. Asimismo debe tenerse en cuenta la confesional ficta de los accionados y la falta de exhibición de los libros del art. 52 LCT. Por otra parte la informativa del Departamento Provincial del Trabajo da cuenta del incumplimiento referido a las remuneraciones y demás extras. En definitiva, este

modo de actuar irregular de los accionados, trasladado además al proceso, vulnera el orden público laboral y hace procedente la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica solicitada. Aparece clara la frustración de derechos de terceros por parte de quienes tenían a su cargo el real manejo de la sociedad, lo cual autoriza a la aplicación del art. 54, de la ley 19.550 (T.O. ley 22.903).⁶

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza controvierte la posibilidad determinada en el precedente cordobés al señalar:

Si bien el art. 77 del C.P.L. acuerda a los jueces laborales 'la facultad para re-solver ultra petita', esta facultad se reduce sólo a la posibilidad de exceder los 'límites cuantitativos' fijados por las partes pero no los autoriza a acordar una cosa distinta a la demandada o propuesta por las partes, excediéndose los 'límites cualitativos' de la litis, salvo que esté implícita en otra y su resolución sea previa a la de aquella, de lo contrario la sentencia sería 'extra petita', lo que se encuentra vedado en todos los ámbitos, por afectar el principio de congruencia. (Livellara-Porras 'Código Procesal Laboral de Mendoza', T. II, pág. 146/47). Es decir que la facultad de ampliación cuantitativamente acordada por la norma procesal laboral referida no autoriza a incluir en la condena rubros no consignados en la demanda (LL 83-633) de lo contrario la sentencia sería irremediamente nula.⁷

3 La sentencia *ultra petita*

El fundamento sustancial de esta disposición es subsanar deficiencias formales en la instrumentación de la planilla integrativa del juicio permitiendo avanzar sobre cantidades que difieren – en más – de las requeridas en la petición. Este aspecto, desde la doctrina civil es muy cuestionado por cuanto de alguna manera transforma al Juzgador en guardián de los intereses de una de las partes del litigio, con lo que el fiel de la balanza, para quienes así critican, perdería la necesaria imparcialidad que debe imperar en todo proceso.

⁶Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sentencia Nro. 11 de fecha 13 de marzo de 2.003, autos: "MIRAS JUAN JOSE Y OTROS C/ LA NUEVA CALLE S.A., LEONIDAS RAUL LASCOS Y/O QUIEN RESULTE PROP. DEL DIARIO "LA NUEVA CALLE" -INDEM. ETC.- RECURSO DIRECTO".

⁷Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala Segunda, Sentencia de fecha 23 de diciembre de 2005, autos: "ZGAIB, Jorge Eduardo c/ YPF GAS S.A. p/ Accidente s/ Inc. – Cas".

Por el contrario quienes así lo exigen como un deber del Magistrado, no sólo se amparan en la norma procesal, que por su redacción aparece como meramente facultativa, sino que avanzan sobre el derecho sustancial con predicamento en el principio de irrenunciabilidad, en especial luego de la reforma operada por la ley n. 26.574⁸, que descalifica cualquier tipo de manifestación de voluntad del trabajador que conduzca a la renuncia de derechos reconocidos por la ley, la convención colectiva o el acuerdo individual.

No parece generar dudas que ello permite solucionar errores matemáticas, como p.ej. si el trabajador afirma que su salario era de \$ 3.000 pero en la planilla lo cuantifica en \$ 2.000. Si se acredita el monto afirmado en demanda, es un supuesto claro de aplicación de la norma *ultra petita*.

También engloba este concepto cuando el dependiente sostiene haber percibido una suma inferior a la legal y/o convencional y demanda por esta cifra inferior. En tal caso el juez laboral en su sentencia debe mandar a pagar por el monto determinado por el marco aplicable, en atención al orden público laboral y a la vigencia de lo que se denominan los mínimos inderogables, no traspasables o perforables por la voluntad de las partes.

De igual manera, seguiríamos comprendidos en esta línea de habilitación en el supuesto que existiera un error jurídico en la formulación de la liquidación. El ejemplo más clásico estaría dado en el caso de un trabajador con más de 5 años de antigüedad en el empleo, que peticionara como indemnización sustitutiva del preaviso omitido, un mes de sueldo, cuando de conformidad a lo prescripto por el art. 232 de la LCT con tal antigüedad le corresponden dos meses de salario como preaviso.

La cuestión en cambio admite matices que pueden estar lindando con el supuesto de *extra petita* en hipótesis tales como reclamos de horas extras donde el accionante peticiona denunciando la realización de dos horas extras diarias y así lo cuantifica en la planilla, pero en realidad se demuestra en el proceso que realizaba tres.

Igual dificultad se presenta en aquellos casos donde el demandante afirma que el despido patronal instrumentado carecía de causa justificante, pero al demandar únicamente reclama la indemnización por antigüedad, sin peticionar la indemnización sustitutiva del preaviso omitido y la integración del mes de despido, rubros que bajo ningún supuesto puede sostenerse que hubieran sido abonados por la patronal ya que tal conducta sería inconsecuente con la causa invocada para despedir.

⁸Ley n. 26.574 modifica el art. 12 de la LCT que queda redactado de la siguiente forma: "Artículo 12: Irrenunciabilidad. Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción".

Particularmente en este último caso sostengo que estamos en presencia de la habilitación legal y que no hay violación de derecho de defensa alguno del demandado si se lo condena por estos rubros que son la consecuencia lógica de la declaración de ilegitimidad del accionar patronal al momento de la extinción del vínculo.

4 El exceso formal manifiesto y las medidas para mejor proveer

Otro aspecto que merece algún tipo de cuestionamiento porque ha impactado respecto de cuestiones que de alguna manera han alterado la *litis contestatio* ha sido aquellos casos donde se ha sostenido que la desestimación de la acción o de algún rubro que integrara la demanda había acontecido en función de que el Tribunal había asumido un rol demasiado pasivo en su labor de administrar justicia, desentendiéndose en última instancia de que se alcanzara el objetivo central del proceso.

Esta tesitura permite al Juzgador solucionar defectos probatorios mediante la instrumentación de aquellas medidas para mejor proveer que completan o complementan cuestiones procesales que han quedado huérfanas de sustento probatorio.

Se ha sostenido hasta el hartazgo que en materia laboral el Juez ha de ser un Juez imparcial a la hora de administrar justicia, pero de ninguna manera puede ser un juez neutral o indiferente en atención a los valores que se encuentran en juego y que requieren de su pronunciamiento teniendo en cuenta la naturaleza alimentaria y asistencial de la respuesta requerida por el trabajador, lo que lleva a flexibilizar ciertos parámetros para alcanzar tal fin.

En ese sentido el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia se ha pronunciado en estos términos:

1. Sostiene el recurrente por la parte actora que la Juzgadora quebrantó las formas y solemnidades para el dictado de la sentencia. Que vulneró las reglas de la sana crítica racional y omitió valorar medios de prueba fundamentales y dirimientes, resultando además incongruente, ya que resolvió sobre asunto no sometido a decisión. Insiste en la nulidad del pronunciamiento atento a que el Tribunal no tuvo en cuenta que la prueba producida por su parte fue hábil para acreditar los extremos de la acción. En tal sentido, manifiesta que al descalificarse la documental obrante a fs. 6 -acta de defunción- y la declaración del testigo Ortiz que dio por cierta la muerte del Sr. Amaya, se incurre en los vicios referidos. A lo que se agrega que la

demandada en momento alguno negó el fallecimiento, sino su fecha. Por último, señala que el proveído de fs. 10, en el que el Juez de Conciliación consideró cumplido el extremo de que se trata, fue consentido por la contraria.

2. La Juzgadora rechazó la demanda porque no existía en autos constancia que sustentara la base fáctica del reclamo, esto es, el fallecimiento del trabajador el día 30 de agosto de 1.992. A su juicio, dicha situación resultaba dirimente para reclamar en los términos de los arts. 123, 156 y 248 de la L.C.T. Y luego de analizar los elementos probatorios rendidos en la causa, concluyó que las manifestaciones del deponente Ortiz -que daba por cierta la muerte del trabajador- carecía de fuerza probatoria, al igual que la fotocopia de fs. 6 -acta de defunción-, pues no se encontraba autenticada y fue expresamente cuestionada por la parte demandada (fs. 62).

3. La decisión de la a quo de rechazar la demanda actora por la falta de certificación del acta de defunción del trabajador de fs. 6, es de un **rigor tan excesivo que condujo a una conclusión arbitraria**. Ello porque lograr el requisito que la ley exige a los fines de acreditar la muerte, resultaba de una simple medida con la que contaba la Sentenciante para descubrir la verdad jurídica. Dicho principio debe guiar los pronunciamientos judiciales para arribar a resultados justos. Dos bienes jurídicamente protegidos se enfrentaban -derecho de defensa de la demandada y el de los causahabientes a percibir la indemnización por muerte- y debió primar éste último en función de la normas de orden público laboral que amparan a la parte más débil de esta especial relación jurídica. En tales condiciones, remitida la documental por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, solicitada a fs. 86 mediante proveído notificado a las partes, debe considerarse acreditado el deceso del Sr. Amaya y su fecha. Dicha prueba es necesaria a los fines del tratamiento de los rubros reclamados por los accionantes.⁹

En otro precedente nuestro máximo Tribunal Provincial recordando que la disposición del art. 33 de la ley n. 7.987 no es una

⁹Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sentencia Nº 84 de fecha 27 de junio de 2.001, Sala Laboral, Autos: “CASTELLANO LILIANA DEL V. POR SI Y EN REPRESENTACION DE SUS HIJOS MENORES C/ RAMON CARAVELLO Y OTROS - INDEMNIZACION - RECURSO DE CASACION”.

mera facultad del Juzgador sino una potestad-deber con el norte claramente direccionado hacia la verdad jurídica objetiva exige el Tribunal se enrole en un papel activo, que seguramente merecerá críticas desde la doctrina tradicional, ya que para arribar al resultado predicado se debe obviar la situación de negligencia procesal de la parte que debe ser suplida por este accionar jurisdiccional.

Al respecto el Tribunal expresó:

Frente a un accidente de las características relatadas por las partes y un perjuicio de tal magnitud, el Sentenciante, advirtiendo que no se ofreció prueba pericial, no podía desconocer la necesidad de precisar el nivel incapacitante que del infortunio derivó, a riesgo de dictar una resolución inicua. **Tenía el deber de buscar la verdad real**, principio que debe guiar los pronunciamientos judiciales para arribar a resultados justos. Tratándose de una prueba necesaria a los fines de cuantificar el daño, es un deber del juez el producirla, se insiste, para así arribar a un resultado equitativo, que debe prevalecer sobre los aspectos meramente adjetivos. Que la comprobación de las cuestiones de hecho esté a cargo de las partes, no excusa la indiferencia de los jueces respecto de su verdad objetiva. Están facultados para disponer las medidas necesarias con el fin de esclarecerla. Para que el Tribunal haga uso de estas potestades es necesario que existan circunstancias fáctico-jurídicas que, como en el subexamen, lo aconsejen. Así, luego de la clausura del debate, se imponía recurrir al cuerpo de peritos oficiales del fuero, como lo autoriza el art. 40 último párrafo, a fin de que determinaran el grado de incapacidad que portaba Arrieta.- 4. En consecuencia corresponde, admitir el recurso de casación interpuesto por la parte actora y casar el pronunciamiento por los motivos expuestos, con costas. Entrando al fondo del asunto (art. 104 C.P.T.), establecida la existencia del siniestro denunciado, sus consecuencias dañosas en la salud del actor y presumida la responsabilidad del empleador ante la ausencia de eximentes de responsabilidad, se impone hacer lugar a la demanda en contra de Julián Calzada y Hno. S.A.C.I.F., con costas por el orden causado atento las particularidades del caso.¹⁰

¹⁰Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Laboral, Sentencia de fecha 28 de abril de 2.005, Autos: “ARRIETA ALBERTO C/ JULIAN CALZADA Y HNO S.A.C.I.F. - INCAP. - RECURSOS DE CASACIÓN”.

5 Los errores numéricos:

Otro supuesto donde también se ha habilitado la posibilidad de traspasar cuestiones que habían quedado consolidadas sin que con ello se pueda sostener que se viola el derecho de defensa ni la seguridad jurídica tiene que ver con la constatación de errores numéricos, cuya necesidad de reparación opera en cualquier estado del proceso, incluso con sentencia firme y más allá del consentimiento de la parte afectada al corrersele el traslado de la relación de daños.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado recientemente haciendo suyo el dictamen de la Procuración General de la Nación y descalificando de esa manera el pronunciamiento de la Sala de la Cámara del Trabajo que con basamento en la seguridad jurídica y en la extemporaneidad del planteo había desestimado la pretensión de la accionada de que se corrigiera el monto firme de un rubro objeto de sentencia que había pasado en autoridad de cosa juzgada por no respetar los términos de la norma que daba el basamento jurídico a la pretensión actora.

En efecto en el caso se planteó en la etapa de ejecución de sentencia que la accionada impugnó la cuantía del rubro indemnización del art. 8 de la ley n. 24.013, sosteniendo que el monto de la planilla aprobada contenía un evidente error numérico ya que el mismo había sido admitido por el Tribunal por un importe 4 veces superior al que legalmente correspondía.

La Procuración General de la Nación sostuvo que:

La recurrente se agravia de la resolución de fs. 377 con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad porque soslaya lo dispuesto en el art. 104 de la ley 18.345 (L.O.) en cuanto dispone que los errores aritméticos en que se hubiera incurrido en la sentencia se podrán corregir en cualquier estado del juicio. Puntualiza que el error se visualiza en la estimación del monto de condena de la multa del art: 8 de la ley 24.013, en cuanto no se fijó el 25% que establece la norma, sino el monto total de las remuneraciones devengadas. Afirma que de tal manera se causa un grave perjuicio al violentar los derechos de defensa en juicio y de propiedad tutelados por la Constitución Nacional. En mi opinión, las razones expuestas resultan suficientes para que el fallo en recurso sea dejado sin efecto, pues V.E. ha precisado que 'si los jueces, al descubrir un error aritmético o de cálculo en una sentencia, no lo modificasen, incurrirían con la omisión en una falta grave, pues estarían tolerando que se generara o

lesionara un derecho que sólo reconocería como causa el error' (Fallos 286:291 y 315:1837), por lo que el perjuicio alegado por la recurrente debe ser subsanado a fin de dar prevalencia a la verdad jurídica objetiva y de ese modo evitar que el proceso se convierta en una sucesión de ritos caprichosos (Fallos: 238:550; 311:103; 313:1024). En efecto, tal como lo señala la recurrente, la sentencia definitiva, entre otros conceptos, condena a pagar \$28.000 en concepto de multa del art. 8 de la ley 24.013 (v. fs. 315), sobre la base de un salario mensual de \$1.750 (v. fs. 313, punto V) , durante la relación laboral que se extendió desde el 15/09/03 al 27/01/05 (16 meses), razón por la cual una cuarta parte de las remuneraciones devengadas desde el comienzo de la vinculación para fijar la multa establecida en la norma citada, alcanzaría la suma de \$7.000 (16 meses x •1.750 = 28.000 x 25%) y no los \$28.000, estimados en la sentencia (v. fs. 385). Cabe señalar que desde antiguo se ha sostenido que los errores aritméticos padecidos en una sentencia pueden rectificarse en cualquier tiempo, aun en el trámite de ejecución de sentencia, sin que ello importe vulnerar la intangibilidad de un derecho adquirido (Fallos 280;22 y sus citas en el considerando 4", pág. 24).¹¹

6 La aplicación de la ley en el tiempo

Otro tema que ha generado hartó debate en los últimos tiempos es la posibilidad de aplicar las consecuencias de las nuevas leyes que contemplan mayores beneficios sobre situaciones jurídicas consolidadas al amparo de la legislación anterior y que lógicamente no conformaron la traba de la litis por no haber estado vigente al momento de su interposición y contestación.

Quienes sostienen la imposibilidad de tal aplicación se basan en la seguridad jurídica y en el derecho de propiedad. Por lo contrario quienes se enrolan en la postura afirmativa lo hacen sobre la base del principio de progresividad que emana de la nueva legislación y de que en definitiva el art. 3 del Código Civil así lo habilita y que sólo estaría vedado cuando ha operado el pago con efectos cancelatorios plenos.

¹¹Dictamen de la Procuración General de la Nación de fecha 19 de abril de 2011 en los autos: "LYSYJ JORGE OMAR c/ TARJETA NUEVA SRL – S/ DESPIDO" que la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo suyo.

En ese sentido el suscripto ha resuelto:

Con respecto del piso mínimo que he señalado supra por aplicación inmediata del decreto 1694/09 entiendo que también el planteo ha de tener respuesta favorable ya que se comparte el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos: 'Camusso Vda. de Marino, Amalia c/ Perkins S.A. s /demanda' (Sentencia de fecha 21 de mayo de 1.976) al expresar: '...6º) Que no es esto lo que acontece en la especie. No existe una modificación sustancial en cuanto al monto del crédito reconocido en la sentencia; la ley establece tan solo la forma en que aquél debe ser calculado hasta el momento del efectivo pago y adecua de una manera más realista la incidencia de la mora del deudor en el cumplimiento de su obligación. No son inválidas las disposiciones legales que, sin desconocer la sustancia de una decisión judicial, sólo actualizan el monto de la condena. Lejos de menoscabar la autoridad de la cosa juzgada la salvaguardan, porque salvaguardan su justicia, **sin la cual el más íntimo sentido de dicha autoridad, que es su sentido moral, no es concebible.** 7º) Que lo que la cosa juzgada busca fijar definitivamente no es tanto el texto formal del fallo cuanto la solución real prevista por el juez a través de éste, es decir -en el caso- el resarcimiento íntegro del crédito del acreedor y su inmutabilidad a través de todo el proceso judicial. 8º) Que, por lo demás, el agravio del apelante sustentado en el carácter retroactivo que atribuye a la aplicación de la ley 20.695 -derogada por la ley 21.297- carece de fundamento no bien se advierta que se trata de la **inmediata aplicación de la norma a una relación jurídica existente, toda vez que, en el caso de autos, al entrar en vigor aquella, no se había satisfecho el crédito del accionante.** Resulta por tanto aplicable la doctrina del Art. 3 del Código Civil, primera parte, ya que tan sólo se alteran los efectos en curso de aquella relación nacida bajo el imperio de la ley antigua, a partir del momento de la entrada en vigencia del nuevo texto legal. 9º) Que, sin duda alguna, toda sentencia ejecutoriada supone un derecho adquirido del que es titular la parte que con ella se beneficia. Este derecho, cuando se lo considera en el plano constitucional, se encuentra protegido

por la garantía establecida en los arts. 14 y 17 de la Ley Fundamental. En consecuencia, ese derecho adquirido, a semejanza de todas las manifestaciones de la propiedad individual, se halla sujeto a las leyes que reglamentan su ejercicio, las que no pueden someterlo a ‘allanamiento total’ mas sí a ‘restricción razonable’ (Fallos: 235:171). 10º) Que, tal como lo destaca el Señor Procurador General, ‘respondió a un claro imperativo de justicia eliminar los perniciosos efectos que la demora en percibir sus créditos ocasionaba a todos los trabajadores’, atento a que ‘las prestaciones salariales tienen contenido alimentario y que las indemnizaciones laborales se devengan, de ordinario, en situaciones de emergencia para el trabajador’. En atención a lo aquí señalado determino la aplicación inmediata del decreto 1694/09 al caso de autos con los alcances antes señalados respecto de la cuantía de la indemnización y de la supresión del tope legal, lo que determina que se declare la inconstitucionalidad del art. 16 de dicho decreto en cuanto a la fecha de corte allí fijada.¹²

7 El aforismo *iura novit curia*

Con el aforismo *iura novit curia* se designa en materia procesal al deber del Magistrado de encuadrar la causa bajo su análisis con sustento en el derecho aplicable, independientemente de la descripción normativa que efectuaran las partes y en la medida que ello se desprenda con claridad del relato fáctico a la que se circunscribe la acción y se limita la defensa. En ese sentido se ha sostenido que:

[...] es el juez quien aplica el derecho que cree justo sin estar atado por los errores de planteo o alegación jurídica de los litigantes. Así, aunque las partes no invoquen preceptos en sustento de su reclamo, o lo hagan de manera equivocada, al juez incumbe calificar jurídicamente el conflicto de intereses llevado a juicio y determinar la norma que rige en la emergencia.¹³

¹²Cámara del Trabajo de Córdoba, Sala X, Voto Unipersonal del Dr. Carlos A. Toselli, sentencia de fecha 28 de junio de 2.011, Autos: “ALDORINO HECTOR DANIEL C/ MAPFRE ART S.A. – ORDINARIO - ENFERMEDAD ACCIDENTE (LEY DE RIESGOS)” EXPTE. 120276/37

¹³Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sentencia Nº 12 de fecha 28 de marzo de 2.006, Sala Civil y Comercial, Autos: “Renovell Francisco Fernando c/ Araus Hnos. S.A.I.C.F.A.I. – Ejecutivo – Apelación – Recurso Directo” (R-35/03)

Ello, que conforma una regla cuando el análisis refiere a legislación de fuente heterónoma estatal, cuyo desconocimiento no puede ser invocado, por cuanto en definitiva dicho aforismo tiende a reforzar el concepto del omniconocimiento jurídico del Juzgador, tiene sus límites en la petición de aplicación de derecho extranjero y en materia convencional.

Así con respecto a la legislación internacional estipula el art. 13 del Código Civil: "La aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este Código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de la parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes...". En materia convencional por su parte el art. 8 de la L.C.T. exige la identificación de la norma convencional que se denuncia como rigiendo el caso para que la misma no esté sujeta a prueba en juicio.

Una primera aproximación al tema determina que aunque no se hubiera invocado la norma convencional si la prueba arrimada al proceso demuestra la existencia del marco convencional regulatorio el mismo debería ser aplicado. Ello surgiría, p. ej. si cualquiera de las partes requiriese de la autoridad de aplicación laboral la remisión de las escalas salariales y el tope vigente correspondiente al convenio colectivo de trabajo que regula determinada actividad, simplemente describiendo las tareas desarrolladas por el trabajador, en un período de tiempo especificado, más allá que en tal petición informativa no se individualice el número del convenio de referencia, si en la respuesta ministerial se efectúa en definitiva el encuadre convencional y la remisión de escalas y tope requeridos. Se cumpliría de esa manera con la segunda posibilidad normativa, cual es la demostración indubitable de su existencia (lo que lógicamente acarreará también su identificación). La Corte Nacional precisando este concepto ha especificado:

Ese precepto debió ser aplicado de oficio, ya que conforme a la regla *iura curia novit*, el juzgador tiene la facultad y el deber de discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que las rigen, con prescindencia de los fundamentos o argumentos jurídicos que enuncien las partes (Fallos: 310:1536, 2733; 321:1167; 324:1590, entre muchos otros). Ello resultaba particularmente exigible en la especie, toda vez que al revocar el fallo de primera instancia la alzada estableció el monto del resarcimiento, para lo cual debía ponderar la tarifa.¹⁴

¹⁴Corte Suprema de Justicia de la Nación, C. 44 – XXXVI – Recurso de Hecho en "Chiappe Américo c/ Ceprini S.R.L. y otros", Sentencia de fecha 26 de agosto de 2003.

Sin embargo el Tribunal Superior de Justicia en algunos precedentes ha adoptado una postura más rígida y formal al especificar:

Es que aún desde la postura del Juzgador en orden a que si hay daño debe repararse, el principio 'iura novia curia' que se utilizó carece de fundamentación lógica y legal. Ello pues las partes no tuvieron la posibilidad de ejercitar sus respectivas defensas en orden al 'factum' que sustentó la condena: en demanda no se invocaron los presupuestos del dispositivo que se aplicó -incumplimientos a las normas de higiene y seguridad-. Luego, el a quo recurrió a un principio que tiene que ver con el encuadramiento jurídico que le está permitido efectivizar, pero sin respetar los hechos traídos a la controversia. El juez no puede modificarlos, ni alterar la relación procesal, pues la decisión de acordar derechos no pedidos ni debatidos en el pleito, vulnera el principio de congruencia y afecta, en definitiva, la garantía del debido proceso (art. 18 CN).¹⁵

Por el contrario en un precedente anterior, había encuadrado la obligación del Juzgador en el supuesto que estamos analizando al especificar:

Le asiste razón al recurrente porque los motivos que condujeron al Tribunal a desestimar la acción no son hábiles para respaldar la solución que adoptó. Es que más allá del error de la parte actora en la invocación normativa, el Juzgador no debió excusarse y resolver la controversia de acuerdo a la regla del derecho que estimaba adecuada para subsumir el caso. Ello no altera el contenido de la pretensión (cuya naturaleza y objeto es resarcitoria) ni la base fáctica en función de la cual la misma se articula. La prescindencia de los argumentos jurídicos expresados por las partes tampoco resulta susceptible de violentar la garantía del debido proceso, ni les impide ejercer su plena y oportuna defensa. Repárese que la demanda está orientada a obtener una indemnización por la minusvalía del accidente in itinere sufrido por la trabajadora. A su vez, el memorial de contestación y los alegatos dan cuenta de la posición asumida por la contraria a fin de repeler

¹⁵Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Laboral, Sentencia 269 de fecha 20 de diciembre de 2.007, en autos: "LEYBA JUAN CARLOS C/ F.E.C.O.V.I.T.A. Coop. Ltda. -INCAPACIDAD.- RECURSO DE CASACION"

la responsabilidad que se le atribuye, la que se sustenta jurídicamente en el mismo plexo legal que luego identificó el a quo como aplicable al caso. En ese contexto, sostener como fundamento del rechazo un erróneo encuadramiento legal del reclamo en función de una preceptiva derogada, importa soslayar su deber-facultad de encuadrar la relación sustancial según la legislación vigente, suplir el derecho omitido o mal alegado y determinar las normas rectoras de la contienda, de acuerdo a las circunstancias fácticas que se establezcan.¹⁶

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza también se encargó de precisar los límites del instituto al señalar:

Según Vázquez Vialard el ‘... juez encargado de aplicar el derecho (iuria novit curia) puede hacer lugar a la norma ‘más favorable para el trabajador’, aunque éste no lo hubiera petitionado, siempre que no se violen las reglas del ‘debido proceso’....’ (Vázquez Vialard, Antonio “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, T. I, pg. 134. Ed. Astrea, 1989, citado en Livellara-Porras “Código Procesal Laboral de Mendoza”, T. II, pág. 147) Es decir que las facultades otorgadas por la norma procesal en estudio no son absolutas y, en consecuencia, reconocen límites operativos que hacen a la correcta resolución de los casos y la recta administración de justicia. ...Y la facultad del juzgador de actuar con independencia de las partes tanto en la calificación de la acción, como respecto al derecho aplicable (iuria novit curia) se encuentra limitada por el derecho de defensa de las partes y el principio del debido proceso.¹⁷

En uno de los fallos que más alto impacto ha tenido en materia laboral, ya que se aplicó la ley antidiscriminatoria a pesar de no haber sido dicha normativa invocada al demandar y en su resolución se ordenara la reincorporación de los trabajadores, poniendo en jaque al modelo sindical argentino y al así llamado sistema de estabilidad relativa impropia¹⁸, el voto de mayoría de la Sala II de la CNAT, tuvo ocasión de analizar este supuesto y así señaló:

¹⁶Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Laboral, Sentencia 17 de fecha 24 de abril de 2007, autos: “ROLDÁN FLORENCIA MARÍA C/ SUP. GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA - DEMANDA POR INCAP. - REC. DE CASACIÓN”

¹⁷Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala Segunda, Sentencia de fecha 23 de diciembre de 2005, autos: “ZGAIB, Jorge Eduardo c/ YPF GAS S.A. p/ Accidente s/ Inc. – Cas”

¹⁸Fallo que luego mereciera la confirmación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante sentencia de fecha 7 de diciembre de 2010.

Por otra parte, si bien la apelante reprocha que lo resuelto alteraría el principio de congruencia, porque no habría una cita concreta en la demanda de la ley 23.592, concuerdo con la opinión del dictamen del Fiscal General que antecede, en que se trata de un supuesto de *iura novit curia*, ya que se alegó una discriminación arbitraria, con lo que el remedio para conjurarla queda dentro de la facultad judicial en torno a la calificación jurídica de los hechos y su pertinente aplicación normativa, máxime si se tiene en cuenta que los accionantes hicieron referencia puntual al art. 16 de la Constitución Nacional, que consagra el principio de igualdad (fs. 10/10vta., punto VII). En este sentido, creo menester referir que en la demanda se aportaron la totalidad de los presupuestos fácticos que habilitan el encuadre del caso en la ley antidiscriminatoria, y se demostró en autos, la vinculación existente entre las decisiones rupturitas cuestionadas y la filiación sindical de los reclamantes en su calidad de miembros de la comisión directiva de un sindicato recientemente inscripto. En tal marco, aun pudiéndose considerar incompleta o insuficiente a la fundamentación jurídica que se ha formulado en la demanda, no puede el juez dejar de pronunciarse, máxime cuando ello hace al ejercicio de una facultad-deber que le es propia. El viejo adagio romano antes referido claramente habilita a los magistrados a disponer sobre los materiales normativos en caso de error o insuficiencia de los escritos constitutivos del litigio, siempre – claro está – que no resulten afectados los principios básicos de congruencia y de garantía de la defensa en juicio, lo que en la especie no puede predicarse en modo alguno puesto que la empleadora ha tenido oportunidad de expedirse sobre la totalidad de los tópicos sometidos a consideración. De interpretarse en sentido contrario – como lo pretende la recurrente – se convalidaría la violación de indiscutibles derechos fundamentales del trabajo, so pretexto de obstáculos de índole meramente formal que, en el caso, carecen de la trascendencia que les atribuye la recurrente, en tanto no se advierte afectación alguna al principio de congruencia y al derecho de defensa en juicio que le asiste a las partes en el proceso, desde el momento mismo que la accionada no contestó demanda ni ofreció prueba, adoptando claramente una postura omisiva que, a la postre, le resultó adversa. En definitiva, no puede

desconocerse la alegación de trato discriminatorio por motivos sindicales que emerge del escrito introductorio y la invocación de normas constitucionales, de las que incluso hace mérito el dictame fiscal antes referido.¹⁹

8 Conclusiones

1. El principio de congruencia tiene como basamento la previsibilidad en la resolución judicial. Su vulneración puede generar lo que la doctrina de la Corte Suprema de la Nación ha señalado como “arbitrariedad sorpresiva”. Su marco de aplicación deriva de las pretensiones de las partes, tanto en lo que hace a las peticiones como a los argumentos defensivos, los que como regla consagran el corset del que, por principio, no debería poder moverse el Magistrado.

2. Sin embargo el derecho laboral como garante del derecho social, con la naturaleza de los bienes jurídicos que se encuentran en juego y que debe proteger, con la caracterización de créditos alimentarios y asistenciales, admite una serie de matices que permiten morigerar o incluso dejar de lado la estrechez del marco propuesto por los litigantes, teniendo el Magistrado Laboral que asumir un rol activo en la búsqueda de la verdad real, entendida como verdad jurídica objetiva.

3. En esa línea su ubican los supuestos de sentencias extra y ultra petita, la corrección de los errores numéricos, tanto en más como en menos, la descalificación del exceso formal manifiesto, la imperatividad del dictado de las medidas para mejor proveer, la aplicación de la ley en el tiempo con basamento en el principio de progresividad normativo y la viabilidad del aforismo *iura novit curia* como respuestas alternativas para dar una respuesta jurisdiccional apta en miras a este objetivo previamente señalado y razón de ser y justificación de todo proceso que se precie de tal.

9 Referências

PEYRANO, Jorge W. **El proceso civil: principios y fundamentos**. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1978.

TOSELLI, Carlos A.; ULLA, Alicia G. **Código procesal del trabajo: Ley 7987**. Córdoba: Alveroni, 2007.

VITANTONIO, Nicolás J.R. **Ponencia general de la comisión de procesal laboral: XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal**. Santa Fe 8 al 10 de Junio de 2.011.

VALCARCE, Arodin. **El principio de congruencia. flexibilización: Ponencia no oficial en la Comisión de Procesal Laboral, XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe del 8 al 10 de Junio de 2.011**.

¹⁹Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II, del voto del Dr. Miguel Angel Maza, Sentencia de fecha 25.6.2007, Autos: “Alvarez, Maximiliano y Otros c. Cencosud S.A.”

RELACIONES LABORALES, TELETRABAJO Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: una aproximación desde el derecho europeo

LABOR RELATIONS, TELEWORKING AND PROTECTION OF PERSONAL INFORMATION: an approximation since the european law

Álvaro A. Sánchez Bravo*

1 Introducción. Principios de la protección de datos en las relaciones laborales

Muchas actividades realizadas de manera habitual en las relaciones laborales suponen el tratamiento de datos personales de los trabajadores. Cualquier actividad de recogida, utilización o almacenamiento de información personal sobre los trabajadores, mediante procedimientos electrónicos, estará sometido a la normativa reguladora de la legislación sobre protección de datos¹, tanto interna como internacional.

La Unión Europea necesita normas más claras y sencillas para la protección de los datos personales de los trabajadores, que tengan mejor en cuenta la relación entre empresario y trabajador. La existencia de un marco claro y sencillo de principios y normas, aplicable en toda la UE, será positivo para los trabajadores y las empresas.

De esta manera se expresaba ya en 2001, Anna Diamantopoulou, Comisaria Europea responsable de Empleo y Asuntos Sociales, evidenciando la preocupación comunitaria por establecer un marco adecuado para la protección de los datos en el trabajo.

*Doctor en Derecho. Profesor de la Facultad de Derecho, del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología y Miembro del Grupo de Investigación “Informática, Lógica y Derecho” de la Universidad de Sevilla. Presidente de la Asociación Andaluza de Derecho, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. Coordinador de Relaciones Internacionales del Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico (IBDU). Director del Seminario Hispano-Brasileño de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos. Secretario de Universidades e Investigación. Comisión Ejecutiva FETE-UGT Sevilla (2009-2011).

¹En España, Ley Orgánica n. 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), y Real Decreto n. 1.720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica n. 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (RDLOPD). En el ámbito de la Unión Europea, Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de los datos personales y a la libre circulación de estos datos.

El porqué de esa preocupación comunitaria parte de la constatación de que, pese al marco general de protección de datos establecido por las Directivas 95/46/CE y 2002/58/CE², se ha evidenciado en los últimos tiempos mutaciones de diversa etiología que es necesario considerar. Fenómenos como el progreso tecnológico (*e-mail* y teletrabajo), la globalización; e incluso, el 11-S³ (control de los trabajadores por motivos de seguridad) han propiciado la necesidad de una reflexión acerca de la protección adecuada de los datos personales de los trabajadores que, partiendo de las regulaciones generales, acoja sus especificidades.

Es por ello muy relevante el establecimiento de unos perfiles, de unos principios fundamentales⁴ que los empresarios deberán tener en cuenta al tratar de los datos personales de los trabajadores.

1. FINALIDAD. Los datos se recogerán con fines determinados, explícitos y legítimos. No podrán ser tratados de manera incompatible con los fines para los que fueron recogidos.

2. TRANSPARENCIA. Los trabajadores, como garantía imprescindible, deben conocer que datos recoge el empresario y cuales las finalidades de tratamiento previstas o ya realizadas.

Para ello debe garantizarse el más amplio ejercicio del derecho de acceso, rectificación y cancelación, en su caso.

3. LEGITIMIDAD. El tratamiento de los datos personales de los trabajadores deberá realizarse de manera legítima. El tratamiento de datos personales sólo podrá efectuarse si el interesado ha dado su consentimiento de forma inequívoca o si el tratamiento es necesario para: la ejecución de un contrato en el que el interesado sea parte; o el cumplimiento de una obligación jurídica a la que esté sujeto el responsable del tratamiento; o proteger el interés vital del interesado; o el cumplimiento de una misión de interés público, o la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento.

4. PROPORCIONALIDAD. Los datos deberán ser adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recogieron y para los que se traten posteriormente. Amén de informar a los trabajadores sobre el tratamiento de sus datos personales, este tratamiento deberá ser leal con los trabajadores.

²Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento automatizado de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), DOCE L 201, 31.7.2002.

³SÁNCHEZ BRAVO, Alvaro. El control de la Red. **Diario La Ley**, 30 de diciembre de 2002.

⁴Dictamen del grupo de Trabajo del artículo 29 sobre el tratamiento de datos personales en el contexto laboral.

5. EXACTITUD Y CONSERVACIÓN DE LOS DATOS. Los datos profesionales deben ser exactos, mostrando la realidad de las relaciones del trabajador. Cuando sea necesario, igualmente deberán ser actualizados. Corresponde a los empleadores a la asunción de las medidas necesarias y razonables para que los datos inexactos o incompletos sean suprimidos y rectificadas.

6. SEGURIDAD. El empleador deberá establecer medidas adecuadas, de carácter organizativo y técnico, en el lugar de trabajo, para garantizar la integridad y seguridad de los datos personales de sus trabajadores. Especial atención deberá prestarse para evitar los supuestos de acceso o difusión no autorizados.

7. FORMACION PROFESIONAL. El personal encargado del tratamiento de datos personales de otros trabajadores deberá tener unos conocimientos suficientes, y proporcionados a su nivel de responsabilidad.

8. CONSENTIMIENTO. Si un empleador debe utilizar datos personales como resultado inevitable y necesario de una relación laboral, sólo podrá verificarlo si cuenta con el consentimiento del trabajador. El consentimiento debe haber sido otorgado de forma totalmente libre y manteniendo integro su derecho de rectificación posterior, sin perjuicios como consecuencia de esta decisión.

9. DERECHO DE ACCESO. Todos los interesados deberán tener el derecho de obtener del responsable del tratamiento: la confirmación de la existencia o inexistencia del tratamiento de datos que le conciernen y la comunicación de los datos objeto de los tratamientos; la rectificación, la supresión o el bloqueo de los datos cuyo tratamiento no se ajuste a las disposiciones normativas, en particular a causa del carácter incompleto o inexacto de los datos, así como la notificación a los terceros a quienes se hayan comunicado los datos de dichas modificaciones.

10. VIGILANCIA Y CONTROL. Los principios de protección de los datos personales se aplican también a la vigilancia y control de los trabajadores, en lo relativo a uso de correo electrónico, acceso a Internet, cámaras de vigilancia o mecanismos de geolocalización. Estas medidas sólo serán pertinentes si constituyen una respuesta proporcionada del empresario ante riesgos reales, debiendo respetar escrupulosamente el derecho a la vida privada y otros intereses de los trabajadores. Cualquier dato del que se disponga o sea utilizado como instrumento de control deberá ser adecuado, pertinente y no excesivo con relación a los fines que determinan dicho control.

11. TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE DATOS. La transferencia de datos de los trabajadores sólo podrá verificarse si el país de destino garantiza un nivel de protección adecuado.

2 Propuesta para un marco regulatorio de los datos personales en las relaciones laborales

La ausencia de una legislación sectorial especial, contempladora de las especificidades del tratamiento de los datos personales en el ámbito de las relaciones laborales, no sólo crea una situación comprometedora para la seguridad jurídica de trabajadores y empresarios, sino que crea lagunas de interpretación contradictoria, en lo judicial y administrativo, que es preciso considerar. Las legislaciones internas, como la española, han elaborado Guías⁵ y resuelto, a través de la relevante labor de sus Agencias de Protección de Datos, temas concretos y puntuales, pero sin aportar aún una regulación unitaria y plenamente operativa.

Es por ello que, partiendo de la iniciativa desarrollada desde la Unión Europea⁶, pueden apuntarse algunas consideraciones respecto al contenido mínimo de una regulación adecuada en estos ámbitos⁷.

1 Ámbito de aplicación

Respetando el marco de protección general establecido en las normas generales, no puede establecer el principio de la libre circulación de datos laborales, sino precisar, y completar el marco jurídico existente, a fin de asegurar una protección suplementaria de los datos personales de los trabajadores (entendiendo por tal los trabajadores en activo, los ya jubilados y los candidatos a un empleo).

El campo de aplicación deberá cubrir todos los datos, incluidos el sonido y la imagen, independientemente del soporte utilizado para el tratamiento. A tal efecto, la protección incluiría la vigilancia de los trabajadores mediante dispositivos técnicos de cámaras, ordenadores, teléfonos y cualquier otro equipo de comunicación, identificación y localización.

Igualmente debe proteger no sólo los datos personales generados en el transcurso de una relación laboral existente, sino también los recopilados durante el proceso de selección o conservados después de la extinción de la relación laboral

⁵AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS . **Guía:** la protección de datos en las relaciones laborales. 2009. Disponible em: <http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/GUIA_RelacionesLaborales.pdf .>

⁶IP/02/1593, Bruselas, 31 de octubre de 2002.

⁷SANCHEZ BRAVO, Álvaro. A proteção dos dados pessoais dos trabalhadores: perspectiva comunitária europeia. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. Campinas, n. 30, p. 153-160, 2007.

Los destinatarios de estas medidas no sólo serían el sector público, sino también el sector privado, incluyéndose, si se estimase necesario las agencias de empleo, las ATT y las organizaciones que representan a los trabajadores.

2 Participación de los representantes de los trabajadores

Dada la dimensión colectiva de los derechos de los trabajadores, la participación de sus representantes se evidencia como imprescindible, tanto en la protección de sus intereses, como en la protección de los datos personales.

Es por ello que, como señalamos anteriormente, debe establecerse como principio general la obligación de informar y consultar a los representantes de los trabajadores, antes de y siempre que, se adopten medidas tendentes a la introducción y modificación de sistemas de tratamiento automatizado de datos, de dispositivos técnicos de control y vigilancia de los trabajadores, así como, de cuestionarios o tests de cualquier formato utilizados durante la selección o el periodo de empleo.

3 Principios generales para el tratamiento de datos en el sector de las relaciones laborales

Teniendo presente lo prescrito por la Directiva 95/46/CE en su art. 6, deben establecerse algunas precisiones en el ámbito de las relaciones laborales:

-Los datos personales de los trabajadores no serán objeto de tratamiento más que por motivos directamente relacionados y necesarios para el desarrollo de la prestación laboral.

-Los datos de los trabajadores no podrán ser utilizados más que para los fines previstos inicialmente; con interdicción de tratamientos posteriores incompatibles con dichos fines.

-Los datos personales serán objeto de un tratamiento leal. Ello supone que sean obtenidos directamente del trabajador afectado. Si proceden de terceros deberá informarse al trabajador y obtenerse su consentimiento previo al tratamiento.

- Los trabajadores tienen el derecho al libre acceso a sus datos. Se prohíbe que los empleadores y empresarios soliciten a los candidatos a un empleo o a los trabajadores en activo que ejerciten su derecho de acceso con el objeto de suministrárselos al empleador o empresario. Se intenta con ello que los trabajadores no se vean sometidos al "chantaje", y suministren datos que luego les puedan perjudicar.

-La relevancia que juega el consentimiento del trabajador en las relaciones laborales, en cuanto legitimador del tratamiento de sus datos personales debe matizarse. La relación de dependencia y subordinación, así como la precariedad laboral, hacen que el consentimiento se expanda, amparando situaciones intrusivas en los derechos de los trabajadores, pues se entiende por muchos empleadores que tal consentimiento ampara cualquier control o vigilancia sobre sus empleados.

Es por ello, con buen criterio, no debe estimarse como el único criterio relevante para el tratamiento, sino que lo vincula al cumplimiento de otros principios como los de pertinencia necesidad y proporcionalidad.

-Los datos personales deben ser tratados de manera lícita. En el ámbito laboral, el tratamiento de datos personales no debe tener como objetivo y/o efecto perjudicar ilícitamente al trabajador.

4 Categorías especiales de datos: los datos sensibles

El art. 8.1 de la Directiva 95/46/CE prohíbe el tratamiento de los datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos relativos a la salud o a la sexualidad. Su apartado 5 prohíbe el tratamiento de datos relativos a las condenas penales.

El tratamiento de los datos sensibles, en su imbricación con los datos laborales, es susceptible de provocar situaciones de discriminación para los trabajadores por referencia a alguna de las categorías de datos mencionadas.

Es por ello, que deben plantearse algunas medidas específicas en este campo. El tratamiento de los datos sensibles de los trabajadores deberá estar prohibido, salvo que, a título excepcional y previa habilitación legal, se establezcan garantías y salvaguardas adecuadas. En este caso, y teniendo en cuenta los principios de determinación y limitación de la finalidad, legitimidad y proporcionalidad, podrá autorizarse un tratamiento de tales datos, sí bien de acuerdo a las siguientes particularidades:

-Los datos relativos a la vida sexual sólo podrán ser objeto de tratamiento cuando sea necesario para la determinación de la responsabilidad de los empleadores en el supuesto de una acusación de acoso sexual.

-Los datos relativos a los antecedentes penales sólo podrán tratarse si fuere necesario respecto a las funciones particulares del empleo en cuestión. En estos casos se prevé el necesario control previo por parte de la autoridad nacional de control, para evitar abusos y extralimitaciones, así como verificar la pertinencia de tal tratamiento.

Por otra parte, se prohíbe la solicitud de un empleador a un trabajador de la relación completa de sus antecedentes penales, sin

precisar previamente los que sean relevantes a efectos de la prestación laboral. El consentimiento del trabajador deviene irrelevante en este supuesto, no amparando estos tratamientos.

-Los datos relativos al origen racial o étnico y las convicciones religiosas y filosóficas sólo serán objeto de tratamiento cuando, previa habilitación legal, tenga por motivo una determinada exigencia profesional, o en caso de medidas de discriminación inversa positiva para favorecer a determinados colectivos, precisamente en atención a su origen racial, étnico o cultural.

5 Datos relativos a la salud

Aunque considerados igualmente como datos sensibles, a tenor de lo preceptuado por el art. 8.1 de la Directiva 95/46, debe dedicarse un apartado específico y concreto a la problemática de los datos relativos a la salud. Igualmente es necesario detenernos en la consideración de los cada vez más generalizados tests de consumo de drogas y alcohol, así como tests genéticos, en el ámbito de las relaciones laborales.

Partiendo del principio general de prohibición del tratamiento de datos relativos a la salud, se prevén, sin embargo, determinadas excepciones justificadas por la protección de los intereses de empleadores y trabajadores en la relación laboral que los une.

Ahora bien, el tratamiento **excepcional** de estos datos sólo podrá verificarse si fuera necesario, bien para comprobar si el trabajador es apto para el desarrollo de las funciones inherentes al puesto de trabajo, bien para adaptar su labor a las normas de seguridad e higiene en su lugar de trabajo; o bien, para comprobar si el trabajador tiene derecho a percibir determinadas prestaciones sociales (jubilaciones, incapacidades, subsidios...).

Respecto a las personas legitimadas para efectuar dicho tratamiento, se restringe a los profesionales de la sanidad o personas sometidas al secreto médico equivalente al de los profesionales sanitarios, siguiendo lo señalado por el punto 3 del art. 8 de la Directiva 95/46/CE.

Los datos relativos a la salud deben ser conservados independientes de cualesquiera otros datos personales. La causa no es sólo la especial incidencia de estos sobre los derechos de los ciudadanos, sino también el acceso indeseado de terceros, ajenos a las laborales sanitarias dentro o fuera de la empresa.

Por último, se restringe taxativamente el acceso del empleador al resultado de las pruebas médicas, limitándose su conocimiento a aquellos datos relevantes a efectos de la adecuación del trabajador al puesto concreto de trabajo.

En lo tocante a los datos relativos a los tests de consumo de drogas y/o alcohol, es evidente la potencialidad lesiva de dichos tests, sobre todo cuando son sistemáticos, generalizados o impuestos sistemáticamente sin motivos concretos.

Ahora bien, debe establecerse una nítida diferenciación entre test de consumo de drogas y de alcohol. Un resultado positivo en este último revela una deficiencia actual en el trabajo; mientras, que el relativo a drogas no evidencia una deficiencia anterior o actual o un riesgo de dependencia, sino únicamente que determinadas drogas han sido consumidas con anterioridad. No obstante, estas diferencias en cuanto a lo relevante de los tests en orden a la carga de la prueba de determinados consumos, desde el punto de vista técnico la iniciativa exige que los mismos sean fiables, precisos y sometidos a rigurosos proceso de control de calidad.

Al igual que en el supuesto de las condenas penales, se estima que el solo consentimiento del trabajador no puede servir como paraguas habilitador para realizar el tratamiento de datos relativos al consumo de drogas y/o alcohol.

Las propuestas en este campo pueden cifrarse en las siguientes propuestas:

-Los datos relativos al consumo de drogas y alcohol sólo podrán ser recogidos y tratados con objeto de determinar si un trabajador es apto para desarrollar su trabajo sin poner en peligro su seguridad o la de otras personas.

-Los tests sistemáticos y generalizados están prohibidos. Se exceptúan los casos en que un control de tal naturaleza está justificado por la naturaleza particular del empleo en que la seguridad es primordial.

-Los tests individuales se autorizan sólo si se puede determinar razonablemente que un trabajador consume drogas o alcohol poniendo en peligro gravemente la seguridad de sus compañeros o del público (sector de transportes, grúas, obras públicas...).

-Los datos derivados de los tests de consumo de drogas y/o alcohol podrán ser utilizados para los tratamientos de deshabituación de dichos consumos.

-Al igual que los datos relativos a la salud, éstos solo podrán ser recogidos y tratados por profesionales de la salud cualificados y sometidos al secreto profesional.

Por otra parte, la genética, y sus múltiples aplicaciones, constituyen hoy una de las manifestaciones más contundentes de la sociedad del Tercer Milenio. Ahora bien, frente a innegables logros, un uso torticero e inadecuado puede producir graves lesiones a los ciudadanos en sus derechos e intereses más íntimos.

Es por ello, que debemos partir de la premisa de que los datos genéticos que manifiesten el estado de salud de una persona deberían gozar de una protección reforzada respecto de los datos relativos a la salud⁸. Y ello es así porque estos datos afectan a temas importantes como el “derecho a no saber” y el “derecho a no dar a conocer” datos tan íntimos de la persona.

Nuevamente, el solo consentimiento del afectado no debe considerarse como elemento habilitador para el tratamiento de dichos datos. Es por ello que para el tratamiento excepcional de estos datos deben adoptarse las garantías adecuadas, y que pueden agruparse en las siguientes:

-El tratamiento de datos genéticos no debe autorizarse más que a título excepcional, con fines de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores afectados o de terceros, y siempre en la medida en que esté autorizado por una norma legal nacional que establezca las necesarias garantías.

-Respeto estricto al principio de proporcionalidad. El resultado buscado no puede ser obtenido por otro medio menos intrusivo.

-Debería establecerse una asistencia genética previa (psicológica, médica...).

-Será necesaria una verificación previa por parte de la autoridad nacional de control. Esta verificación deberá tener en cuenta especialmente, como detalla el texto de la iniciativa, las particularidades de cada caso, la calidad de los tests, la pertinencia y fiabilidad de los resultados y la necesidad de buscar un equilibrio entre los siguientes elementos: los derechos de la persona afectada; los intereses manifiestamente predominantes de la sociedad; **y el derecho de no saber**, en caso de enfermedades graves incurables.

6 Actividades de vigilancia y control

La posibilidad de establecer una vigilancia y control sobre los trabajadores en el lugar de trabajo como una de las potestades del empleador, vinculada a cuestiones de eficiencia y productividad, constituye hoy objeto de una viva controversia.

Junto a la disparidad de las legislaciones nacionales (con ausencia de marco regulatorio alguno en muchos Estados⁹), la existencia de dispositivos técnicos avanzados (que incluso utilizan las herramientas tecnológicas de los propios trabajadores, tales como *e-mails*, *Internet*, registro automático de datos, *cookies*, etc.) dibuja un mapa de nebulosa indefinición, fuente de no pocos conflictos.

⁸SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro. La protección de los datos genéticos, en derecho y conocimiento. **Anuario Jurídico Sobre la Sociedad de la Información**, v. 3, p. 1-23, 2006.

⁹AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. Guía: Videovigilancia.. 2009. Disponible em: <https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/pdfs/guia_videovigilancia.pdf>.

Retomando lo señalado en el apartado 2 respecto a la participación de los interlocutores sociales en el diseño de estas políticas, deberán incluirse los siguientes principios:

-Verificación previa por parte de la autoridad nacional de control de toda actividad de control y vigilancia de los trabajadores.

-La vigilancia continua y permanente no debería autorizarse más que por motivos de salud, seguridad, o protección de bienes de la empresa.

-La vigilancia secreta no debe autorizarse salvo que se cumplan las garantías fijadas por las legislaciones protectoras (¿y los países que no tienen legislación interna?), o si puede suponerse razonablemente que se está desarrollando una actividad criminal o cualquier otro acto digno de sanción (¿nos sería más correcta la supervisión judicial, como sucede en otros ámbitos?).

-Los datos personales recogidos con el fin de garantizar la seguridad, el control o el buen funcionamiento de los sistemas de tratamiento no deben utilizarse para controlar de cada trabajador, salvo el de aquéllos de los que depende concretamente el funcionamiento del sistema.

-La evaluación de los rendimientos de los trabajadores y la toma de decisiones basadas en los mismos no deben estar justificadas exclusivamente en los datos recabados en el curso de la vigilancia electrónica.

-Salvo casos excepcionales, se prohíbe la vigilancia sistemática de la utilización del correo electrónico o de *Internet* por parte de los trabajadores. Se podrá efectuar una vigilancia individualizada cuando existan motivos suficientes para suponer que se está cometiendo un delito, cualquier otro acto reprobable o una infracción grave, siempre que no exista otro medio menos lesivo para conseguir el resultado buscado.

-Independientemente que se autorice o no la utilización de herramientas tecnológicas del trabajo con fines privados, el empleador no puede, como principio, acceder al correo electrónico de carácter privado y/o otros ficheros privados, especialmente a aquellos identificados como tales.

-El consentimiento del trabajador no habilita al empleador para derogar el secreto del correo electrónico y ficheros privados, especialmente durante la conclusión del contrato.

7 Teletrabajo y protección de datos

El teletrabajo hace referencia a un variado conjunto de situaciones y de prácticas laborales sometidas a una rápida y constante evolución. Los agentes sociales y laborales envueltos en su aplicación lo consideran como un medio para modernizar la organización laboral en la empresa y organizaciones del sector público, y al mismo tiempo una forma

de cumplir la prestación laboral que permite a los trabajadores conciliar su vida laboral y familiar, atribuyéndoles una mayor autonomía organizativa.

Ahora bien, ello no debe suponer que la flexibilidad y la seguridad se disocien, sino que permita una mejor calidad del empleo, así como el acceso al mercado laboral de personas con discapacidad o con situaciones personales y/o familiares especiales.

Como señala González:

[...] globalmente los autónomos con oficinas en su propia casa, los trabajadores móviles y los trabajadores a distancia ocasionales representan ahora mismo en la Unión Europea un volumen de 10 millones de personas y algunos vaticinan que este número alcanzará los 17 millones en el año 2011. Por otro lado Holanda incentiva fiscalmente el teletrabajo, Alemania ha creado un servicio de asesoramiento y contratación online para teletrabajadores, y Portugal fomenta el uso del teletrabajo para la reinserción social de discapacitados. Sin embargo, a pesar de la rápida expansión del teletrabajo, su regulación a nivel nacional es irregular hasta la fecha. Italia es el único estado miembro con una legislación que abarca los servicios públicos. Irlanda presentó un código de conducta en 1998 y existen convenios colectivos para algunos sectores en determinados países.¹⁰

Para hablar de teletrabajo deben cumplirse dos premisas básicas, en primer lugar, es necesaria el empleo significativo y predominante de equipos informáticos y telecomunicaciones,-esto hace que los puestos de trabajos susceptibles de ser desarrollados bajo este régimen esté relacionados con tareas relativas al tratamiento de la información-, y, en segundo lugar, que el porcentaje de la jornada laboral realizado fuera del centro de trabajo sea relevante. La doctrina lo estima en un tiempo superior o igual al 20%.

El ordenamiento jurídico español no cuenta con una legislación específica en materia de teletrabajo. La única alusión la tenemos en el artículo

¹⁰GONZALEZ, Agustín. **Un acuerdo europeo sobre las condiciones del teletrabajo.** Disponible em: <<http://www.istas.net/pe/articulo.asp?num=19&pag=19&titulo=Un-acuerdo-europeo-sobre-las-condiciones-del-teletrabajo.>>

13 del Estatuto de los Trabajadores¹¹ que regula el “trabajo a domicilio”. Los Convenios Colectivos a falta de una regulación específica deberán delimitar los aspectos más significativos de esta nueva forma de entender el trabajo¹².

La Organización Internacional del Trabajo lo define como “la forma de trabajo efectuada en un lugar alejado de la oficina central o del centro de producción y que implica una nueva tecnología que permite la separación y facilita la comunicación”.

Por su parte, el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo¹³, lo conceptúa como

[...] una forma de organización y/o de realización del trabajo utilizando las tecnologías de la información, en el marco de un contrato o de una relación laboral, en la que un trabajo, que también habría podido realizarse en los locales del empresario, se ejecuta habitualmente fuera de esos locales.

El precitado Acuerdo establece regulaciones claves para garantizar la correcta aplicación de las normas laborales, dado el carácter específico del teletrabajo:

¹¹**Artículo 13.** Contrato de trabajo a domicilio. 1. Tendrá la consideración de contrato de trabajo a domicilio aquél en que la prestación de la actividad laboral se realice en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste y sin vigilancia del empresario. 2. El contrato se formalizará por escrito con el visado de la Oficina de Empleo, donde quedará depositado un ejemplar, en el que conste el lugar en el que se realice la prestación laboral, a fin de que puedan exigirse las necesarias medidas de higiene y seguridad que se determinen. 3. El salario, cualquiera que sea la forma de su fijación, será, como mínimo, igual al de un trabajador de categoría profesional equivalente en el sector económico de que se trate. 4. Todo empresario que ocupe trabajadores a domicilio deberá poner a disposición de éstos un documento de control de la actividad laboral que realicen, en el que debe consignarse el nombre del trabajador, la clase y cantidad de trabajo, cantidad de materias primas entregadas, tarifas acordadas para la fijación del salario, entrega y recepción de objetos elaborados y cuantos otros aspectos de la relación laboral interesen a las partes. 5. Los trabajadores a domicilio podrán ejercer los derechos de representación colectiva conforme a lo previsto en la presente Ley, salvo que se trate de un grupo familiar.

¹²Disponível em: <<http://appcalia.com/ArchivosNoticias/Art%C3%ADculo%20Publicado%20en%20Capital%20Humano.pdf>>.

¹³La Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNICE) / la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UNICE/UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP) han firmado, el 14 de mayo de 2002, un acuerdo marco sobre el teletrabajo a fin de dar más seguridad a los teletrabajadores por cuenta ajena en la UE. Este acuerdo es especialmente importante, ya que se trata del primer acuerdo europeo establecido por los propios interlocutores sociales. El objeto del acuerdo es elaborar un marco general a escala europea para las condiciones laborales de los teletrabajadores y compaginar las necesidades de flexibilidad y seguridad comunes a los empresarios y los trabajadores. El acuerdo otorga a estos últimos la misma protección global que a los trabajadores que ejercen sus actividades en los locales de la empresa.. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/employment_rights_and_work_organisation/c10131_es.htm>.

• **El carácter temporal del teletrabajo:** El teletrabajo es voluntario para el trabajador y el empresario de que se trate. El teletrabajo puede formar parte de la descripción inicial del trabajador o es posible aceptarlo voluntariamente después. En ambos casos, y con arreglo a la Directiva 91/533/CEE¹⁴, el empresario facilita al teletrabajador la información escrita pertinente.

• **Las condiciones de empleo:** los teletrabajadores tienen los mismos derechos que los trabajadores similares que realizan su tarea en los locales de la empresa. Esos derechos están garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables. Podrían ser necesarios acuerdos específicos para tener en cuenta las peculiaridades del teletrabajo.

• **El ámbito de la vida privada:** el empresario debe respetar la vida privada del teletrabajador. Si existe un medio de vigilancia, deberá ser proporcionado al objetivo e introducirse con arreglo a la Directiva 90/270/CEE¹⁵ relativa a las pantallas de visualización.

• **Los equipos para la actividad:** por lo general, el empresario deberá facilitar, instalar y encargarse del mantenimiento de los equipos necesarios para el teletrabajo regular, salvo si el teletrabajador utiliza su propio equipo. El empresario ha de hacerse cargo, con arreglo a la legislación nacional y a los convenios colectivos, de los costes derivados de la pérdida o el deterioro de los equipos y de los datos utilizados por el teletrabajador.

• **La salud y la seguridad:** el empresario es responsable de la salud y la seguridad profesional del teletrabajador con arreglo a la Directiva 89/391/CEE¹⁶ y a las directivas específicas, las legislaciones nacionales y los convenios colectivos pertinentes. Para comprobar la correcta aplicación de las disposiciones aplicables en materia de salud y seguridad, el empresario, los representantes de los trabajadores y/o las autoridades competentes tendrán acceso al lugar del teletrabajo, dentro de los límites establecidos en las legislaciones y los convenios colectivos nacionales. Si el teletrabajador realiza su tarea en su domicilio, para poder acceder al mismo serán necesarias una notificación previa y el acuerdo del teletrabajador. El teletrabajador podrá solicitar una visita de inspección.

¹⁴Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral, DO L 288. 18.10.1991.

¹⁵Directiva 90/270/CEE, del Consejo, de 29 de mayo de 1990, referente a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización (quinta Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) DO L 156. 21.6.1990.

¹⁶Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. DO L 183. 29.6.1989. Directiva 2007/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/391/CEE del Consejo, sus directivas específicas y las Directivas 83/477/CEE, 91/383/CEE, 92/29/CEE y 94/33/CE del Consejo, a fin de simplificar y racionalizar los informes sobre su aplicación práctica (Texto pertinente a efectos del EEE). DO L 165. 27.6.2007

• **La organización del trabajo:** en el marco de la legislación, de los convenios colectivos y de las normas laborales aplicables, corresponde al teletrabajador gestionar la organización de su tiempo de trabajo. La carga de trabajo y los criterios de resultados del teletrabajador son equivalentes a los de los trabajadores similares que realizan su tarea en los locales del empresario.

• **La formación de los teletrabajadores:** los teletrabajadores tienen el mismo acceso a la formación y a las posibilidades de carrera profesional que trabajadores similares que realizan su tarea en los locales del empresario, y están sujetos a las mismas políticas de evaluación que los demás trabajadores. Los teletrabajadores recibirán una formación apropiada, centrada en los equipos técnicos puestos a su disposición y en las características de esa forma de organización del trabajo.

• **Los derechos colectivos de los teletrabajadores:** los teletrabajadores tienen los mismos derechos colectivos que los trabajadores que realizan su tarea en los locales de la empresa. No deberá obstaculizarse la comunicación con los representantes de los trabajadores.

En lo relativo a **la protección de los datos personales**, corresponde al empresario adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección de los datos utilizados y procesados por el teletrabajador para fines profesionales. El empresario informará al teletrabajador de toda restricción en lo que respecta a la utilización de los equipos y a las sanciones en caso de incumplimiento.

Lógicamente la normativa reguladora de la protección de datos personales es plenamente aplicable a los teletrabajadores. Si bien, y dada la ausencia física del trabajador del local de trabajo, cobrarán especial importancia las relativas al control de su actividad y/o del tiempo de trabajo.

El artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores establece que “el empresario podrá adoptar las medidas de vigilancia y control que estime más oportunas para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales...”.

Como ha señalado la Agencia Española de Protección de Datos:

[...] cuando para el desarrollo de la función empresarial se utilizan las tecnologías de la información, las posibilidades de repercusión en los derechos de los trabajadores se multiplican. Pueden citarse entre otros, los controles biométricos como la huella digital, la videovigilancia, los controles sobre el ordenador, - como las revisiones, el análisis o la monitorización remota, la indexación de la navegación por Internet, o la revisión y monitorización

del correo electrónico, y/o del uso de ordenadores-, o los controles sobre la ubicación física del trabajador mediante localización.¹⁷

En casi todos estos supuestos se tratan datos personales, por lo que es necesario cumplir los principios de protección de datos.

En España, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007, dictada en un Recurso para la Unificación de Doctrina, viene a confirmar la obligación de informar al trabajador sobre las reglas de uso del ordenador y los controles que sobre los mismos efectuará el empresario, dentro del poder que le confiere el artículo 20.3 del Estatuto de los trabajadores, así el fundamento jurídico cuarto señala que:

CUARTO.- El control del uso del ordenador facilitado al trabajador por el empresario no se regula por el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, sino por el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y a este precepto hay que estar con las matizaciones que a continuación han de realizarse. La primera se refiere a los límites de ese control y en esta materia el propio precepto citado remite a un ejercicio de las facultades de vigilancia y control que guarde 'en su adopción y aplicación la consideración debida' a la dignidad del trabajador, lo que también remite al respeto a la intimidad en los términos a los que ya se ha hecho referencia al examinar las sentencias del Tribunal Constitucional 98 y 186/2000. En este punto es necesario recordar lo que ya se dijo sobre la existencia de un hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a los trabajadores. Esa tolerancia crea una expectativa también general de confidencialidad en esos usos; expectativa que no puede ser desconocida, aunque tampoco convertirse en un impedimento permanente del control empresarial, porque, aunque el trabajador tiene derecho al respeto a su intimidad, no puede imponer ese respeto cuando utiliza un medio proporcionado por la empresa en contra de las instrucciones establecidas por ésta para su uso y al margen de los controles previstos

¹⁷AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. **Guía:** La protección de datos en las relaciones laborales. 2009. Disponible em: <http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/GUIA_RelacionesLaborales.pdf>

para esa utilización y para garantizar la permanencia del servicio. **Por ello, lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios -con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales- e informar a los trabajadores de que va existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como de las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones.**¹⁸ De esta manera, si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado 'una expectativa razonable de intimidad' en los términos que establecen las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de junio de 1997 (caso Halford) y 3 de abril de 2007 (caso Copland) para valorar la existencia de una lesión del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos. (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2007).

Por su parte, el control de llamadas es lícito siempre y cuando se sea proporcionado y se controlen exclusivamente las llamadas de carácter profesional. En todo caso, el trabajador deberá siempre estar informado de la existencia de este control.

En cuanto a la instalación de videocámaras, solo sería lícito en los supuestos en que fuese necesario para asegurar los bienes de la empresa. En aquellos supuestos en los que el control pudiese ser ejercido por un medio menos invasivo, se optaría por esta opción. En caso contrario, las videocámaras deberían ser instaladas en lugares donde no se desarrolle vida familiar y la conexión debería ser realizada durante las horas en las que se está trabajando.

De otra parte, en el seno del Grupo de Berlín¹⁹, se ha abordado la problemática derivada del uso de las nuevas tecnologías de la información y las telecomunicaciones dentro del lugar de trabajo caracterizada, al menos potencialmente, por la indudable generación de información acerca de los trabajadores.

¹⁸El subrayado es nuestro.

¹⁹GRUPO DE TELECOMUNICACIONES DE BERLÍN. **International Working Group on Data Protection in Telecommunications: IWGDPT**. Este grupo se creó en 1983, a iniciativa de la autoridad de protección de datos del Länder de Berlín, donde tiene su sede, y lo novedoso, frente a otros grupos de trabajo es que agrupa junto a representantes de las

En su documento “Informe y Recomendaciones sobre las Telecomunicaciones y la Privacidad en las relaciones laborales”, el Grupo analiza los riesgos inherentes al control y vigilancia de los empleados a través de las modernas Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, que suponen en muchas ocasiones una intrusión en su privacidad.

La protección de los datos personales de los trabajadores tanto “en el lugar de trabajo”, como en su propio domicilio, a consecuencia de la extensión del denominado “Teletrabajo”, justificaron que el Grupo se definiera mediante el dictado de una serie de Recomendaciones, dirigidas a establecer los requisitos y condiciones necesarios que deberían ser respetados en la recogida de datos a través de los dispositivos propios de las nuevas tecnologías.

En dicho documento se “informa” sobre los métodos de recogida de datos más comunes utilizados en el seno de las organizaciones empresariales, tales como los dispositivos magnetofónicos, audio-visuales, transmisores de infrarrojos, identificadores de datos biométricos, dispositivos de videovigilancia, y comunicaciones electrónicas, alertando sobre los riesgos y perjuicios que el uso desviado de dichos medios puede ocasionar al trabajador.

8 Referências

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. **Guía:** La protección de datos en las relaciones laborales. 2009. Disponível em: <http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/GUIA_RelacionesLaborales.pdf>

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. **Guía:** Videovigilancia. 2009. Disponível em: <https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/pdfs/guia_videovigilancia.pdf>

GONZALEZ, Agustín. **Un acuerdo europeo sobre las condiciones del teletrabajo.** Disponível em: <<http://www.istas.net/pe/articulo.asp?num=19&pag=19&titulo=Un-acuerdo-europeo-sobre-las-condiciones-del-teletrabajo.>>

GRUPO DE TELECOMUNICACIONES DE BERLÍN. **International Working Group on Data Protection in Telecommunications: IWGDPT**

autoridades de control de un gran número de Estados, a representantes de organizaciones internacionales públicas y privadas, y a representantes de los sectores industriales implicados. Es un foro de trabajo abierto que pretende debatir sobre las implicaciones del uso de las telecomunicaciones en la esfera privada de los individuos, anticipándose a los problemas que se plantean en la práctica. Disponível em: GRUPO DE TELECOMUNICACIONES DE BERLÍN. **International Working Group on Data Protection in Telecommunications: IWGDPT.** Disponível em: <https://www.agpd.es/portalwebAGPD/internacional/Europa/grupos_de_trabajo_y_cooperacion/index-ides-idphp.php>

Disponível em: <https://www.agpd.es/portalwebAGPD/internacional/Europa/grupos_de_trabajo_y_cooperacion/index-ides-idphp.php .>

SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro. A proteção dos dados pessoais dos trabalhadores: perspectiva comunitária europeia. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Campinas**, n. 30, p. 153-160, 2007.

SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro. La protección de los datos genéticos, en derecho y conocimiento. **Anuario Jurídico Sobre la Sociedad de la Información**, v. 3, p. 1-23, 2006.

SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro. El control de la Red. **Diario La Ley**, 30 de diciembre de 2002.

Trabalho do Meio Científico

OS DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS E A NECESSÁRIA RELEITURA DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO DO TRABALHO: princípios da irrenunciabilidade, da primazia da realidade e da continuidade

CONTEMPORARY CHALLENGES AND THE REQUIRED READING OF THE PRINCIPLES OF LABOR LAW: principles of unbreakability, the primacy of reality and continuity”

Daniel Gemignani*

Resumo: O presente trabalho tem por finalidade revisitar os princípios consagrados do direito do trabalho, propor novas abordagens e desafios às discussões já conhecidas e travadas doutrinariamente nessa seara. Tem, para tanto, por pretensão, o confronto entre as formulações teóricas, as contingências da atuação prática e as disposições legais positivadas, tendo-se em vista os desafios representados pelo descompasso entre o sistema normativo e as demandas sócio-laborais. Busca-se, assim, instigar discussões sobre o tema, seja por meio da releitura crítica dos princípios da irrenunciabilidade, da primazia da realidade e da continuidade, seja através da elaboração de proposições e adequações ao tema.

Palavras-chave: Princípio do direito do trabalho. Teoria. Discussão. Aplicabilidade.

Abstract: The present essay aims to reconsider and propose different approaches to the ordinary conception of the principles endorsed by labour law, raising new elements and questions to the doctrine. Given the prevailing dissemblance between enforceable rules and social and labour demands, labour law principles should, from the perspective of this paper, confront the idiosyncrasies of theoretical formulations, practice and infralegal framework. The conclusion of such analysis focuses on how to foster the discussions on this subject, whether through critical rereading of the principles of labour law, or by developing new propositions and adjustments.

Keywords: Labour law principle. Theory. Discussion. Applicability.

*Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Auditor-Fiscal do Trabalho (AFT), especializando em Auditoria Fiscal em Saúde e Segurança no Trabalho pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). O presente trabalho decorreu da participação, como aluno especial, na matéria Teoria Geral do Direito do Trabalho, no Curso de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo, sob a coordenação dos professores Nelson Mannrich, Sérgio Pinto Martins, Ari Possidonio Beltran e Antoine Jeammaud.

1 Introdução

O dinamismo e a capacidade de oferecer respostas são, de há muito, características indelévels e distintivas da ciência jurídica, tendo em vista a adaptabilidade própria de seu objeto à sociedade e às mudanças sociais. Pretender e reconhecer essa adaptabilidade são, assim, pressupostos de todo e qualquer instituto ou teoria jurídica, os quais são, em razão disso, diuturnamente desafiados pelos pensadores jurídicos. Nesse contexto, portanto, é que se coloca o presente trabalho, que tem por proposta a apresentação de novos elementos às discussões travadas no âmbito dos princípios **consagrados**¹ do direito do trabalho, mais especificadamente, dos princípios da irrenunciabilidade, da primazia da realidade e da continuidade.

Primeiramente, contudo, mister se faz esclarecer que a defesa de uma revisitação de posicionamentos não significa a proposição inconsequente de formas de aviltamento da condição humana do trabalhador. Distante de rotulações singelas, cumpre sublinhar que o questionar e o desafiar são próprios de qualquer estudo que, ainda que apresente proposta diversa², não nega ou desprestigia quaisquer posições contrárias. Logo, a pretensão deste estudo é a colocação de novas perspectivas e questionamentos sobre matérias há muito tratadas com relativa uniformidade, a despeito de serem os princípios fundamentais na conformação e compreensão de todo o ramo jurídico trabalhista – trata-se, desta feita, de uma proposta de adequação por ajuste, não por submissão³.

Assim, a ordem jurídica fundada pela Constituição Cidadã⁴ de 1988, bem como as alterações empreendidas no ramo até então

¹Diz-se **consagrados** na medida em que não há, objetivamente, uma tipologia dos princípios trabalhistas. Cada doutrinador, julgador ou operador do direito os classificam e os elencam ao seu talante, não havendo como se apresentar um rol fechado. Assim, a despeito dos debates que se pode fazer, na esteira do movimento de crítica ao denominado pan-principiologismo (o termo foi o mote das discussões apresentadas durante o primeiro dia de debates do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional, promovido pela ABDCConst, em maio de 2010, Curitiba, Paraná, tendo como palestrantes Lênio Luiz Streck, com a apresentação “A Resposta Hermenêutica ao **Pan-principiologismo em terrae brasilis**” e Luigi Ferrajoli, com a apresentação “Constitucionalismo Garantista”), entendeu-se por identificar os princípios objeto do presente trabalho como consagrados, sem que isso pretenda significar a exclusão, *a priori*, da identificação de outros princípios, também, como consagrados.

²GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 113: “Apesar dos aspectos naturais positivos dessa evolução, é possível o surgimento de posicionamentos que, a pretexto de mais modernos, acabem por afrontar valores e ideias essenciais para a sociedade. Isso é bem nítido justamente no Direito do Trabalho, em que certas teses – como a flexibilização das relações de trabalho, reduzindo direitos trabalhistas, e a desregulamentação do Direito do Trabalho – passam a colidir com a própria essência, a origem histórica, os objetivos e as razões de existir deste ramo do direito.”

³JEAMMAUD, Antoine. A questão do futuro do direito do trabalho: visão da Europa. In: JEAMMAUD, Antoine; REZENDE, Joaquim; FRAGALE FILHO, Roberto. **Trabalho, cidadania & magistratura**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2000, p. 89/90.

⁴O termo foi apresentado primeiramente quando do discurso proferido pelo deputado Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, por ocasião da promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988: “A exposição panorâmica da lei fundamental que

autônomo⁵ do direito do trabalho, com o reconhecimento das relações de trabalho não subordinado como matéria afeta à competência da Justiça do Trabalho, pela EC n. 45 de 2004, são os marcos normativos principais e justificadores da discussão que se irá empreender. Principais, pois são a Constituição e a EC n. 45/2004 marcos inquestionáveis de grandes alterações na seara trabalhista, seja na ampliação/confirmação de direitos, com a constitucionalização do direito do trabalho, seja pelo seu fortalecimento, com o reconhecimento de que não só o trabalho subordinado é objeto de estudo da ciência laboral. Justificadores, porque são esses marcos normativos identificadores dos momentos a partir dos quais se pode fincar a relevância das questões que aqui se irá apresentar, haja vista que elucubrações teóricas encontram maior repercussão quando amparadas em modificações legislativo-constituintes decorrentes de alterações nas condições sociais.

Desta forma, tem este trabalho a pretensão de desafiar as concepções tradicionais a respeito dos princípios objeto deste estudo quando em comparação com as contingências contemporâneas, não buscando, contudo, refutar ideias, mas propor novas perspectivas quando da abordagem de institutos fundamentais⁶ de todo um ramo jurídico, que ao mesmo tempo em que asseguram direitos aos indivíduos ou coletividades, determinam deveres àqueles relacionados e responsáveis pela relação jurídica base. Nesse sentido, serão diretrizes deste trabalho discutir: (i) a necessidade de adequação dos princípios aqui tratados às fontes matérias do direito que os influem e conformam⁷; (ii) a fixação de um critério para a aplicação dos princípios de modo a equilibrar a realização de uma prestação jurisdicional justa, possibilitada pela plasticidade dos princípios, a uma ordem jurídica segura e previsível; e (iii) a atenção do direito do trabalho às relações de trabalho não subordinado.

hoje passa a reger a Nação permite conceituá-la, sinoticamente, como a Constituição coragem, a Constituição cidadã, a Constituição federativa, a Constituição representativa e participativa, a Constituição do Governo síntese Executivo-Legislativo, a Constituição fiscalizadora.”

⁵A questão da autonomia do direito do trabalho frente aos desafios contemporâneos é tema abordado, sob perspectiva singular, por RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1003.

⁶A utilização do termo **fundamentais** se justifica na medida em que se assume como conceito de princípios aquele proposto por Celso Antonio Bandeira de Mello, qual seja, “princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhe o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico”. MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 53.

⁷Neste ponto acompanhamos a doutrina majoritária no que se refere à classificação dos princípios como fontes formais do direito, tendo-se em vista a prescrição contida no art. 8º da CLT. Cabe aqui observar, contudo, que a posição adotada por Américo Plá Rodriguez não se distancia da defendida pela doutrina majoritária brasileira, a despeito de classificar os princípios, tendo por base o caso uruguaio, como fonte apenas material do direito. A razão para isso é singela, mas interessante. É que a conclusão alcançada pelo eminente professor, tal qual a adotada no Brasil, tem por fundamento a legislação local, que no caso uruguaio não prevê os princípios como fonte formal do direito. Assim, de forma reflexa, por meio da doutrina – fonte formal do direito uruguaio, conforme expressa previsão positivada – chega-se a conclusão de que os princípios são fonte de direito, mas apenas material, na medida em que influenciariam a criação das fontes

Para tanto, cada um dos princípios será apresentado individualmente, com a discussão acerca de seu conteúdo sendo pautada pelas diretrizes apresentadas e naquilo que pertinente. Assim, será seguida a ordem mencionada ao final do primeiro parágrafo desta introdução, iniciando-se o segundo capítulo com o princípio da irrenunciabilidade para, depois, apresentarmos o princípio da primazia da realidade e, ao final, no quarto capítulo, tratarmos do princípio da continuidade. Por derradeiro, encerra-se este trabalho com as conclusões alcançadas.

Portanto, apresentado o tema e fixadas as diretrizes sobre as quais ele irá se desenvolver, postos estão os elementos para análise, a qual, sublinha-se, tem a pretensão maior de apresentar discussões e fazer proposições sem a marca da definitividade ou imutabilidade, visando precipuamente uma revisitação propositiva de questões tão importantes, fundamentais e caras ao ramo juslaboralista.

2 Princípio da irrenunciabilidade

Preliminarmente, antes de adentrarmos às questões atinentes ao princípio ora tratado, imperioso se faz assentar algumas considerações a respeito de seu *nomen jures*. Como é cediço em direito, nesta questão também não há unanimidade doutrinária a respeito, assumindo a doutrina majoritária o termo **princípio da irrenunciabilidade**, havendo, contudo, quem adote designação diversa. A falta de um nome aceito, no entanto, transcende as barras do formalismo, na medida em que encerra concepções diversas acerca da extensão e conteúdo do princípio. Portanto, fixar uma nomenclatura, mais do que a busca de rotulação de algo, significa apresentar sinteticamente o que se entende e se espera do instituto. Assim, passemos às considerações pertinentes.

Aduz a doutrina majoritária, nas palavras de Américo Plá Rodriguez, tratar-se o princípio da irrenunciabilidade de “(...) impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio.”⁸

De outra banda, doutrinadores defendem posição ligeiramente diversa, ampliando o conteúdo do princípio da irrenunciabilidade. Entende Maurício Godinho Delgado que o **princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas**:

formais. RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 48/49: “A única função de caráter normativo que exercem [os princípios] é operar como fonte supletiva em caso de lacuna da lei. E essa função exercem não por serem princípios, mas por constituir uma expressão da doutrina. (...) Mais do que uma fonte, os princípios são emanações das outras fontes do direito. Os princípios aparecem envoltos e expressos por outras fontes. Além disso, porém, exercem uma função inspiradora e guiadora na interpretação do juiz que ultrapassa a função de fonte de direito e os situa em outro plano. Podem ser fontes materiais do direito, mas não formais.”

⁸RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 142.

[...] traduz a inviabilidade técnico-jurídica de poder o empregado despojar-se, por sua simples manifestação de vontade, das vantagens e proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e o contrato

e continua,

[...] isso significa que o trabalhador, quer por ato individual (renúncia), quer por ato bilateral negociado com o empregador (transação), não pode dispor de seus direitos laborais, sendo nulo o ato dirigido a este despojamento⁹.

Cabe, neste ponto, fazermos apenas uma distinção de conceitos para que a questão fique mais clara. Assim, distinguem-se os termos **renúncia** de **transação** e, ambos, do termo **acordo**. Renúncia e transação são institutos que se referem, respectivamente, à unilateralidade e à bilateralidade na disposição de direitos. Desta forma, enquanto que na renúncia uma pessoa se propõe a não reivindicar determinado direito, na transação, duas ou mais pessoas, ligadas por uma relação jurídica base, propõem-se, mutuamente, a não reivindicarem determinados direitos. Sublinha-se que a utilização do verbo **propor** foi intencional, buscando-se, com isso, salientar a distinção e as considerações que se seguirão. Por fim, o **acordo**, diferentemente, apresenta-se num momento seguinte, e se refere à aceitação da **renúncia** ou **transação** propostas. Disso se conclui que se pode pretender renunciar a um direito, sem que a contraparte com isso concorde, bem como se pode pretender transacionar, sem que as partes envolvidas concordem com os termos da transação. Um instituto não se confunde com o outro e, a despeito de relacionados – seja essa relação advinda da lei ou do contrato -, devem ser observados em suas particularidades.

Assim, diante de todo o apresentado, pode-se agora analisar o que prescrevem os artigos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) tidos como fundamento da ideia do **princípio da irrenunciabilidade**, a fim de que, com os elementos necessários em mãos, possamos passar à análise propriamente dita:

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho **podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha** às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

[...]

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho **só é lícita a alteração** das respectivas condições **por mútuo consentimento**, e ainda assim desde que não resultem,

⁹DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 186 e 201.

direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia. (grifos nossos)

Depreende-se dos mencionados dispositivos três importantes características: (i) a liberdade contratual é a regra, podendo as partes dispor livremente, desde que isso não contrarie determinados requisitos. É, às claras, a ideia de legalidade privada e de liberdade individual, presentes nos arts. 1º, inciso IV, e 5º, incisos II e XIII, ambos da Constituição, de que aos particulares é lícito fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, em evidente distinção da legalidade pertinente à administração pública, constante do art. 37, *caput* do mesmo diploma, no sentido de que só é permitido fazer o que a lei determina¹⁰. A lógica constitucional e celetista é outra, em abono de uma liberdade individual submetida a regramento específico; (ii) a admissão de que alteração contratual é lícita quando realizada **por mútuo consentimento**, isto é, **por acordo**. Não existe, assim, como ocorre, por exemplo, nos contratos administrativos, a possibilidade de cláusulas exorbitantes ou de alteração unilateral. Seja, portanto, por transação ou renúncia, a alteração é lícita, desde que acordada; e, por fim, (iii) admitem-se alterações, desde que isso não implique em prejuízos ao empregado.

Cabe, aqui, fazermos uma colocação no que se refere à aplicação dos arts. 444 e 468 não só às relações individuais de emprego, mas também às relações coletivas, na medida em que os parâmetros fixados por esses artigos vêm no sentido de integrar a abertura possibilitada pelo art. 7º, inciso XXVI da CF de 1988. Em corroboração à extensão das disposições celetistas individuais às coletivas indicamos importantes mudanças ocorridas na jurisprudência do TST, que abaixo iremos abordar.

Assim, da análise dos conceitos apresentados pela doutrina, quando em comparação com as disposições legais, transparece que, deveras, há um descompasso entre o que se supõe ser o princípio da irrenunciabilidade e o que preconiza o ordenamento jurídico. Nota-se que a lei não está a tratar de uma **irrenunciabilidade - ou indisponibilidade** - propriamente dita. Pelo contrário, está-se a estabelecer critérios para o acordo, a disposição, seja ela uma renúncia ou uma transação.

Trata-se, portanto, não de **irrenunciabilidade ou indisponibilidade**, mas de **disponibilidade regrada**, tendo por norte a proteção do empregado sem, contudo, olvidar a análise do caso concreto. Desta feita, pode-se inferir que há a possibilidade de disposição - renúncia ou transação -, desde que acordada, e, obviamente, sejam observados certos critérios, do que se pode concluir se tratar, portanto, de um princípio da **disponibilidade regrada** (arts. 444 e 468 da CLT).

¹⁰SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 159.

Os direitos trabalhistas, assim, como direitos patrimoniais, não são indisponíveis em regra e *a priori*, mas, pelo contrário, têm sua **disponibilidade regrada**, estando, portanto, em consonância com todos os outros princípios, principalmente aqueles constitucionais, como os que asseguram a dignidade da pessoa humana e o direito à propriedade. Todos esses princípios, quando aplicáveis, não assumem natureza absoluta, mas relativizam-se na medida em que necessitam se justapor uns aos outros. Quanto ao primeiro, a dignidade da pessoa humana, *exempli gratie*, princípio central e formador de todo o ordenamento jurídico, não foi o bastante sua fundamentalidade para arrebatá-las mentes na defesa de que ao Estado caberia **proibir** pessoas de se submeterem a situações de indignidade, como as dos **catadores de lixo em lixões** e a dos **moradores de rua em situação de absoluta indigência**¹¹. Já quanto ao segundo, nota-se previsão constitucional expressa no sentido de que o direito à propriedade é direito fundamental, sendo o dever de sua proteção pelo Estado a contraface causal necessária. Contudo, e apesar disso, ninguém há de sugerir seja **irrenunciável** o direito à propriedade, *a priori*, sendo consagrados os institutos da *res derelicta* e do usucapião. Ademais, até o TST, quando da edição da Orientação Jurisprudencial n. 153 da SDI-2, entendeu relativizar a essencialidade do crédito laboral ao reconhecer ser absolutamente impenhorável, por exemplo, valor depositado em poupança de devedor trabalhista, seja qual for a condição do empregado credor.

A questão não é de todo despicienda, e o pressuposto identificado não se afasta de conclusões a que se pode chegar quando da ponderação entre os princípios envolvidos, quais sejam, a preservação da liberdade individual e da legalidade, próprios de um Estado de Direito, e a promoção da dignidade da pessoa humana, corolário de um Estado Social. O giro copérnico empreendido pela mudança de perspectiva que se propõe, de **irrenunciabilidade/indisponibilidade** para **disponibilidade regrada**, acredita-se, vem ao encontro dos textos constitucional e legal, não podendo, ademais, ser tido singelamente como precarizante ou flexibilizador *in pejus*.

O tratamento do tema, portanto, não pode ser superficial, tendo o giro proposto implicações relevantes. A pressuposição de que a liberdade é a regra evita, a título de exemplo, a assunção levantada por alguns doutrinadores no sentido de que a prescrição seria instituto

¹¹É comum se apresentar, quando da defesa da indisponibilidade do princípio da dignidade da pessoa humana, caso julgado na França pelo Conselho de Estado em que se proibiu o “arremesso de anão” como atividade realizada em um estabelecimento de entretenimento, mesmo que essa atividade contasse com a anuência dos anões arremessados, haja vista a indisponibilidade da dignidade da pessoa humana, algo pertencente a todos, e não apenas aos indivíduos, singularmente. Atualmente, contudo, parece que as virtudes da mencionada decisão não são largamente aceitas pela sociedade e pelos tribunais, não havendo como se sustentar a indisponibilidade de um princípio em momento no qual a sociedade ainda admite como “naturais” exemplos como os citados no texto.

incompatível com o direito do trabalho. Indagam-se seus defensores: ora, se os direitos trabalhistas são irrenunciáveis, como se admitir a prescrição da pretensão sobre os créditos laborais? À parte considerações que se possa fazer¹², entendemos ser a lógica diversa, na medida em que o questionamento levantado trai-se por seus próprios fundamentos. Não são os direitos trabalhistas singelamente irrenunciáveis, mas sim, disponíveis desde que atendidos requisitos estabelecidos em lei. A prescrição, a seu turno, não consiste em instituto formulado em afronta aos direitos do trabalhador, mas em atenção a um Estado de Direito que se pretende Democrático, logo, estável, previsível e equilibrado¹³. A revisitação da **irrenunciabilidade**, assim, é questão necessária, que deve ser feita de forma parcimoniosa, refletindo preceitos constitucionais e legais coexistentes.

Neste ponto mostra-se interessante mencionar o julgado da Suprema Corte Americana acerca da questão, principalmente no que se refere à argumentação desenvolvida. Trata-se do caso **Lochner vs. People of the State of New York** (198 U.S. 45 - 1905), no qual se discutiu até que ponto pode o Estado legislar sobre limites da jornada de trabalho sem que isso signifique a intervenção indevida estatal no direito individual de livremente contratar. A decisão, a despeito das críticas contemporâneas que se pode fazer, traz importantíssimas questões de fundo relativas (i) ao pressuposto de que a regra é, num Estado de Direito capitalista (como é o Brasil, arts. 1º, *caput* e inciso IV e 170, *caput* e parágrafo único, ambos da CF)¹⁴, a liberdade individual, e, (ii) a tutela cega e paternalista do indivíduo nem sempre se faz em seu benefício, devendo-se, assim, considerar que as intervenções estatais não podem olvidar as contingências individuais ou coletivas dos supostamente tutelados¹⁵. O Estado, assim, não deve se arvorar na condição de único protetor de direitos.

¹²CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do Trabalho**: livro eletrônico. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/arquivos/direito_do_trabalho/iViewerRuntime.html> Acesso em 15 ago. 2011, p. 74 e, RUPRECHT, Alfredo J., **Os princípios do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995, p. 48.

¹³AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2006, p. 19: “A segurança jurídica, significando a estabilidade nas relações e a garantia de sua permanência, justifica o formalismo no direito e encontra no positivismo o seu principal fundamento teórico. (...) Constitui-se, por isso, no mais antigo valor, na premissa de todas as civilizações.”

¹⁴SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 793: “A liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato. Consta do art. 170, como um dos esteios da ordem econômica, assim como de seu parágrafo único, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo casos previstos em lei.” No mesmo sentido, MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1404.

¹⁵Exemplo indiscutível refere-se à alteração de posicionamento empreendida pelo TST ao editar o inciso II da Orientação Jurisprudencial n. 342 da SDI-I, atendendo, assim, as contingências e particularidades de uma categoria, sem que isso significasse a depreciação de sua condição ou a efetiva derrogação de um direito.

Dessa forma, em posicionamento desafiador, mas consentâneo com o espírito liberal reinante à época, posteriormente alterado pela jurisprudência da Corte, fixou-se entendimento no sentido de que o Estado havia interferido indevidamente na esfera de livre negociação entre trabalhador/empregador, na medida em que a fixação legal de jornada ao empregado – um padeiro – do autor da demanda – seu empregador – não teria o condão de proteger sua saúde ou algum interesse social, mas, pelo contrário, estava a impedir que o empregado pudesse auferir maiores ganhos com a prestação de seu labor por jornada superior à legal¹⁶. Assim, por não se mostrar **razoável** a regulamentação por demais invasiva de determinada categoria, entendeu a Corte haver excesso por parte do Estado, que estava a restringir a possibilidade de que empregado e empregador acordassem acerca da melhor forma com que os serviços poderiam ser prestados e, por consequência, retribuídos.

Observa-se que não se está a defender, com a apresentação do julgado, a desregulamentação do direito do trabalho – a despeito de não serem poucos os debates e propostas legislativas e negociais nesse sentido. Como citado acima, mais que o desfecho – compreensível à época em que prolatada a decisão –, interessante é a discussão de fundo, em que se empreendeu um embate de ideias e posições, razão pela qual pode ser considerado para o presente debate, em que não se faz uma proposição absolutamente inédita, mas se pretende revisitar um conceito que há muito requer ser repensado¹⁷.

¹⁶Excerto extraído da decisão da Suprema Corte, apresentada pelo Justice Peckham: “The question whether this act is valid as a labor law, pure and simple, may be dismissed in a few words. There is no reasonable ground for interfering with the liberty of person or the right of free contract, by determining the hours of labor, in the occupation of a baker. There is no contention that bakers as a class are not equal in intelligence and capacity to men in other trades or manual occupations, or that they are not able to assert their rights and care for themselves without the protecting arm of the state, interfering with their independence of judgment and of action. They are in no sense wards of the state. Viewed in the light of a purely labor law, with no reference whatever to the question of health, we think that a law like the one before us involves neither the safety, the morals, nor the welfare, of the public, and that the interest of the public is not in the slightest degree affected by such an act. The law must be upheld, if at all, as a law pertaining to the health of the individual engaged in the occupation of a baker. It does not affect any other portion of the public than those who are engaged in that occupation. Clean and wholesome bread does not depend upon whether the baker works but ten hours per day or only sixty hours a week. The limitation of the hours of labor does not come within the police power on that ground. It is a question of which of two powers or rights shall prevail, the power of the state to legislate or the right of the individual to liberty of person and freedom of contract. The mere assertion that the subject relates, though but in a remote degree, to the public health, does not necessarily render the enactment valid. The act must have a more direct relation, as a means to an end, and the end itself must be appropriate and legitimate, before an act can be held to be valid which interferes with the general right of an individual to be free in his person and in his power to contract in relation to his own labor.”

¹⁷Trabalho crítico a respeito da forma como tratado o princípio da irrenunciabilidade, apresentando novos contornos sob a perspectiva das teorias de *law and economics*, pode ser encontrada em PEDROSO, Marcelo Batufira da C. Losso. **Liberdade e irrenunciabilidade no direito do trabalho**: do estudo dos princípios à *economic analysis of law* aplicados ao direito do trabalho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fábris Editor, 2005.

Portanto, mais do que singelamente proibir, ou supor por prejudicial, em todo e qualquer acordo em matéria trabalhista, deve-se, de forma mais atenta ao que aduz a lei e a Constituição, permitir haja a possibilidade de **renúncia** e de **transação acordadas**, desde que, obviamente, sejam cumpridos certos requisitos. A lógica, contudo, se inverte. De uma presunção de nulidade, para uma de validade.

Fixado o pressuposto inicial, passa-se então a tecer considerações acerca daquilo que se pode ter como conteúdo do princípio aqui em estudo. Para tanto, acreditamos, deve-se focar nos reais requisitos legais, quais sejam: (i) deve haver acordo não viciado entre empregado e empregador, seja em caso de renúncia ou de transação; (ii) não deve acarretar o acordo prejuízos ao empregado¹⁸; e, (iii) não deve o acordado contrariar nenhuma disposição legal.

Uma leitura atenta dos requisitos apresentados, extraídos dos arts. 444 e 468 da CLT, revela a grande complexidade envolvida. Como garantir que o empregado exerceu sua liberdade individual de maneira lisa e consciente ao acordar? A celebração de acordos em Comissões de Conciliação Prévia (CCPs) ou em sede de juízo arbitral são, realmente, prejudiciais? O que diferiria um acordo firmado em juízo de um firmado em outras instâncias de deliberação? O que seria um acordo prejudicial ao empregado? Seria a redução temporária salarial, possibilitada pelo art. 7º, inciso VI da Constituição, um acordo *in pejus*? Como saber se um acordo não contraria, efetivamente, nenhuma disposição legal? As respostas a essas dúvidas não são simples, mas, nota-se, a forma como elas vêm sendo abordadas não parece a mais adequada.

As perguntas acima colocadas e a afirmação de que as respostas atualmente apresentadas não se mostram adequadas, têm por objetivo evidenciar a falta de coerência no trato da questão relativa ao **princípio da irrenunciabilidade** ou, para nós, da **disponibilidade regrada**. Por que só se admitir o acordo homologado em juízo, sob o pretexto de que defronte ao Judiciário vícios e aviltamentos seriam evitados¹⁹, quando se colhem aos baldes decisões, Súmulas e Orientações Jurisprudenciais (OJs) no sentido

¹⁸Diferentemente do que aduz parte da doutrina (GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 116), não parece possa se admitir a hipótese de acordo *in pejus*, ou menos benéfico ao trabalhador, na medida em que a lei veda, expressamente, acordos – renúncia ou transação – que prejudiquem o empregado. Nessa toada, até mesmo questões que *prima facie* sugeririam uma prejudicialidade devem, na realidade, ser analisadas considerando-se as razões e as circunstâncias do acordo, a fim de se apurar se prejudicial realmente é. É o exemplo da redução salarial por negociação coletiva com a finalidade de se evitar dispensas durante período de instabilidade econômica. O que, aparentemente, seria prejudicial é, na realidade, benéfico aos empregados, que em troca de uma redução temporária em seus salários, terão assegurados os seus empregos. A questão da prejudicialidade, portanto, não deve ser analisada de forma singela, mas considerando-se as circunstâncias do acordo e do contexto em que realizado.

¹⁹MARTINS, Sérgio Pinto. **Curso de Direito do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 62: “Poderia, entretanto, o trabalhador renunciar aos seus direitos se estiver em juízo, diante do juiz do trabalho, pois nesse caso não se pode dizer que o empregado esteja sendo forçado a fazê-lo. Estando o trabalhador ainda na empresa é que não se poderá falar em renúncia a direitos trabalhistas, pois poderia dar ensejo a fraudes. (...)”

de se admitir disposições não albergadas pelo ordenamento jurídico? A título de exemplo, citam-se: (i) a possibilidade de fixação, via negociação coletiva, de horas *in itinere* média, em interpretação extensiva do art. 58, §3º da CLT, que, por seu texto, se restringe às micro e pequenas empresas; (ii) a possibilidade de que o empregado escolha um entre os regulamentos de empresa coexistentes, sendo que a sua escolha implica a renúncia aos direitos e garantias deferidos pelo outro regulamento, nos termos da Súmula n. 51 do TST, inciso II; (iii) a admissão, via negociação coletiva, de que seja extrapolada a duração máxima semanal prescrita pela Constituição, de 44 horas, desde que haja compensação na semana seguinte, validando a denominada **semana espanhola**, nos termos da OJ n. 323 da SDI-1; e, por fim, (iv) a descaracterização da natureza salarial da participação nos lucros e resultados (PLR) quando negociada em desconformidade aos requisitos prescritos em lei, nos termos da OJ Transitória n. 73 da SDI-1.

De outra banda, cumpre salientar as recentes alterações empreendidas pelo TST²⁰ em sua jurisprudência sumulada, o que, ainda que não satisfativa das incongruências apresentadas, vêm no sentido de fortalecer a tese aqui sustentada, qual seja, de que a **disponibilidade regrada**, nos termos dos arts. 444 e 468 da CLT, tem como requisito o pressuposto de que o acordo não deve acarretar prejuízos ao empregado, seja esse acordo individual ou fruto de uma negociação coletiva. Nesse sentido é o cancelamento da Súmula n. 349 do TST, que previa a dispensa de inspeção prévia, nos termos do art. 60 da CLT, caso a prorrogação de jornada em ambiente insalubre fosse objeto de negociação coletiva, e o cancelamento do inciso II da Súmula n. 364 do TST, que previa a possibilidade de se fixar adicional de periculosidade em percentual inferior ao mínimo legal, desde que proporcional ao tempo de exposição do empregado ao risco. Ambas as alterações, assim, em abono ao critério legal celetista, vêm ao encontro do aqui propugnado, isto é, do reconhecimento de que pode ocorrer a disponibilidade de direitos, individual ou coletivamente, desde que esta cumpra determinados requisitos, os quais estão expressamente positivados pela CLT.

Ademais, como saber que um **acordo** é, realmente, prejudicial ao empregado? O afã tutelar estatal muitas vezes olvida as contingências da vida real, nivelando situações que, por sua dinâmica, podem apresentar outras soluções. Exemplo disso é a sucessão empresarial e a manutenção do contrato de trabalho²¹. A doutrina nacional é praticamente uníssona²² no

²⁰ Alterações discutidas no bojo de processo de revisão realizado durante o período de 16 a 20 de maio de 2011 e publicadas no DJe em 30 de maio de 2011.

²¹ A hipótese aqui suscitada foi apresentada pelo professor Antoine Jeammaud durante as aulas ministradas na matéria Teoria Geral do Direito do Trabalho, no Curso de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo, durante o primeiro semestre de 2011, sob a coordenação dos professores Nelson Mannrich, Sérgio Pinto Martins, Ari Possidonio Beltran e Antoine Jeammaud.

²² Por todos, DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 386: “Sucessão de empregadores é a figura regulada pelos artigos 10 e 448 da CLT. Consiste no instituto trabalhista em virtude do qual se opera, no contexto da transferência de titularidade da empresa ou estabelecimento, uma completa transmissão de créditos e assunção de dívidas trabalhistas entre alienante e adquirente envolvidos.”

sentido de que a alteração subjetiva da figura do empregador não implica na rescisão do contrato de trabalho, salvo hipótese excepcional (art. 483, § 2º da CLT). Interpretam-se os arts. 10 e 448 da CLT pressupondo-se ser melhor para o empregado a manutenção de seu contrato de trabalho, como que o tutelando. Contudo, não percebem os defensores dessa posição que a sucessão, muitas vezes, pode ser prejudicial ao empregado, na medida em que a sucessora pode não compartilhar dos ideais ou projetos da sucedida, o que, obviamente, redundará num prejuízo ao empregado, que não mais partilhará das convicções de seu empregador e, ao fim e ao cabo, acabará por rescindir o seu contrato de trabalho. Nesse sentido, por que não se admitir que possa a sucessão de empresas não ter por consequência inevitável a manutenção do contrato de emprego, mas, pelo contrário, possa caracterizar a rescisão indireta do pacto laboral (e.g. art. 483, alínea “d” da CLT), com efeitos próprios de uma dispensa sem justa causa, na medida em que não mais interessa ao empregado fazer parte da novel empresa? No mesmo sentido foram as discussões que antecederam a inclusão do inciso II à OJ n. 342 da SDI-1 do TST, já mencionada em nota de rodapé alhures.

Assim, questões como o fortalecimento das CCPs, da implementação da arbitragem em dissídios individuais, da delimitação das matérias passíveis de negociação coletiva, devem ser admitidas à discussão com o aprimoramento no que for necessário, de modo a possibilitar uma maior pluralidade das esferas de decisão e de melhor adequação do ordenamento jurídico às necessidades e particularidades de cada empregado/categoria profissional. Ademais, que não mais se argumente com base em casos de desvio ou abuso, uma vez que a lei é feita de forma geral e abstrata, buscando regular o que se espera aconteça em condições normais. Isso, claramente, não significa não devam os desvios e os abusos ser punidos, bem como não implica não haja instrumental jurídico para tanto (os quais, efetivamente há, como demonstra o art. 9º da CLT).

Ora, não parece que a ideia de um princípio possa, a todo momento, ser excepcionada, tratando-o como uma justificativa apenas para casos nos quais não se quer admitir determinado acordo. A adoção de um princípio, conforme teoria adotada na introdução, indica algo que deva se espalhar e influenciar todo o ordenamento. Nesse sentido, a assunção de que estamos diante de um princípio da disponibilidade regrada, parece, vem ao encontro das particularidades e contingências de cada empregado e categoria, sem, contudo, afastar a possibilidade de controle, o qual, a partir disso, passa a se dar apenas quando há vícios na manifestação do consentimento, prejuízos ao empregado ou afronta ao ordenamento jurídico.

Assim, ataca-se a anarquia jurisprudencial hoje existente, evita-se a imprevisibilidade e insegurança jurídicas da forma mais objetiva possível, isto é, com a fixação das hipóteses em que não se pode realizar algo, em detrimento do sistema atual, em que só se sabe o que se

pode fazer após excepcional liberação judicial. A proteção ao empregado, então, se torna mais efetiva, pois não se deixa de obstar acordos viciados, prejudiciais ou contrários ao ordenamento, mas, por outro lado, sabem os atores sociais que somente nesses casos haverá a invalidação.

Portanto, o que se está a propor é, na realidade, uma revisitação ao princípio da irrenunciabilidade, evitando-se anacronismos e conceituações que não mais encontram respaldo no ordenamento jurídico e na realidade. A revisitação, contudo, não tem a intenção de propor qualquer precarização, flexibilização in pejus ou desregulamentação trabalhistas, mas, pelo contrário, tem por objetivo fixar e ratificar os termos legais, quais sejam, a possibilidade de que as partes disponham sobre direitos, desde que isso seja acordado de forma não viciada, não prejudicial ao empregado e não contrária ao ordenamento, naquilo que se poderia, então, denominar **por princípio da disponibilidade regradada**.

3 Princípio da primazia da realidade

O princípio da primazia da realidade, tal qual o da irrenunciabilidade, é de inegável fundamentalidade ao direito do trabalho, razão pela qual digno de nota se apresentam as observações deduzidas, principalmente em outras searas do direito, aos seus propósitos, como é exemplo a busca da verdade real²³. Questão pouco abordada, mas de importância na medida em que indica os objetivos do princípio sob análise, é o sentido que a busca da verdade real exerce no direito do trabalho. Na esteira do afirmado alhures, contraface do direito decorrente do princípio à que as relações sejam consideradas pelo que são, não pelo que formalmente aparentam, é o dever estatal de perquirir aquilo que se pode depreender da análise dos fatos e elementos colacionados, não em favor de quaisquer das partes de uma relação jurídica, mas, sim, da real natureza jurídica dessa relação.

²³Por todos, NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 104/105: “Diante disso, jamais, no processo, pode assegurar o juiz ter alcançado a *verdade objetiva*, aquela que corresponde perfeitamente com o acontecido no plano real. Tem, isto sim, o magistrado uma crença segura na verdade que transparece através das provas colhidas e, por tal motivo, condena ou absolve. Logo, tratando do mesmo tema, já tivemos a oportunidade de escrever o seguinte: ‘Material ou real é a verdade que mais se aproxima da realidade. Aparentemente, trata-se de um paradoxo dizer que pode haver uma verdade mais próxima da realidade e outras menos. Entretanto, como vimos, o próprio conceito de realidade é relativo, de forma que é impossível falar em verdade absoluta ou ontológica, mormente no processo, julgado e conduzido por homens, perfeitamente falíveis em suas análises e cujos instrumentos de busca do que realmente aconteceu podem ser insuficientes. Ainda assim, falar em verdade real implica provocar no espírito do juiz um sentimento de busca, de inconformidade com o que lhe é apresentado pelas partes, enfim, um impulso contrário à passividade. Afinal, estando em jogo direitos fundamentais do homem, tais como a liberdade, vida, integridade física e psicológica e até mesmo a honra, que podem ser afetados seriamente por uma condenação criminal, deve o juiz sair em busca da verdade material, aquela que mais se aproxima do que realmente aconteceu.’ (NUCCI, **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**, p. 65).”

Assim, à parte enfrentamentos ideológicos, ou elucubrações filosóficas, fato é que há inegável distanciamento entre o que cartorialmente se pode documentar e aquilo tido por ocorrido. Obviamente, não pretende o princípio ora em análise sua aplicação singela em favor de uma das partes da relação laboral, mas, sim, pretende seja garantido instrumental para que o Estado possa, eficaz e efetivamente, concluir com base nas informações a que obteve acesso, qual a natureza da relação jurídica controvertida. Dessa forma, e como afirmado inicialmente, além de um direito às partes interessadas, implica o reconhecimento de um princípio, também, um dever, que, no caso, determina ao Estado – no exercício do poder de polícia ou de função jurisdicional – a apuração das reais conformações assumidas por determinada relação jurídica.

Todavia, ainda que assente a ideia de fundamentalidade do princípio da primazia da realidade, dois desafios, atualmente, a ele se apresentam. O primeiro diz respeito à ideia de **contrato-realidade**, muitas vezes apresentado como equivalente à de primazia da realidade, mas que com ela não se confunde²⁴. Neste ponto, interessante será discutir as possibilidades de responsabilização pré e pós-contratual frente à teoria do contrato-realidade. O segundo, relativo à extensão do princípio da primazia da realidade às novéis matérias atribuídas à competência da justiça laboral, isto é, relações definitivamente reconhecidas como afetas ao direito do trabalho, que são as de trabalho não subordinado. Para essa discussão, imprescindível será a afirmação realizada no início deste capítulo acerca dos objetivos do princípio, conforme se esclarecerá mais adiante.

Segundo Américo Plá Rodríguez, “(...) em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos.”²⁵ Esse é, assim, o conceito de primazia da realidade.

Contudo, a teoria do contrato-realidade, a despeito de muitos a relacionarem ao princípio da primazia da realidade, surge e

²⁴CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do Trabalho**: livro eletrônico. Disponível em <http://www.evocati.com.br/arquivos/direito_do_trabalho/iViewerRuntime.html> Acesso em 15 ago. 2011, p. 76: “O princípio da primazia da realidade é às vezes confundido com a teoria do contrato-realidade, esta última tendo sido proposta por Mario de La Cueva ao refletir sobre a natureza jurídica do contrato de trabalho. Vivia-se uma era de resistência a hegemonia do modelo capitalista e aos institutos que lhe eram afins, como a propriedade e o contrato. As teorias *relacionista*, sobretudo na Alemanha, e *institucionalista*, com origem na França, sustentavam o início da relação de trabalho a partir da incorporação do trabalhador no estabelecimento ou da adesão do trabalhador ao estatuto da empresa (instituição que, a exemplo de outras – família, igreja ou estado – pressupunha uma hierarquia e um estatuto), respectivamente. Essas teorias anticontratalistas não preponderaram, mas tiveram marcada influência na evolução do direito obreiro. A mencionada teoria do contrato-realidade surge como uma forma mitigada de se negar à relação de trabalho subordinado a origem em um contrato de natureza civil. (...)”

²⁵RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 338.

se afirma com conformação diversa, em momento histórico de defesa de teorias anticontratalistas no direito do trabalho. Assim, ao longo do tempo, foram-se desenvolvendo duas interpretações a respeito da teoria do contrato realidade, uma identificável com a ideia de primazia da realidade²⁶ e, outra, mais próxima às ideias de seu pensador²⁷, entendendo que a existência da relação de trabalho apenas existirá tão logo iniciada a prestação do serviço²⁸. A questão que se coloca, contudo, diz respeito a esta segunda interpretação, principalmente quando confrontada com as atuais teorias da responsabilização pré e pós-contratual.

Sem pretender adentrar às minúcias de cada uma dessas teorias acerca da responsabilização pré e pós-contratual, tema que por si é alheio ao do presente estudo, pode-se afirmar tranquilamente a importância que vêm desempenhando quando da análise da relação trabalhista, seja por se ter como fundamento a boa fé contratual, seja pela lealdade que se espera daqueles que pretendem contratar ou já contrataram. Nesse sentido, cabe mencionar a cada vez mais aceita **teoria da responsabilização pela perda da chance**, os cada vez mais reconhecidos deveres pós-contratuais, como a preservação de informações obtidas no ambiente de trabalho, da proibição de mal falar um dos contratados tão logo finda a avença, ou das cláusulas de não concorrência com efeitos além do contrato de trabalho.

Pelo exposto, entende-se estar superada a teoria do contrato-realidade, na medida em que a ampliação das possibilidades de responsabilização pré e pós-contratual tem por pressuposto as teorias contratualistas do direito do

²⁶RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 341 e 345/347: “Uma segunda idéia é a de que, em matéria trabalhista, há de primar sempre a verdade dos fatos sobre os acordos formais. Este segundo sentido fica especialmente manifesto na frase que considera ‘errôneo pretender julgar a natureza de uma relação de acordo com o que as partes tenham pactuado, uma vez que, se as estipulações consignadas não correspondem à realidade, carecerão de qualquer valor.’ (...) Ao contrário, na prática jurisprudencial, é freqüente utilizar a expressão *contrato-realidade* no segundo sentido, isto é, aquele no qual nós consubstanciamos o enunciado deste princípio. De qualquer modo, esta ambivalência da expressão nos leva a pensar que, embora se continue utilizando na prática a referida locução nesse sentido, graças a sua brevidade, sua clareza e capacidade evocativa, no terreno doutrinário, torna-se preferível referir-nos ao princípio da primazia da realidade.”

²⁷*Ibidem*, p. 339/341, as ideias referentes ao contrato-realidade como aquele que existe não como decorrência do acordo de vontades, mas da efetiva prestação dos serviços, foi sustentada pela primeira vez por Alfredo Iñarritu, Ministro da Suprema Corte de Justiça, no Conflito n. 133-36, suscitado entre a junta Federal de Conciliação e Arbitragem e o do 10º Juízo Civil da cidade do México, para conhecer reclamação apresentada por José Molina Hernández contra a Cia. Mexicana de Petróleo El Aquila S.A. A teoria, contudo, é atribuída a Mario de la Cueva.

²⁸*Ibidem*, p. 341: “A primeira é que para pretender a proteção do direito do trabalho não basta o contrato, mas requer-se a prestação efetiva da tarefa, a qual determina aquela proteção, ainda que o contrato seja nulo ou inexistente. Esta é a idéia básica encerrada na noção de relação de trabalho. Estreitamente ligada a esse sentido, porém enfocando-a de ângulo diverso, está a explicação que vincula esta característica com a classificação dos contratos, dado que o contrato de trabalho deixaria de ser consensual a partir do momento em que, para surgir, não bastasse o simples acordo de vontades.”

trabalho, superando-se, de vez, a limitação pressuposta pelas teorias anticontra-tualistas, que desempenharam papel importante durante determinado período, mas que, contemporaneamente, não mais respondem satisfatoriamente.

O segundo desafio apresentado diz respeito à aplicação do princípio da primazia da realidade às relações de trabalho não subordinado, outrora sujeitas à égide do direito civil, mas agora transportadas, acertadamente, para o âmbito do direito do trabalho. O interesse sobre o tema, assim, diz com relação à aplicação dos institutos e principiologia trabalhistas, desenvolvidos para a relação de emprego, às relações não subordinadas. Neste campo inserem-se as discussões acerca das perspectivas do direito do trabalho, uma vez alterada a realidade sobre a qual esse se assenta – mudanças nas fontes materiais do direito com repercussão nas fontes formais²⁹.

Nesse contexto é que se justificam as afirmações lançadas nos primeiros parágrafos deste capítulo, na medida em que não deve o princípio da primazia da realidade focar a proteção de quaisquer das partes, mas, pelo contrário, deve se caracterizar como um dever de o Estado perquirir a realidade sobre a qual a relação submetida à sua análise se efetivou. Se assim não for, consequência lógica será a conclusão de que o princípio

²⁹Antoine Jeammaud, em seu *A questão do Futuro do Direito do Trabalho: Visão da Europa*. In: JEAMMAUD, Antoine; REZENDE, Joaquim; FRAGALE FILHO, Roberto. **Trabalho, cidadania & magistratura**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2000, às fls. 34, apresenta a seguinte proposição: “Diversos cenários são imaginados por aqueles que se expressam sobre o futuro do direito do trabalho. Trata-se, em alguns momentos, de uma hipótese de evolução provável ou plausível. Em outros casos, trata-se muito mais de uma proposição de reforma do direito vigente. Não pretendemos levar em consideração a totalidade das hipóteses ou proposições que puderam ser formuladas. Indiquemos, todavia, que os múltiplos pontos de vista que podem ser sustentados conduzem a uma ou outra das quatro perspectivas que nós distinguimos como sendo os ‘tipos ideais’ (recorrendo a um famoso conceito de metodologia weberiana): a erradicação, a mudança de objeto, a proceduralização, a extensão.” Segundo o autor, de forma sucinta, assim se resumiriam cada um desses tipos ideais. (i) a erradicação “(...) é aquela do desaparecimento puro e simples do ramo (mais ou menos autônomo)”, fls. 34; (ii) a mudança de objeto consistiria, segundo uma primeira vertente, em “(...) passar do direito do trabalho para um direito da atividade. (...) Sugere-se, também, que o direito dota todo trabalhador de um estatuto que lhe assegura, não obstante uma eventual descontinuidade de sua situação, uma certa continuidade de renda e de proteção social (seguridade social, sobretudo), assim como direitos de participação na vida econômica atualmente reservados aos assalariados de uma empresa.”, fls. 36, e, de acordo com uma segunda corrente, “(...) um deslocamento de seu ‘centro de gravidade’, que o transformaria em um direito do mercado de trabalho. (...) O remédio consistiria em substituir uma parte do direito do trabalho ‘clássico’ (hostil aos *outsiders*) por disposições visando assegurar uma igualdade dos trabalhadores e das pessoas à procura de emprego com os empregadores em matéria de informações sobre o estado do mercado de trabalho, para melhorar suas formações e suas mobilidades.”, fls. 37 e 38; (iii) já o projeto de proceduralização “é de mudar de modelo de direito. (...) A proceduralização do direito das relações do trabalho consistiria assim em substituir as regras atuais, que consagram e repartem direitos substanciais (...), por disposições visando fortalecer esta famosa ‘construção dialógica das preferências’ e uma produção autenticamente negociada de regras ou decisões descentralizadas (...)”, fls. 39 e 40; por fim, (iv) seria o ideal de extensão “uma modificação da dimensão do direito do trabalho pela extensão de seu campo, ou seja, da categoria de relações que ele alcança. Essa perspectiva é aquela da transição de um direito do trabalho, que trata somente do trabalho subordinado, em direção a um direito do ‘trabalho sem adjetivo’”, fls. 41.

da primazia da realidade não se aplica às demais relações de trabalho não subordinado, restringindo-se, pois, às relações de emprego, haja vista a maior proteção dispensada à figura do empregado. Tem-se, portanto, a inevitável assunção de uma posição, seja em favor de determinada espécie de trabalhador, seja em favor do reconhecimento de um dever estatal exercitável sobre todas as relações de trabalho, indistintamente.

A questão, assim, encerra sua relevância na medida em que traz, em si, a assunção de uma posição no que se refere ao direito do trabalho e às relações de trabalho. Um direito que, historicamente, foi construído e pensado para uma determinada forma de prestação laboral, a subordinada, passa agora a ser chamado a decidir sobre outras relações trabalhistas, o que, a um só tempo, abre a perspectiva de real afirmação do ramo jurídico que, por excelência, regula questão das mais importantes na sociedade contemporânea, a relação de trabalho. Assim, acredita-se, não deve o direito do trabalho se acanhar, mas, pelo contrário, deve aceitar e assumir as alterações perpetradas nas fontes materiais do direito - que repercutem nas fontes formais, como são os princípios - para estender sua atuação para além da relação subordinada, determinando que todas as relações de trabalho se sujeitem à sua principiologia especial e específica.

Nesse sentido, encerra o princípio da primazia da realidade posição de destaque no ramo juslaboral, seja porque passa a se apresentar não mais como algo voltado à proteção de determinada pessoa, mas como instrumental na busca da verdade real, afastando-se, assim, e a um só tempo, da teoria do contrato-realidade, na medida em que admite sua aplicação às teorias da responsabilização pré e pós-contratual e estende sua aplicação, também, às relações de trabalho não subordinado. Trata-se, portanto, de um dever estatal a ser desempenhado quando da análise de uma relação de trabalho, seja ela qual for.

4 Princípio da continuidade

Por derradeiro, se abordará o princípio da continuidade. Propugna Américo Plá Rodriguez que “este princípio expressa a tendência atual do Direito do Trabalho de atribuir à relação de emprego a mais ampla duração, sob todos os aspectos”, para, logo em seguida, afirmar que “este princípio está estabelecido em favor do trabalhador”³⁰. Da leitura do conceito referido, e com base nas diretivas deste trabalho apresentadas inicialmente, pode-se levantar duas questões: (i) uma primeira referente à interpretação, hoje majoritária, no direito brasileiro a respeito da estabilidade, principalmente no que diz respeito ao art. 7º, inciso I da CF; e, (ii) uma segunda, propositiva, voltada à confrontação

³⁰RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 244.

entre os propósitos do princípio aqui analisado e uma característica atual do mercado de trabalho, qual seja, a alta rotatividade da mão de obra, em razão da qual a maioria dos contratos por prazo indeterminado, e por isso pretensamente duradouros, encerra-se antes mesmo do máximo previsto na legislação para alguns contratos por prazo determinado, assumindo, assim, traços de efemeridade, não de indeterminabilidade.

No que se refere à estabilidade no emprego, contudo, não seguimos a toada da doutrina majoritária. Entendem, por todos, Amauri Mascaro Nascimento³¹, Arion Sayão Romita³² e Valentim Carrion³³ que o advento da CF de 1988 trouxe, como consequência da adoção obrigatória do regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), a incompatibilidade lógica com o

³¹NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Dispensas individuais. In: MANNRICH, Nelson; VOGEL, Gustavo; FLORINDO, Valdir; FREDIANI, Yone. **Reconstrução do Direito do Trabalho**: Anais da Academia Nacional de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2010, p. 84/85: “O princípio seguido não é o da estabilidade plena. Esta foi afastada definitivamente pela mesma Constituição que generalizou como reparação da dispensa o FGTS e o acréscimo estabelecido nas disposições constitucionais transitórias. (...)”

Reintegração é corolária da estabilidade, esta significa nulidade da dispensa. A Constituição prevê indenização como meio reparatório da despedida sem justa causa ou arbitrária; portanto, para ambas as formas, indenização e estabilidade, sendo antíteses, uma vez que estabilidade significa reintegrar, e indenizar quer dizer reparar quem já está despedido torna a proposta inviável sob o aspecto jurídico. Ora, se a Lei Maior ordena que a regulamentação por lei complementar do seu texto se faça mediante indenização, os outros direitos a que se refere não poderão contrapor-se ao comando central e nuclear que é a indenização. Em outras palavras, a regulamentação poderá prever tudo o que quiser, menos o que se atritar com o direito de despedir, indenizando. Assim, não só pela letra da lei como do propósito do legislador Constituinte, como se vê pelo histórico dos debates, supunha-se definitivamente resolvido esse problema em 1988. Mas agora se quer reanimá-lo.”

³²ROMITA, Arion Sayão. **Despedida arbitrária e discriminatória**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 84-85: “Com a finalidade de eliminar a duplicidade de regimes legais anteriormente observada (o da indenização com estabilidade, previsto pela CLT, e o do FGTS, para os optantes pelo regime instituído pela Lei n. 5.107 de 13.9.1966), as Disposições Constitucionais Transitórias incluíram, no art. 10, dispositivo segundo o qual fica limitada a proteção referida no art. 7º, I, da Constituição, ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput*, e §1º da Lei n. 5.107 de 13 de setembro de 1966.

A partir da data de vigência da Constituição (5 de outubro de 1988), desapareceu a distinção entre empregados optantes e não-optantes. Todos são, agora, integrantes do regime do FGTS. Fica ressalvada, apenas, a estabilidade daqueles que, não sendo optantes pelo regime do FGTS, haviam completado o decênio a que se refere o art. 492 da CLT antes da promulgação da Carta Magna. Os empregados não-optantes que só completariam o decênio após o dia 5 de outubro de 1988 possuíam mera expectativa de direito (o direito de adquirir a estabilidade), isto é, não eram titulares de situação jurídica definitivamente constituída; portanto, não adquiriram a estabilidade. Não fora a inclusão do texto em exame das Disposições Constitucionais Transitórias, defensável seria a sobrevivência dos dois referidos sistemas. Já sustentamos esse ponto de vista, quando os trabalhos preparatórios da Constituição ainda não haviam alcançado a fase das Disposições Constitucionais Transitórias. A promulgação do texto constitucional completo já não autoriza esse entendimento. A interpretação conjunta dos arts. 7º, I, da parte permanente, e 10 das Disposições Transitórias conduz ao resultado acima exposto.”

³³CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 34. ed. São Paulo: LTr. 2009. p. 359: “O texto constitucional, apesar de admitir que a lei complementar poderá estabelecer outros direitos além da indenização, parece afastar a estabilidade por via legislativa. ‘Dentre outros direitos’ significa que poderá haver outros mais, além da indenização substitutiva, que impede a verdadeira estabilidade.”

regime estável *ex lege*, adotando o constituinte, assim, a **teoria do direito potestativo de despedir**. A argumentação, compreensivamente, baseia-se em duas técnicas interpretativas: (i) histórica, haja vista a evolução do sistema, que passou de um regime estável para um em que conviviam a estabilidade e o regime fundiário, e, após, um regime no qual, supostamente, reinaria soberano apenas o regime do FGTS; e (ii) autêntica, com base na *mens legislatoris*, na medida em que, conforme se depreenderia dos anais da constituinte, deliberadamente optaram os que elaboraram a Constituição Cidadã por um sistema de livre demissão. A questão, contudo, admite outra aproximação.

De início, pode-se dizer que uma interpretação sistemática da Constituição, principalmente do art. 7º, traz elementos para uma compreensão diversa³⁴. Ademais, a simples leitura do inciso I, do mesmo artigo, indica que uma conclusão oposta da que hoje predomina pode ser alcançada, haja vista que a ideia de uma “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa (...)” não é, per se, logicamente excludente da de estabilidade.

A questão envolvendo os limites de aplicação e o alcance das disposições do art. 7º, inciso I da CF/1988, inclusive, foi objeto de intensos debates pelo TST, no que ficou conhecido como Caso Embraer (Processo n.TST-RODC-309/2009-000-15-00.4), no qual se discutiu a dispensa coletiva como poder potestativo do empregador. O Acórdão reconheceu a inexistência de legislação infraconstitucional regulamentadora da dispensa coletiva. No

³⁴DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p.194-195: “A Constituição de 1988 inclinou-se a reinserir o princípio da continuidade da relação empregatícia em patamar de relevância jurídica, harmonizando, em parte, a ordem trabalhista à diretriz desse princípio. Assim, afastou a anterior incompatibilidade do instituto do FGTS com qualquer eventual sistema de garantias jurídicas de permanência do trabalhador no emprego – afastamento implementado ao estender o Fundo a todo e qualquer empregado (art. 7º, III, CF/1988: exceto o doméstico). Ao lado disso, fixou a regra da ‘relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos’ (art. 7º, I, CF/1988). Lançou, adicionalmente, a ideia de ‘aviso prévio proporcional ao tempo de serviço’, ‘nos termos da lei’ (art. 7º, XXI, CF/1988), indicando o reforço da noção de contingenciamento crescente à prática de ruptura desmotivada do contrato empregatício. Embora a jurisprudência tenha se firmado no sentido de negar eficácia imediata a qualquer dos dois últimos preceitos constitucionais, é inquestionável o redirecionamento que sua instigante existência provoca na própria cultura jurídica da potestade rescisória, dominante desde meados da década de 1960.” MANNRICH, Nelson. **Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social**. São Paulo: LTr, 2000, p. 566-567: “O Brasil ainda não reformou o sistema de dispensa, permanecendo a liberdade do empregador de extinguir o contrato sem qualquer justificativa. A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, introduziu duas modalidades substanciais em matéria de dispensa: eliminou o instituto da estabilidade absoluta, pela sua incompatibilidade com as necessidades de flexibilização do direito do trabalho; instituiu a proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa (...). A implantação do regime de dispensa coletiva é corolário do regime de dispensa individual, fundado no sistema de dispensa justificada. Regular a dispensa coletiva, mantendo a dispensa livre, equivale a exigir respeito aos direitos humanos fundamentais em regimes políticos de exceção, pois a dispensa ad nutum representa verdadeira ditadura contratual. De qualquer forma, a introdução da dispensa motivada e do regime de dispensa coletiva depende de lei complementar.”

entanto, pôs em cheque a interpretação de que o art. 7º, inciso I da CF/1988 se trata de norma de eficácia limitada, logo, dependente de regulamentação infraconstitucional, pois não corresponde ao que se espera de um Estado Social³⁵ e, obviamente, ao princípio da continuidade. Ao fim, de forma interessante e *ope judicis*, fixou o TST a premissa, para casos futuros, de que “a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores”³⁶.

O tema é palpitante e a discussão aqui apresentada, claramente, não objetiva trazer conclusões definitivas, mas, sim, revisitar posições assentadas e propor seja o tema rediscutido, de modo a promover uma nova abordagem sobre a questão.

Já no que atina às finalidades do princípio da continuidade, qual seja, a de “atribuir à relação de emprego a mais ampla duração (...) em favor do trabalhador”, um descompasso entre a teoria e a prática começa a transparecer, a evidenciar que o princípio em questão requer nova abordagem, principalmente no que se refere à tendência verificada de alta rotatividade no emprego. Contudo, como afirmado na introdução a este capítulo, trata-se, aqui, de tema propositivo, que precisa de alterações legislativas para se implementar adequadamente, mas que, no entanto, não é de todo estranho à legislação positivada, como se irá demonstrar.

³⁵Excerto extraído do voto proferido pelo Ministro Relator Maurício Godinho Delgado, fls. 31, nos Autos do Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo RODC-309/2009-000-15-00.4 (**Caso Embraer**): “Nesse sentido, a dispensa coletiva não é um direito potestativo do empregador, não existindo na ordem jurídica previsão para que ato de tamanho impacto seja realizado arbitrariamente e de maneira estritamente individual. Ao contrário do Direito Individual, em que o próprio ordenamento prevê as sanções para o caso de dispensa sem justa causa, não existe juridicamente dispensa meramente arbitrária e potestativista de natureza coletiva. As conseqüências de um ato de tal natureza devem possuir como parâmetro a proteção prevista no art. 7º, I, que veda despedida arbitrária ou sem justa causa. Em que pese o texto constitucional mencionar que tal proteção se dará nos termos da lei complementar, está claro que a Constituição delegou ao legislador infraconstitucional apenas a eleição de sanções decorrentes da despedida arbitrária. A proteção ao trabalhador já está plenamente prevista no texto constitucional, tratando-se de direito fundamental, tendo, portanto, aplicação imediata, impedindo a atuação do aplicador do direito em sentido contrário ao seu conteúdo. Vale lembrar que, conforme afirmado, por se tratar de evento diverso da ruptura meramente individual, a previsão simplista e isolada do art. 6º, *caput*, e § 1º da Lei n. 5.107/1966 apenas é aplicável no âmbito das dispensas individuais. Cabe destacar que o art. 7º, I, da Constituição Federal, aplicado às dispensas coletivas, contém norma de eficácia contida, ou seja, regra constitucional cuja eficácia é redutível ou restringível por diploma infraconstitucional, conforme autorizado pela própria Constituição. (...)”

³⁶A posição adotada pelo TST, cabe aqui consignar, aproxima-se daquela preconizada pela doutrina há tempo. Por todos, destaca-se a de MANNRICH, Nelson. **Dispensa coletiva**: da liberdade contratual à responsabilidade social. São Paulo: LTr, 2000, p. 567: “A exigência de uma causa para a dispensa resulta da opção entre não interferência no poder empresarial e imposição de limites a este poder. Esta discussão não envolve a liberdade de iniciativa do empresário, nem seu poder de gestão, sendo de sua competência a decisão de dispensar na ocorrência de um motivo. Mas, pelos efeitos que provoca, deverá a dispensa coletiva submeter-se a duplo controle social: dos trabalhadores, por meio de seus representantes que apresentarão soluções alternativas, com o fim de evitar a própria dispensa, ou, na impossibilidade de evitá-la, minorar seus efeitos; do Estado, exercendo controle de cunho formal, assegurando a regularidade do procedimento e estimulando a negociação, especialmente por meio da mediação.”

Em estudo realizado pelo DIEESE e apresentado em parceria com o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), constatou-se a alta rotatividade no mercado de trabalho³⁷. A situação, ao que parece, insere-se na tendência moderna de prevalência de relações efêmeras, fugazes, nas quais se sobressai a imediatidade à formação de vínculos duradouros. Ressalva-se, aqui, que a tendência verificada na pesquisa não se choca com as observações traçadas acima referentes à estabilidade. Não se confunde, obviamente, a discussão acerca da **potestade** patronal de dispensar com a baixa permanência no emprego, a despeito de serem matérias concorrentes. Uma coisa, portanto, é a regulamentação do direito patronal de despedir, que encontra amparo na Constituição e, outra, a discussão acerca da forma de melhor lidar com a alta rotatividade da mão de obra, tema em consonância com o princípio da continuidade, mas que, para seu adequado trato, alterações na legislação infraconstitucional são necessárias. As conclusões obtidas com relação a um dos temas não pressupõem ou condicionam, inevitavelmente, as eventualmente obtidas no trato do outro.

Assim, a questão da alta rotatividade da mão de obra traz, em si, debate de incontestável interesse, ainda mais quando se supõe estender a ideia de continuidade para, não simplesmente albergar a opção por contratos por prazo indeterminado, mas, também, albergar a possibilidade de que seja garantida aos empregados a capacitação necessária para que alcancem sua recolocação no mercado de trabalho, haja vista a alta rotatividade no emprego. Não se está, aqui, a tratar da questão dos *outsiders*, já conhecida da doutrina e aventada por Antoine Jeammaud³⁸ ao apresentar os desafios do direito do trabalho.

Propugna, assim, o trato diferenciado **dos contratos de trabalho por prazo indeterminado, mas efêmeros ou fugazes**, nos quais, portanto, se garanta direitos específicos, voltados a permitir que o empregado mantenha-se, ainda que desempregado, inserto na população economicamente ativa (PEA)³⁹ devidamente habilitado, motivado e capaz de encontrar nova colocação – sustentando-se, assim, a **empregabilidade**. Trata-se, assim, de um *tertium genus* cuja finalidade não é a transitoriedade dos serviços ou a pretensão à indeterminação, mas a manutenção do empregado apto a ocupar novas colocações, isto é, adequado à maior fluidez do mercado de trabalho.

³⁷Segundo dados obtidos em pesquisa realizada pelo Governo Federal no período de 2007/2009: (i) Cerca de 2/3 dos vínculos são desligados antes de atingirem um ano de trabalho; (ii) o tempo médio do emprego formal é de, aproximadamente, apenas 4 anos. (Fonte: Estudo de rotatividade de mão de obra – estudo realizado pelo DIEESE, no âmbito do projeto Desenvolvimento de Metodologia de Análise de Mercado de Trabalho Municipal e Qualificação Social para Apoio à Gestão de Políticas Públicas de Emprego, Trabalho e Renda. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812CF587A5012D090A7A0554C6/rotatividade_mao_de_obra.pdf>.

³⁸Os desafios para o direito do trabalho, nas quatro perspectivas apresentadas pelo professor Jeammaud, constam, sinteticamente, da nota de rodapé 30, supra.

³⁹Segundo dados obtidos no site do DIEESE, conceituou-se População Economicamente Ativa, para fins da Pesquisa Emprego e Desemprego (PED): População Economicamente Ativa-

A questão, a despeito de propositiva, apresenta sua relevância na medida em que busca adequar a diferenciação de trato pretendida pelo princípio da continuidade a uma característica mais comum atualmente, que é a da alta rotatividade da mão de obra. Como mencionado, pode-se encontrar alguns pequenos indícios da intenção de se proteger o empregado contratado em **contrato efêmero ou fugaz**, ainda que não sistematizados, como são exemplos os arts. 390-C e 476-A, ambos da CLT.

Portanto, seja pela releitura de posições já assentadas, como a referente à estabilidade, seja pela atuação do direito sobre tendências contemporâneas, como é exemplo a alta rotatividade no ambiente de trabalho, encerra o princípio da continuidade função não só inspiradora, mas deveras impositiva quando se está a tratar do dever estatal de observância de seus valores, não podendo o Poder Judiciário interpretar ou o Poder Legislativo legiferar acerca do direito do trabalho de forma alheia ou desatenta àquilo propugnado pelas ideias de preservação do contrato de trabalho e, também, da empregabilidade do trabalhador.

5 Conclusões

A revisitação dos princípios objeto do presente estudo é tema dos mais interessantes e relevantes quando se pretende discutir os fundamentos e contornos de determinado ramo jurídico. O reconhecimento de que os princípios, enquanto normas jurídicas e fonte formal do direito, encerram direitos e deveres é pressuposto inarredável de qualquer discussão. Paralelamente, entendermos os princípios como reflexo das alterações nas fontes materiais do direito é questão que desperta debates, uma vez que a adaptabilidade dessa espécie normativa às contingências sociais traz como consequência o questionamento de dogmas e posições há muito assentadas. Desta forma, propôs-se o presente trabalho a colocar em pauta uma nova abordagem aos princípios da irrenunciabilidade, da primazia da realidade e da continuidade tendo em vista as alterações ocorridas em nosso sistema constitucional e em nossa sociedade, as quais, inegavelmente, demandam a revisitação e a proposição de novas abordagens.

PEA - Corresponde à parcela da População em Idade Ativa (PIA) que está ocupada ou desempregada. Desempregados - São indivíduos que se encontram numa situação involuntária de não-trabalho, por falta de oportunidade de trabalho, ou que exercem trabalhos irregulares com desejo de mudança. Essas pessoas são desagregadas em três tipos de desemprego: (i) Desemprego aberto: pessoas que procuraram trabalho de maneira efetiva nos 30 dias anteriores ao da entrevista e não exerceram nenhum trabalho nos sete últimos dias; (ii) Desemprego oculto pelo trabalho precário: pessoas que realizam trabalhos precários - algum trabalho remunerado ocasional de auto-ocupação - ou pessoas que realizam trabalho não-remunerado em ajuda a negócios de parentes e que procuraram mudar de trabalho nos 30 dias anteriores ao da entrevista ou que, não tendo procurado neste período, o fizeram sem êxito até 12 meses atrás; (iii) Desemprego oculto pelo desalento: pessoas que não possuem trabalho e nem procuraram nos últimos 30 dias anteriores ao da entrevista, por desestímulos do mercado de trabalho ou por circunstâncias fortuitas, mas apresentaram procura efetiva de trabalho nos últimos 12 meses (Fonte: <http://www.dieese.org.br/ped/pedmet.xml>).

Nessa toada, o reconhecimento de que o contrato de trabalho pressupõe, além de elementos de uma justiça comutativa – próprios de um direito civil - características da justiça distributiva⁴⁰, uma vez que encerra o contrato laboral não só os traços próprios da relação obrigacional privada, mas, também, relevância social qualificada pela constitucionalização do valor social trabalho, é denotado da própria relevância assumida pela expansão do objeto do direito do trabalho, isto é, a relação de trabalho em sentido amplo. Por isso, propugnar por uma aplicação extensiva dos princípios laborais às relações trabalhistas – subordinadas ou não – é a assunção da autonomia do direito do trabalho, em época de desafios e contestações, ainda que sob conformação diversa e específica.

Assim, sob a perspectiva assentada, pode-se inferir que a irrenunciabilidade carece de tratamento diverso, adaptável às contingências e pluralidade atuais, haja vista a miríade de relações empregatícias hoje verificadas – como a diversidade existente entre altos empregados, o teletrabalho e o **empregado de chão de fábrica**⁴¹. Isso não significa, contudo, a mudança para uma singela disponibilidade, mas sim para uma **disponibilidade regrada**, que tem por pauta a melhoria das condições de trabalho na forma e nos limites estabelecidos na legislação.

No mesmo sentido encontram-se os princípios da primazia da realidade e da continuidade, que se inserem na ordem jurídica com o intuito de oferecer instrumental apto a promover o trato adequado das relações de trabalho, atento às modificações e contingências decorrentes das relações sociais, e não sob um pretenseu protecionismo substitutivo da vontade individual do trabalhador e coletiva da categoria. Os princípios, portanto, apresentam-se como ferramentas hábeis à adequação e à atualização do sistema normativo.

Portanto, conclui-se o estudo aqui desenvolvido certo de que alterações são necessárias, uma vez que os contornos encerrados pelos princípios aqui tratados apresentam-se em descompasso com o sistema normativo positivado e as demandas sociais. A revisitação e as proposições realizadas ao longo deste estudo pretenderam, desta forma, colocar

⁴⁰ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2006. p. 17: “Aristóteles distinguia a justiça particular em três espécies: a comutativa, a distributiva e a legal. A primeira visa a igualdade entre os sujeitos, a equivalência das prestações, o equilíbrio patrimonial entre as partes da relação jurídica. É a justiça dos contratos, da vida particular. A justiça distributiva ‘consiste em repartir proporcionalmente entre os membros da comunidade as vantagens sociais e os encargos comuns.’ Adota o princípio da proporcionalidade, o que significa dizer: a cada um conforme a sua necessidade. A justiça legal (ou geral) é a justiça nas relações dos sujeitos com autoridade, que se traduz na submissão à ordem vigente. (...)”

⁴¹ JEAMMAUD, Antoine. As transformações do trabalho e seus reflexos nos tribunais. In: JEAMMAUD, Antoine; REZENDE, Joaquim; FRAGALE FILHO, Roberto. **Trabalho, cidadania & magistratura**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2000, p. 70.

elementos novos e despertar debates acerca de temas sobre os quais pairam relativa conformidade de tratamento, uma vez que desafiar situações postas e repensar concepções arraigadas pressupõe relativizar dogmas em abono de uma maior identificação e coerência entre o teórico e o prático.

6 Referências

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2006.

BELTRAN, Ari Possidonio. O direito do trabalho em transformação. **Revista do Advogado**, ano XXX, , n. 110, p. 24-29, dez. 2010.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 34. ed. São Paulo: LTr, 2009.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do Trabalho, livro eletrônico**. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/arquivos/direito_do_trabalho/iViewerRuntime.html, 2011>. Acesso em: 15 ago.2011

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

JEAMMAUD, Antoine. A questão do futuro do direito do trabalho: visão da Europa. *In*: JEAMMAUD, Antoine; REZENDE, Joaquim; FRAGALE FILHO, Roberto. **Trabalho, cidadania & magistratura**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2000.

JEAMMAUD, Antoine. As transformações do trabalho e seus reflexos nos tribunais. *In*: JEAMMAUD, Antoine; REZENDE, Joaquim; FRAGALE FILHO, Roberto. **Trabalho, cidadania & magistratura**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2000.

MANNRICH, Nelson. **Dispensa coletiva**: da liberdade contratual à responsabilidade social. São Paulo: LTr, 2000.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Curso de Direito do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Dispensas individuais. *In*: MANNRICH, Nelson; VOGEL, Gustavo; FLORINDO, Valdir; FREDIANI, Yone. **Reconstrução do Direito do Trabalho**: Anais da Academia Nacional de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEDROSO, Marcelo Batuíra da C. Losso. **Liberdade e irrenunciabilidade no Direito do Trabalho**: do estudo dos princípios à *economic analysis of law* aplicados ao Direito do Trabalho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fábris Editor, 2005.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. Considerações sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista do Advogado**, ano XXX, n. 110, p. 104-110, dez. 2010.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 2000.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

RODRIGUEZ, Américo Plá (Coord.). **Estudo sobre as fontes do Direito do Trabalho**: grupo das quartas feiras. São Paulo: LTr, 1998.

ROMITA, Arion Sayão. **Despedida arbitrária e discriminatória**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RUPRECHT, Alfredo J. **Os princípios do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, p. 607-630, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. *In*: Virgílio Afonso da Silva. (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.



JURISPRUDÊNCIA

2ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

01 - AÇÃO RESCISÓRIA. PROVA FALSA APURADA EM PROCESSO CRIMINAL. ART. 485, INCISO VI, DO CPC. CONFIGURAÇÃO

Configura-se a falsidade autorizadora do corte rescisório quando a testemunha confessa, perante a autoridade policial, ter alterado a verdade dos fatos ao ser ouvida na ação trabalhista, para beneficiar o autor da reclamação. AÇÃO RESCISÓRIA. FALSO TESTEMUNHO. ART. 485, INCISO VI, DO CPC. CONFIGURAÇÃO. Tendo sido determinante, na reclamação trabalhista, para a condenação do ora autor/empregador, o depoimento da testemunha e demonstrada sua falsidade, outra solução não há senão o corte rescisório pretendido, com a conseqüente improcedência do pedido aventado na ação proposta em primeiro grau. TRT/SP 15ª Região 14018-38.2010.5.15.0000 - Ac. 3ªSDI 216/12-PDI3. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DEJT 9 ago. 2012, p. 9.

3ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

02 - AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. NÃO CARACTERIZAÇÃO

Não se caracteriza erro de fato ou dolo da parte contrária, para efeito de rescisão de julgado, o equívoco cometido pela própria parte, levando a apreciação errônea dos fatos pelo Juiz. A hipótese aventada, pois, não guarda conexão com os permissivos legais invocados como autorizadores do corte rescisório, razão pela qual improcede o pedido da autora, devendo ser lembrado que a razão de toda preocupação legislativa para com as situações passíveis de rescisão tem suporte na segurança jurídica que representa a coisa julgada, de modo que a falta de certa subsunção fática à norma referida conduz inexoravelmente ao insucesso do pleito rescisório. TRT/SP 15ª Região 14280-85.2010.5.15.0000 - Ac. 3ªSDI 219/12-PDI3. Rel. Maria Cecília Fernandes Álvares Leite. DEJT 9 ago. 2012, p. 10.

03 - AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, II CPC. SENTENÇA PROFERIDA POR JUÍZO ABSOLUTAMENTE INCOMPETENTE. RELAÇÃO DE CARÁTER JURÍDICO ADMINISTRATIVO, ENTRE SERVIDOR E PODER PÚBLICO. PROCEDÊNCIA DO CORTE. REMESSA DO FEITO À JUSTIÇA COMUM ESTADUAL

A decisão que contraria o entendimento já pacificado no STF, acerca de ser da Justiça Comum Estadual a competência para apreciar e decidir causas instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária, ou de caráter jurídico-administrativo, atrai o corte rescisório por se amoldar à previsão do inciso II do art. 485 do CPC. Provada a contratação da trabalhadora sob regime especial, previsto em Lei Estadual (n. 500/1974), que não tem a mesma natureza jurídica dos contratos regidos pela CLT, não compete à Justiça do Trabalho dirimir o litígio. Sendo impossível prosseguir no juízo rescisório, aplica-se a regra do art. 113 § 2º do CPC, com a remessa dos autos à Justiça Comum Estadual. TRT/SP 15ª Região 02199-70.2011.5.15.0000 AR - Ac. 3ªSDI 295/12-PDI3. Rel. Olga Regiane Pilegis. DEJT 8 nov. 2012, p. 20.

04 - AÇÃO RESCISÓRIA. DOLO DA PARTE VENCEDORA SOBRE A PARTE VENCIDA. FRAUDE À LEI. ART.485, III, DO CPC

O pedido de corte rescisório com base no art. 485, III, do CPC é cabível quando a parte vencedora pratica ardis que impeçam a parte vencida de exercer seu direito de ação, de produzir provas, por exemplo; quando impede ou dificulta a atuação processual da outra parte ou influencia o julgador de modo que a decisão judicial não teria sido aquela se não tivessem ocorrido

tais vícios processuais. TRT/SP 15ª Região 926-90.2010.5.15.0000 - Ac. 3ªSDI 270/12-PDI3. Rel. Edmundo Fraga Lopes. DEJT 4 out. 2012, p. 11.

05 - AÇÃO RESCISÓRIA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DIRETA AOS ARTS. 97 E 103-A DA CF E À SÚMULA VINCULANTE N. 10 DO C. STF

A decisão rescindenda que, por entender caracterizada a culpa *in vigilando*, acolhe a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços pelos créditos trabalhistas oriundos do contrato firmado com a empregadora não afronta os arts. 97 e 103-A da Constituição da República e a Súmula Vinculante n. 10 do C. STF. Com efeito, a ADC 16 permite a condenação subsidiária nas hipóteses em que restar configurada a conduta culposa do ente público, consistente na omissão com os deveres de acompanhamento e fiscalização do pacto laboral, mesmo que a contratação dos serviços tenha se dado mediante regular processo licitatório. TRT/SP 15ª Região 526-42.2011.5.15.0000 - Ac. 3ªSDI 222/12-PDI3. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DEJT 9 ago. 2012, p. 11.

06 - AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL DE DISPOSIÇÃO DE LEI. PRESCRIÇÃO TRABALHISTA OU CIVIL APLICÁVEL AO PEDIDO RESCINDENDO. MATÉRIA CONTROVERTIDA INFRACONSTITUCIONAL. IMPROCEDÊNCIA. SÚMULA N. 83, I, DO TST

Uma vez que a decisão rescindenda fundamentou pela aplicação da prescrição trabalhista ao pedido, em consonância com os dispositivos invocados, e não lhes negando vigência, eventual insatisfação da parte pela não aplicação da prescrição civil desautoriza a utilização do pleito rescisório para erigir nova discussão acerca da justiça ou injustiça do decidido, conforme entendimento do TST, previsto na Súmula n. 83, I. TRT/SP 15ª Região 1854-07.2011.5.15.0000 - Ac. 3ªSDI 272/12-PDI3. Rel. Edmundo Fraga Lopes. DEJT 4 out. 2012, p. 12.

SEÇÃO DE DISSÍDIOS COLETIVOS

07 - AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. PROIBIÇÃO DE INSERÇÃO DE NORMAS FUTURAS. COMPETÊNCIA. LOCAL DO DANO. LEI N. 7.347/1985, ART. 2º

O Ministério Público do Trabalho tem legitimidade para propor ação civil pública postulando a não inserção em instrumentos normativos futuros cláusula que entende ser prejudicial aos direitos mínimos do trabalhador. Tal ação, que não se confunde com a de nulidade de cláusula convencional, é da competência territorial da Vara do Trabalho (art. 2º, da Lei n. 7.347/1985). TRT/SP 15ª Região 01654-63.2012.5.15.0000 - Ac. SDC 335/12-PADC. Rel. Samuel Hugo Lima. DEJT 8 nov. 2012, p. 30.

08 - ACORDO EM DISSÍDIO COLETIVO EM FACE DE ENTIDADE DE DIREITO PÚBLICO. CLÁUSULAS SOCIAIS E ECONÔMICAS

É viável o ajuizamento de dissídio coletivo discutindo matérias sociais em face de entidade de direito público. Portanto, a homologação de tais acordos se afina com o entendimento adotado pela OJ n. 5, da SDC do C. TST. Esse entendimento encontra eco na jurisprudência do E. STF, que veda a via do dissídio coletivo aos servidores públicos sob a premissa de que a Fazenda Pública não detém a livre disposição dos bens públicos, não podendo, por isso, negociar despesas à míngua de lei específica e a indicação da correspondente fonte de custeio. Em se tratando de cláusulas sociais, não se registra a mesma proibição legal, pois a adoção dessas cláusulas não desafia o aumento de despesas para o ente público, tornando cabível a via do dissídio coletivo para o servidor público celetista, com supedâneo no § 2º do art. 114 da CF, inciso XXXV do art. 5º da CF e na Convenção 151 da OIT. DISPENSA DO DIRIGENTE SINDICAL DO CUMPRIMENTO DAS SUAS ATIVIDADES LABORAIS PELO ENTE PÚBLICO, SEM PREJUÍZO DE SALÁRIO. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO LEGAL, AINDA QUE HAJA ANUÊNCIA ENTRE AS PARTES LITIGANTES. Como regra, segundo se infere do § 2º do art. 543 da CLT, o afastamento do dirigente sindical constitui suspensão do contrato de trabalho, nada impedindo que o contrário seja estipulado em acordo individual ou coletivo. Em relação aos entes públicos, pelo princípio da simetria, somente poderá ocorrer a dispensa do dirigente sindical do exercício das suas atividades laborais junto ao ente público, sem suspensão do pagamento dos salários, quando houver preceito de lei garantindo a liberação do servidor público para a atividade sindical, sob pena de violação ao princípio da legalidade. Qualquer avença coletiva, sem a chancela da Câmara, não pode ser homologada em sede de dissídio coletivo. TRT/SP 15ª Região 539-07.2012.5.15.0000 - Ac. SDC 276/12-PADC. Rel. Samuel Hugo Lima. DEJT 16 ago. 2012, p. 13.

09 - DISPENSA COLETIVA OU EM MASSA. CARACTERIZAÇÃO

Constitui dever do empregador balizar seus atos de gestão, dentre os quais se insere a demissão de empregados, com a observância dos princípios da responsabilidade social, do respeito à dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho, da função social da propriedade e da busca do pleno emprego. Dentro desse contexto, a dispensa coletiva merece especial atenção, tendo em vista as graves consequências sociais que acarreta. Todavia, não se pode confundir a adequação periódica do quadro de empregados de uma empresa, que se vê na contingência de reduzi-lo temporariamente e de forma parcial, em decorrência das flutuações normais ocorridas no mercado, com uma dispensa coletiva, que na lição do brilhante jurista Orlando Gomes se configura apenas quando ocorre uma redução significativa e definitiva do quadro de pessoal da empresa. No caso concreto destes autos, verificando-se que o quadro de empregados da empresa oscila historicamente entre a redução em percentual não excessivo e a posterior readmissão de empregados, não se tem por delineada situação anormal ou excepcional suficiente para configurar a alegada dispensa coletiva, circunstância que conduz à improcedência da pretensão deduzida pela entidade sindical suscitante. TRT/SP 15ª Região 147-67.2012.5.15.0000 - Ac. SDC 199/12-PADC. Rel. Fernando da Silva Borges. DEJT 28 jun. 2012, p. 47.

10 - INTERDITO PROIBITÓRIO. GREVE. IMPOSSIBILIDADE

O interdito proibitório, como disposto no art. 932 do Código Processual Civil, é a proteção possessória adequada, de forma essencial, para as hipóteses de ameaça de turbação ou esbulho da posse de quem detém determinado bem, na condição de possuidor direito ou indireto, desde que presente o justo receio da concretização da ameaça. Destarte, o deferimento do interdito proibitório está condicionado à existência da posse, do justo receio e da comprovação de uma ameaça. Se por um lado o art. 9º da Magna Carta assegura direito de greve, por outro assegura a inviolabilidade da propriedade (art. 5º, *caput*), aqui utilizada no seu sentido amplo, incluindo a posse. Já tive a oportunidade de salientar que “o Direito do Trabalho, mais que um simples preceito programático de nossa Carta Magna, é uma norma da cidadania universal, oriunda da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, nascida no âmago da Revolução Francesa, aprovada que foi em sua Assembléia Nacional Constituinte de 1789, e que teve seu sentido fundamental reprisado na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas de 1948”. e continuo. “O mesmo pode-se dizer do Direito de Greve, que deriva da própria existência do Direito do Trabalho, uma vez que a paralisação do trabalho como forma de pressionar seu tomador (seja o empregador particular, como também o Estado em todas as suas variáveis), pressupõe seu livre exercício e, por consequência, remete à classe trabalhadora a conveniência e a oportunidade de sua

manifestação". A própria Carta Magna deixa explicitado no art. 9º ser dos trabalhadores a decisão sobre a oportunidade do direito de vindicar com paralisação dos serviços. Assegura-se, com isso, o direito de livre convencimento do movimento grevista em face dos demais membros da categoria, apenas punindo-se os excessos. Entendo, assim, que ação possessória não é o meio adequado para eventual resguardo da pretensão do empregador, visto que os empregados em greve não têm a intenção da obtenção da posse de bem de propriedade daquele em caráter definitivo, mas sim pretendem usufruir de um direito ilimitado constitucionalmente garantido, respondendo apenas pelos excessos. O "piquete" faz parte do jogo, como também o faz a atitude do empregador de "dar as costas" às reivindicações obreiras. Não se conhece movimento paredista com aparência de concílio religioso. Nesse "cabo de guerra" existente entre as partes contendoras deve-se achar o meio termo de forma equânime, não podendo o Poder Judiciário agir como força decisiva para um dos lados. *En passant*, é de se salientar que os empregados da empresa envolvida ou mesmo seus clientes, que se sentirem constrangidos, poderão resguardar seus direitos junto ao Poder Judiciário e nunca por meio do seu empregador ou prestador de serviços, que não conta com legitimidade *ad causam* para tanto. Mantenho com divergência de fundamentação. TRT/SP 15ª Região 143200-23.2009.5.15.0094 - Ac. SDC 354/12-PADC. Rel. Flavio Nunes Campos. DEJT 29 nov. 2012, p. 20.

DIREITO MATERIAL

11 - ACIDENTE DO TRABALHO OU DOENÇA OCUPACIONAL. VIOLAÇÃO DO DEVER IMPOSTO PELO ART. 157, I, DA CLT. CULPA PRESUMIDA Incumbe ao empregador zelar pelo cumprimento das normas de segurança, higiene e saúde do trabalhador (art. 157, I, da CLT). A violação desse dever resta patente na hipótese em que ele causa danos ao meio ambiente de trabalho, tornando presumível a sua culpa pela doença adquirida pelo empregado no exercício de suas atividades laborais. Nesta hipótese, inverte-se a seu desfavor o ônus da prova. CONCAUSA. PROVA DAS EXCLUDENTES. No âmbito das indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional, a responsabilidade civil pode ser reconhecida ainda que o desempenho das atividades laborais não se apresente como causa única e exclusiva do acidente ou doença, nos termos preconizados pelo art. 21, I, da Lei n. 8.213/1991. Atestado por perícia judicial que a exposição a substâncias tóxicas pode atuar como causa ou fator agravante da patologia apresentada pelo empregado, assim como evidenciado que ele efetivamente trabalhava exposto àquela condição, correto o reconhecimento do nexo de causalidade e da responsabilidade civil do empregador pelo dano. TRT/SP 15ª Região 38500-65.2007.5.15.0126 - Ac. 2ª Câmara 65.930/12-PATR. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DEJT 23 ago. 2012, p. 589.

12 - ACIDENTE DO TRABALHO. PENSÃO MENSAL. LIMITAÇÃO NO TEMPO. TRABALHADOR QUE SOBREVIVE AO ACIDENTE COM SEQUELAS PERMANENTES E IRREVERSÍVEIS

O fato do reclamante atingir o direito à aposentadoria não se confunde com seu direito ao trabalho, que muita vez é exercido para além da concessão do benefício previdenciário. Ademais, em havendo sequelas permanentes, portanto sem a morte do trabalhador, não há se falar em limitação temporal do pagamento de pensão, uma vez que as limitações perduram ao longo de toda a vida do vitimado. TRT/SP 15ª Região 279500-82.2002.5.15.0014 - Ac. 9ª Câmara 72.633/12-PATR. Rel. Flávio Landi. DEJT 13 set. 2012, p. 623.

13 - ACIDENTE NO PERCURSO CAUSADO POR TERCEIRO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. EQUIPARAÇÃO A ACIDENTE DE TRABALHO APENAS PARA FINS DE INFORTUNÍSTICA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS INDEVIDA

Em se tratando de acidente de trânsito ocorrido no trajeto, provocado exclusivamente por terceiro, não existe responsabilidade do empregador.

O dano não deriva de sua conduta ou da atividade laboral, não se materializando o nexos causal. Não existe ato culposo ou doloso capaz de gerar ressarcimento de danos. Ausente a responsabilidade objetiva porque o evento ocorreu fora do ambiente de trabalho, não se aplica o art. 927 do CC. Não há nexos de causalidade entre as lesões sofridas e as atividades desempenhadas no âmbito da relação de trabalho, capaz de autorizar o dever de indenizar. TRT/SP 15ª Região 204300-36.2008.5.15.0054 RO - Ac. 10ª Câmara 90.264/12-PATR. Rel. João Alberto Alves Machado. DEJT 8 nov. 2012, p. 1.253.

14 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CONVENÇÃO COLETIVA. PERCENTUAL DIFERENCIADO. CONDIÇÃO MAIS BENÉFICA

Situações em que a convenção coletiva da categoria fixa o pagamento do adicional de insalubridade em seu grau máximo (40%), uma vez verificado o labor em ambiente hospitalar e em condições insalubres, deve ele prevalecer sobre o quanto apurado no laudo pericial (insalubridade em grau médio), por se tratar de condição mais benéfica ao trabalhador. TRT/SP 15ª Região 1277-51.2010.5.15.0004 - Ac. 9ª Câmara 85.760/12-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DEJT 25 out. 2012, p. 882.

15 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. MANUSEIO DE PRODUTOS DE LIMPEZA

Não ocorrência da atividade insalubre descrita no anexo XIII da NR-15 da Portaria n. 3.214/1978. O simples manuseio de produtos de limpeza de uso geral e comum, não enseja o pagamento do adicional de insalubridade, por ausência de atividade nociva que o justifique. TRT/SP 15ª Região 1583-73.2010.5.15.0051 - Ac. 8ª Câmara 52.980/12-PATR. Rel. Flavio Allegretti de Campos Cooper. DEJT 12 jul. 2012, p. 530.

16 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. RADIAÇÃO NÃO-IONIZANTE. ULTRAVIOLETA. ANEXO N. 7 DA NR 15 DA PORTARIA N. 3.214/1978 DO MTE

A exposição do trabalhador aos raios solares, por si só, não justifica o pagamento do adicional de insalubridade, conforme entendimento sedimentado no âmbito do C. TST, por meio da OJ n. 173 da SBDI-1. Hipótese diversa ocorre quando a prova pericial atesta que os raios solares a que fica exposto o trabalhador o expõem à radiação ultravioleta, de forma habitual e por tempo expressivo. Nestas circunstâncias, tem incidência o disposto no Anexo n. 7 da NR-15, segundo o qual a exposição do trabalhador às radiações não-ionizantes - dentre as quais a ultravioleta -, sem proteção eficiente, é considerada insalubre, quando constatada em laudo de inspeção realizada no local de trabalho. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. O STF, por meio da Súmula Vinculante n. 4, reconheceu a inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo como indexador

de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, vedando, no entanto, a substituição desse parâmetro por decisão judicial. Nesse contexto, enquanto não superada a inconstitucionalidade, por meio de lei ou convenção coletiva, o adicional de insalubridade deve continuar sendo calculado com base no salário mínimo. CONTRIBUIÇÃO CONFEDERATIVA. RESTITUIÇÃO A instituição, em sede de acordo ou convenção coletiva, das chamadas contribuições confederativas e assistenciais, tem merecido reservas no âmbito do Poder Judiciário, em respeito ao princípio da liberdade de associação sindical, preconizado pelo art. 8º, V, da CF. As normas coletivas, como fontes formais do Direito do Trabalho, devem guardar observância aos preceitos constitucionais, entre eles o da liberdade de filiação sindical. Impor contribuição obrigatória é o mesmo que filiar indireta e compulsoriamente o empregado à entidade sindical representante de sua categoria. Não comprovada a filiação do empregado ao sindicato de classe, é devida a restituição dos respectivos valores. CONTRATO DE SAFRA. UNICIDADE CONTRATUAL. NÃO CONFIGURAÇÃO Não comprovado o desvirtuamento dos contratos de trabalho firmados pelo trabalhador, para o labor nos períodos de safra da cana-de-açúcar, não se justifica a aplicação da nulidade preconizada pelo art. 9º da CLT, e, conseqüentemente, o reconhecimento da unicidade contratual. RESCISÃO CONTRATUAL. JUSTA CAUSA. ATO DE IMPROBIDADE. DESVIO DE COMBUSTÍVEL. A justa causa, como fato ensejador da rescisão do contrato de trabalho, deve se apresentar incontestes nos autos, haja vista a violência com que encerra o pacto laboral e as conseqüências indesejáveis que a ela estão atreladas, sendo ônus do empregador que alega comprovar a efetividade dos seus motivos (art. 818 da CLT e art. 333, I, do CPC). Comprovado que o empregado praticou ato incompatível com a fidúcia que deve nortear a relação de emprego, auxiliando colega de trabalho no desvio de combustível de propriedade do empregador, a rescisão motivada do pacto laboral encontra respaldo no art. 482 da CLT. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Não atendidos os pressupostos da Lei n. 5.584, de 1970, recepcionada pela Carta Constitucional de 1988 e não derogada pela Lei n. 8.906 de 1994, conforme já decidiu o STF (ADIN 1127-DF), indevida é a verba de honorários advocatícios. Súmulas nos 219 e 329 do C. TST. TRT/SP 15ª Região 185300-65.2007.5.15.0125 RO - Ac. 1ª Câmara 90.698/12-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DEJT 8 nov. 2012, p. 863.

17 - ADICIONAL POR ACÚMULO DE FUNÇÃO

A legislação ordinária não prevê o acúmulo de função e nem o recebimento de um *plus* salarial em razão do extrapolamento das funções previstas no contrato de trabalho. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. O desrespeito à pessoa física e à dignidade do trabalhador por parte da empregadora dá ensejo a indenização por danos morais. Dano moral passível de indenização seria aquele decorrente da lesão a direitos personalíssimos, ilicitamente

cometida pela empregadora, capaz de atingir a pessoa do empregado como entesocial, ou seja, surtindo efeitos na órbita interna do autor, além de denegrir a sua imagem perante o meio social ou entre os demais trabalhadores. Não provado o dano moral, resta prejudicada a indenização correspondente. FATO GERADOR DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. O fato gerador do crédito previdenciário é o pagamento do crédito trabalhista de natureza salarial. Portanto, o termo inicial dos juros e da multa é o dia seguinte ao do pagamento das parcelas deferidas na sentença ou no acordo firmado entre as partes e não a data da prestação dos serviços. Embasam tal entendimento os arts. 195, inciso I, alínea "a", da CF e 276 do Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999. Recurso dos reclamados parcialmente provido. TRT/SP 15ª Região 1826-82.2011.5.15.0115 - Ac. 7ª Câmara 75.048/12-PATR. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DEJT 20 set. 2012, p. 684.

18 - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE CONCURSO. CONTRATO NULO. REGISTRO DA CTPS

Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, incisos III e IV da CF) autorizam o registro do efetivo tempo de trabalho em CTPS. Nas hipóteses de nulidade absoluta não é apenas a energia despendida que não pode ser repostas. A inexorável marcha do tempo também não, sendo portanto impossível a plena restituição das partes ao estado anterior. Este argumento assegura a remuneração do trabalho prestado e os depósitos do FGTS, nos termos do art. 19 da Lei n. 8.036/1990, a fim de se evitar o enriquecimento sem causa, e a mesma razão jurídica autoriza seja o tempo efetivo de trabalho, ainda que nulo, objeto de registro em CTPS, sob pena de caracterização de dano irreparável ao trabalhador. IV - Nesse mesmo sentido, vale lembrar que constitui antigo princípio de hermenêutica que "Os fatos de igual natureza devem ser regulados de modo idêntico. *Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*; "onde se depare razão igual à da lei, ali prevalece a disposição correspondente, da norma referida": era o conceito básico da analogia em Roma". (Carlos Maximiliano, **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Editora Forense, 9. ed., 2ª tiragem, pp. 208/210). TRT/SP 15ª Região 01308-26.2011.5.15.0040 RO - Ac. 10ª Câmara 90.366/12-PATR. Rel. João Alberto Alves Machado. DEJT 8 nov. 2012, p.1.253.

19 - AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. CONTRATAÇÃO POR PRAZO DETERMINADO. INVALIDADE NOS CASOS ABRANGIDOS PELO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 2º DA EC N. 51/2006

Os agentes comunitários contratados por entidades públicas de administração indireta, mediante concurso público, que já desempenhavam tais atividades na data da promulgação da EC n. 51 estavam dispensados de se submeter a novo processo seletivo. Assim sendo, válido o reaproveitamento pelo município nos termos da Lei Federal n. 11.350/2006, sendo insustentável a transmutação

de tais contratos em prazo determinado, com a aplicação retroativa da Lei Municipal n. 309/2006, destinada a disciplinar as novas contratações. TRT/SP 15ª Região 13700-50.2009.5.15.0013 - Ac. 1ª Câmara 67.438/12-PATR. Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DEJT 30 ago. 2012, p. 451.

20 - ALICIAMENTO DE TRABALHADORES POR MEIO DE MIGRAÇÃO ILEGAL DE MÃO DE OBRA. DANOS MORAL COLETIVO CARACTERIZADO
O aliciamento de trabalhadores por meio de migração ilegal de mão de obra acarreta injusta lesão à esfera moral da comunidade e violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos, bem como, afronta aos direitos trabalhistas dos trabalhadores e à personalidade de cada um deles. Ainda, caracteriza ofensa à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho, preceitos constitucionais. Tal conduta é ofensiva ao espírito de sociedade. TRT/SP 15ª Região 000584-26.2010.5.15.0050 RO - Ac. 11ª Câmara 78.108/12-PATR. Rel. Flavio Nunes Campos. DEJT 27 set. 2012, p. 922.

21 - ALTERAÇÃO DO REGIME JURÍDICO. LEVANTAMENTO DO FGTS. POSSIBILIDADE

O C. TST adotou o entendimento de que a alteração do regime jurídico ao qual está vinculado o servidor público enseja a extinção do contrato de trabalho (Súmula n. 382). Nesse contexto, cabível o levantamento do FGTS na hipótese de adoção do regime estatutário. Frise-se que o art. 6º, § 1º da Lei n. 8.162/1991, que proibia o saque do FGTS no caso de alteração do regime jurídico do servidor público, foi revogado pela Lei n. 8.678 de 1993. Diante da inexistência de óbice legal para a liberação do FGTS, aplica-se, por analogia, o art. 20, I da Lei 8.036/1990. Recurso ao qual se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 1230-41.2011.5.15.0134 - Ac. 1ª Câmara 50.282/12-PATR. Rel. Thelma Helena Monteiro de Toledo Vieira. DEJT 5 jul. 2012, p. 178.

22 - APOSENTADORIA ESPECIAL. EXTINÇÃO DO CONTRATO. DISPENSA IMOTIVADA DESCONFIGURADA. VERBAS RESCISÓRIAS INDEVIDAS

Ao contrário da aposentadoria comum, a legislação previdenciária impõe o afastamento do trabalhador das atividades em condições prejudiciais à saúde para o recebimento do benefício, conforme dispõe o § 8º do art. 57 da Lei n. 8.213/1991. E, ao contrário do que pretende fazer crer o reclamante, a empresa não tinha nenhuma obrigação de transferi-lo para o exercício de outra atividade. Assim, o pedido de aposentadoria especial e sua concessão pelo INSS extinguiram o contrato de trabalho do autor, restando indevidos os pagamentos de aviso prévio e acréscimo de 40% sobre o FGTS, deferidos na origem. Recurso da ré a que se dá provimento. TRT/SP 15ª Região 130000-22.2009.5.15.0005 - Ac. 2ª Câmara 55.826/12-PATR. Rel. José Otávio de Souza Ferreira. DEJT 26 jul. 2012, p. 277.

23- ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL. INDENIZAÇÃO. PERTINÊNCIA
O rigor excessivo como prática empresarial para estimular o cumprimento de metas, degradando as condições de trabalho, aviltando o princípio da dignidade humana e ignorando as peculiaridades de cada indivíduo, pode configurar o que vem sendo chamado de “assédio moral organizacional”, passível de condenação judicial por dano moral, como no caso dos autos. Recurso patronal ao qual se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 226400-76.2009.5.15.0077 - Ac. 5ª Câmara 52.603/12-PATR. Rel. Ana Maria de Vasconcellos. DEJT 12 jul. 2012, p. 462.

24 - AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL. LEI N. 12.506/2011. APLICAÇÃO IMEDIATA.

A Lei n. 12.506/2011, que dispõe sobre o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, tem aplicação imediata, depois de oficialmente publicada (arts. 1º e 6º da LINDB), alcançando todos os contratos de trabalho ainda não finalizados, inclusive no caso de aviso prévio indenizado, cujo período deve integrar o tempo de serviço do empregado para todos os efeitos legais. TRT/SP 15ª Região 128-96.2012.5.15.0053 - Ac. 7ª Câmara 94.947/12-PATR. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DEJT 29 nov. 2012, p. 1.255.

25 - AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL. LEI N. 12.506/2011. APLICAÇÃO IMEDIATA

A Lei n. 12.506/2011, que regulamenta o aviso prévio proporcional, tem aplicação imediata e alcança todas as situações ainda não concretizadas no império da lei anterior, de modo que atinge os contratos de trabalho em vigor quando da sua publicação e vigência, inclusive aqueles em curso em decorrência da integração do período do aviso prévio, ainda que indenizado, ao tempo de serviço. TRT/SP 15ª Região 020-24.2012.5.15.0132 - Ac. 7ª Câmara 60.180/12-PATR. Rel. Fabio Grasselli. DEJT 2 ago. 2012, p. 796.

26 - BANCÁRIO. CARGO DE CONFIANÇA. ART. 224, § 2º, DA CLT. ENQUADRAMENTO. DIVISOR 200

Os requisitos para o enquadramento do trabalhador bancário na forma do art. 62, II, da CLT, são distintos daqueles exigidos no § 2º do art. 224 da CLT. Neste último, a confiança exigida é menos rígida, sendo que no primeiro é necessário que o ocupante do cargo tenha plenos poderes de mando e gestão. *In casu*, ficou demonstrado que o reclamante atuava como um Gerente de nível intermediário, submetido a controle de jornada, de modo que o mesmo não detinha plena liberdade para atuar como se fosse um *longa manus* do empregador, não se enquadrando na modalidade de cargo de gestão na forma do art. 62, II, da CLT. O autor exercia atividades de maior responsabilidade e confiança, suficientes para enquadrá-lo na exceção prevista no art. 224, § 2º, da CLT, sendo certo que recebia a gratificação a que alude a parte final deste dispositivo. Na hipótese, o reclamante sujeita-se à jornada de oito horas diárias ou quarenta horas semanais, e, havendo ajuste coletivo no sentido de considerar o sábado como

dia útil de descanso remunerado, deve ser adotado o divisor 200 para fins de liquidação de horas extras, consoante a redação atual da Súmula n. 124, do C. TST. Recurso do reclamante ao qual se dá provimento parcial apenas para que na apuração das horas extras seja observado o divisor 200. TRT/SP 15ª Região 00346-66.2011.5.15.0019 RO - Ac. 6ª Câmara 89.535/12-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DEJT 8 nov. 2012, p. 1.033.

27 - BANCO DO BRASIL S.A. SUCESSOR DE BANCO NOSSA CAIXA S.A. GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. EMPREGADO QUE NÃO OPTOU PELO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS DO SUCESSOR. MANUTENÇÃO DO PAGAMENTO

Não está o sucessor obrigado a manter, na função de confiança que ocupava por longos anos, o empregado da sucedida. Mas, se o comissionamento perdurou por mais de dez anos, o pagamento da gratificação deve ser mantido, ante o princípio da estabilidade econômica (art.468 da CLT c/c Súmula 372 do C. TST). Recurso a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 802-72.2010.5.15.0044 - Ac. 1ª Câmara 72.187/12-PATR. Rel. Adelina Maria do Prado Ferreira. DEJT 13 set. 2012, p. 235.

28 - BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. PRECLUSÃO PARA ARGUIÇÃO

Por traduzir questão de ordem pública, amparada pelo art. 6º da CF de 1988 e pela Lei n. 8.009/1990, a impenhorabilidade atribuída ao bem de família pode ser discutida a qualquer tempo e grau de jurisdição. A penhora do imóvel destinado à moradia permanente da família, atraindo o reconhecimento da nulidade absoluta, pode ser suscitada até o exaurimento da execução, não se sujeitando à preclusão. Agravo de Petição conhecido. TRT/SP 15ª Região 164000-52.2009.5.15.0133 - Ac. 10ª Câmara 61.826/12-PATR. Rel. João Alberto Alves Machado. DEJT 9 ago. 2012, p. 731.

29 - COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. FUNCIONÁRIO DO BANESPA. BANCO SANTANDER. PLANO PRÉ-75. NÃO ADESÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. VIOLAÇÃO

Viola o princípio constitucional da isonomia a atitude dos reclamados que, sem justo motivo, asseguram aos trabalhadores que aderiram ao Plano Pré-75 a preservação do valor da complementação de aposentadoria pelo índice INPC, enquanto que aos não optantes, que seguem acompanhando os reajustes do pessoal da ativa, nada lhes concede, sob o argumento de que os Acordos Coletivos de Trabalho, firmados desde 2001, mantiveram o valor dos salários sem correção, concedendo apenas benefícios que açambarcavam os funcionários ativos. A falta de opção do empregado, por sua vez, não é motivo justificador para respaldar tamanha disparidade, pois não se pode conceber que este, após tempo considerável de trabalho, com consequente aquisição de direitos, prevista em regime assecuratório, tenha que escolher

entre dois planos que se referem a vantagens posteriores, desconhecidas, e que poderiam suprimir, em quaisquer deles, garantias tão arduamente conquistadas e que se tornaram direito adquirido do trabalhador. Equivale a hipótese a uma autêntica “escolha de Sofia”, lançando o trabalhador aos desígnios da sorte, a ser delineada em momento futuro e incerto. TRT/SP 15ª Região 165400-58.2009.5.15.0115 - Ac. 8ª Câmara 59.245/12-PATR. Rel. Maria Cecília Fernandes Álvares Leite. DEJT 2 ago. 2012, p. 748.

30 - COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. PREVI. IPC

No que tange à complementação de aposentadoria, deve ser observada a regulamentação vigente à época da admissão, à exceção de as alterações posteriores revelarem-se mais benéficas, bem como na hipótese de opção relativa a determinado regime, no caso de pluralidade de sistemas (inteligência do entendimento consubstanciado nas Súmulas n. 51, II, e 288 do C. TST). O regulamento interno prevê expressamente a aplicação dos índices do IPC sobre os salários de contribuição, o que tornam devidas, em consequência, as diferenças de complementação de aposentadoria postuladas. Recurso ordinário do reclamante provido. TRT/SP 15ª Região 265-38.2010.5.15.0089 - Ac. 5ª Câmara 75.210/12-PATR. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DEJT 20 set. 2012, p. 612.

31 - COMPLEMENTAÇÃO DE PENSÃO. EMPREGADO DA FEPASA. APLICAÇÃO DO PISO SALARIAL DE 2,5 SALÁRIOS MÍNIMOS E DO REAJUSTE DAS CLASSES SUBSEQUENTES. DIFERENÇAS. INEXISTÊNCIA

Não há que se falar em diferenças na complementação de pensão decorrentes da inobservância do piso salarial equivalente a 2,5 salários mínimos estabelecido pela CCT 1995/1996, para a classe 603, e do consequente reajuste devido para as classes subsequentes, resguardada a diferença dos percentuais existentes entre cada classe, a fim de assegurar os critérios estabelecidos na implantação da Estrutura de Cargos e Salários. Os critérios de reajuste para os inativos assegurados pelo art. 4º, da Lei Estadual n. 9.343/1996, limita-se ao mesmo índice dos ferroviários, não havendo qualquer garantia legal de que, após a aposentadoria, as diferenças entre classes previstas no Plano de Cargos e Salários, com a equidistância percentual entre elas, seriam mantidas. TRT/SP 15ª Região 263-69.2012.5.15.0066 - Ac. 8ª Câmara 95.496/12-PATR. Rel. Erodite Ribeiro dos Santos De Biasi. DEJT 29 nov. 2012, p. 1.327.

32 - CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA. VALIDADE

A prorrogação automática do contrato de experiência, por período que não ultrapasse o prazo máximo de 90 dias, é válida quando ajustada expressamente, tornando prescindível o termo de prorrogação assinado pelo empregado. TRT/SP 15ª Região 1546-06.2011.5.15.0053 - Ac. 2ª Câmara 70.331/12-PATR. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DEJT 5 set. 2012, p. 477.

33 - CONTRATO DE TRABALHO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CARGO EM COMISSÃO. NOMEAÇÃO ESTRIBADA EM LEI. OFENSA AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE. NULIDADE

Por expresse comando constitucional, a Administração Pública deve pautar seus atos no rígido princípio da legalidade. Contudo, comprovado que o cargo em comissão então desempenhado não guarda as características próprias - como sendo de confiança, de importância para desenvolvimento da atividade administrativa, complexo, que importe responsabilidades pelas atribuições exercidas e tenha o exercente qualificação especializada - deve ser declarado nulo o contrato de trabalho então havido, na medida em que viola o princípio da moralidade administrativa, nada obstante a nomeação atender à formalidade do ato vinculado. FAZENDA PÚBLICA. CONTRATO DE TRABALHO. INEXISTÊNCIA DE PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO. NULIDADE, RESGUARDANDO, EXCLUSIVAMENTE, A CONTRAPRESTAÇÃO MÍNIMA. Contratação de servidor pela Administração, sem a prévia realização de concurso público, viola norma constitucional (art. 37, II, CF), imperioso o reconhecimento de sua nulidade. Todavia, nada obstante, presença de conflitos principiológicos entre o Direito Laboral e o Administrativo e entre as normas consolidadas e as constitucionais, inegável a indispensabilidade do pagamento da remuneração, diante do caráter sinalagmático da relação jurídica, atentando-se para a supremacia do interesse público sobre o particular (art. 8º da CLT). Nesse passo, deve existir uma contraprestação mínima (salário e/ou saldo salarial), bem assim e exclusivamente eventual sobrelabor, tais como: horas extras, adicional noturno e o realizado em situações adversas de insalubridade e/ou periculosidade, sem quaisquer outros consectários acessórios previstos na legislação trabalhista. TRT/SP 15ª Região 119400-27.2007.5.15.0064 - Ac. 8ª Câmara 86.118/12-PATR. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DEJT 25 out. 2012, p. 731.

34- CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DECISÃO ANTERIOR À MEDIDA PROVISÓRIA N. 449/2008 E À LEI N. 11.941/2009. DEVIDOS JUROS PELA TAXA SELIC E MULTA MORATÓRIA APÓS O DIA 2 DO MÊS SEGUINTE AO DA LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA. INTELIGÊNCIA DO ART. 43 DA LEI N. 8.212/1991 E ART. 276 DO DEC. N. 3.048/1999. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E LEGALIDADE ESTRITA

Não se pode confundir data de constituição da obrigação com data de configuração em mora, notadamente quando a incidência tributária é acessória do débito trabalhista. Incabível aplicação retroativa da lei, de modo que quando a decisão for proferida antes da publicação da Medida Provisória n. 449, publicada em 4.12.2008 e da Lei n. 11.941, publicada em 28.5.2009, o cômputo do juros pela taxa SELIC e da multa moratória é devido após o dia 2 do mês seguinte ao da liquidação de sentença. Inteligência do preceituado no art. 43 da Lei n. 8.212/1991 e art. 276 do

Decreto n. 3.048/1999, aplicados em consonância com os princípios da estrita legalidade e da segurança jurídica (art. 5º, LIV e 150 da CF/1988). TRT/SP 15ª Região 163800-58.2005.5.15.0077 AP - Ac. 1ª Câmara 77.080/12-PATR. Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DEJT 27 set. 2012, p. 520.

35 - CORREIOS. ANISTIA. LEI N. 8.878/1994

O art. 2º da Lei n. 8.878/1994 prevê que a anistia restringe-se apenas àqueles que formularem requerimento perante Comissão própria (cuja criação foi prevista no art. 5º), e assegura prioridade à análise dos que já tinham efetuado requerimento perante a Comissão Especial constituída pelo Decreto de 23.6.1993. Considerando que a anistia está vinculada à existência de processo administrativo, no qual o Poder Executivo analisa os requisitos para a sua concessão, não há que se falar em *actio nata* antes da solução deste requerimento. Em razão do princípio da separação dos Poderes, não cabe ao Poder Judiciário fazer a análise da pertinência da anistia, concedendo os pedidos formulados pela autora (reintegração, pagamento dos salários do período de afastamento e indenização), que são meros efeitos daquela. Cabe ao Judiciário analisar tais pretensões somente quando deferida a anistia, o que não ocorreu no caso dos autos. Extinção da ação com fundamento nos arts. 267, VI e 301, §4º do CPC. TRT/SP 15ª Região 1745-76.2010.5.15.0113 - Ac. 2ª Câmara 74.630/12-PATR. Rel. Mariane Khayat. DEJT 20 set. 2012, p. 449.

36 - DANO MORAL CARACTERIZADO. DISPENSA ABUSIVA E DISCRIMINATÓRIA. DIRIGENTE SINDICAL

A atuação do trabalhador na entidade sindical, imprescindível para a defesa dos interesses da categoria, é protegida pela estabilidade provisória no emprego e tem fundamento nos arts. 8º, VIII, da CF e 543, § 3º, da CLT. Não há como cancelar a dispensa de um trabalhador eleito para representar uma categoria profissional, sem justa causa, pelo fato de exercer seu direito constitucional de ação e acesso ao judiciário, sob pena de abalar um pilar fundamental à manutenção da Democracia, tão cara e custosa para nosso País. Injustificável a atitude da empregadora. Sua discordância em relação às pretensões deduzidas pelo empregado em ação judicial, um direito basilar do Estado Democrático de Direito, garantido como cláusula pétrea dentre os direitos fundamentais da pessoa humana (art. 5º, da Carta Magna), não autoriza a demissão, como admitido na contestação, sem justa causa. TRT/SP 15ª Região 1003-81.2010.5.15.0103 - Ac. 4ª Câmara 58.012/12-PATR. Rel. Dagoberto Nishina de Azevedo. DEJT 26 jul. 2012, p. 367.

37 - DANO MORAL E MATERIAL. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. NEUROCISTICERCOSE

Incontroverso nos autos que ele foi vítima de acidente laboral em 24.1.2001, no entanto, a perda da capacidade laborativa não guarda nexo causal com o infortúnio experimentado pelo reclamante. Infelizmente o recorrente é

portador de sequela relacionada a cisticercose, que é causada por larva da *taenia solium*, cuja presença está associada à zonas pobres, onde se come carne de porco e onde esses animais são criados soltos nas ruas e lixões. Depreende-se dos autos que, não obstante o acidente de trabalho, inclusive com emissão de CAT, o empregador não afrontou qualquer conduta imposta pelo ordenamento jurídico, haja vista a ausência de nexo de causalidade entre o infortúnio e o labor. TRT/SP 15ª Região 181600-22.2003.5.15.0093 - Ac. 11ª Câmara 57.774/12-PATR. Rel. Eder Sivers. DEJT 26 jul. 2012, p. 681.

38 - DANO MORAL. FALTA DE ANOTAÇÃO DA CTPS. VERDADEIRA CAPITIS DIMINUTIO DO EMPREGADO

A falta de anotação da CTPS do empregado, por mais de 10 anos, configura trabalho informal, uma chaga que precisa ser extirpada de nossa sociedade. Na informalidade o trabalhador se encontra numa situação tão inferiorizada que se poderia até supor estar submetido a uma *capitis diminutio*. Com efeito, ele não pode nem sequer comprovar que é empregado, quer para a obtenção de crédito ou aquisição de bens, quer para demonstrar sua vida profissional. Além disso, realmente não poderá gozar os benefícios previdenciários correspondentes a uma relação de emprego e, no final das contas, ter reconhecido, de plano, seu tempo de trabalho para o sagrado direito à aposentadoria. de modo que o empregador viola, a um só tempo, vários direitos fundamentais do trabalhador, principalmente ao pleno emprego, quando deixa de cumprir sua obrigação mais comezinha, a de anotar a CTPS do empregado, obrigação tão simples de ser efetivada que o legislador entendeu, ainda em 1943, que 48 horas seriam suficientes para tanto, *ex vi* do art. 29 da CLT. O dano moral nesse caso é presumido, independe de prova, pois se trata de dano moral *in re ipsa*. Recurso adesivo ao qual se dá provimento. TRT/SP 15ª Região 1195-36.2010.5.15.0128 - Ac. 4ª Câmara 85.285/12-PATR. Rel. José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva. DEJT 25 out. 2012, p. 601.

39 - DANOS MORAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO CONTRATUAL. INDENIZAÇÃO

O descumprimento das obrigações decorrentes do contrato de trabalho não é, por si só, circunstância caracterizadora de violação a direito de personalidade do trabalhador, hábil a gerar direito a reparação por danos morais. TRT/SP 15ª Região 284-08.2011.5.15.0122 - Ac. 8ª Câmara 81.704/12-PATR. Rel. Claudinei Zapata Marques. DEJT 10 out. 2012, p. 756.

40 - DANOS MORAIS. JUSTIÇA DO TRABALHO. INOBSERVÂNCIA DE OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS. NÃO OCORRÊNCIA

No âmbito do no âmbito do Direito do Trabalho, para a configuração do dano moral, é necessária a ocorrência da violação à honra pessoal do trabalhador,

não bastando a mera inobservância do cumprimento das obrigações decorrentes do vínculo empregatício. TRT/SP 15ª Região 222600-74.2008.5.15.0077 - Ac. 7ª Câmara 94.618/12-PATR. Rel. Carlos Alberto Bosco. DEJT 29 nov. 2012, p. 1.229.

41 - DEPOIMENTO PESSOAL E PROVA TESTEMUNHAL. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO

A parte tem o direito de obter, através do depoimento pessoal da contrária, a confissão real. O indeferimento da oitiva do preposto, sem que ao menos se explicitem as razões para tanto, importa em cerceamento de defesa. Do mesmo modo, há cerceio quando se indefere a produção de prova testemunhal destinada a esclarecer fatos acerca da prestação de serviços que teria perdurado por mais de duas décadas. Ainda que o juízo *a quo* estivesse convencido acerca dos fatos que envolviam a demanda, a prova pretendida não se revelava inútil ou meramente protelatória, daí porque impunha-se a colheita dos depoimentos, pois não se pode olvidar que o acervo probatório também se destina ao juízo *ad quem*. Incidência da garantia prevista no art. 5º, LV, da CF. TRT/SP 15ª Região 77200-66.2009.5.15.0021 - Ac. 7ª Câmara 80.451/12-PATR. Rel. Fabio Grasselli. DEJT 4 out. 2012, p. 643.

42 - DEPÓSITOS DO FGTS. PARCELAMENTO PERANTE A CEF. FALTA DE INTERESSE DE AGIR

O parcelamento efetuado pela CEF em favor do empregador, visando aos depósitos do FGTS de seus empregados, é legal, conforme art. 5º, inciso IX da Lei n. 8.036/1990. Se não houver notícia de descumprimento do parcelamento ou situação que autorize o saque do FGTS, como nos casos do art. 20 da Lei n. 8.036/1990, conclui-se que o empregado não tem interesse de agir, pois a ausência de depósito integral do FGTS não lhe acarreta quaisquer prejuízos. Portanto, deve o processo ser extinto, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, inciso VI do CPC. TRT/SP 15ª Região 1383-22.2011.5.15.0022 - Ac. 3ª Câmara 81.423/12-PATR. Rel. Eleonora Bordini Coca. DEJT 10 out. 2012, p. 516.

43 - DESCANSOS ESPECIAIS PARA LACTANTES. CRECHE FORNECIDA PELA EMPRESA. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS MÍNIMOS LEGAIS

A finalidade da lei, ao dispor sobre a obrigação de as empresas fornecerem local apropriado para guarda e amamentação dos filhos das suas empregadas, é a proteção à maternidade e ao infante. Logo, a não observância pela empresa das exigências mínimas para adequação da creche, previstas no art. 400 da CLT, ou a distância entre a sede da empresa e a creche, sem o fornecimento de condução para as mães-empregadas, fere o sentido teleológico da lei e enseja a adequação das instalações e respectiva compensação indenizatória. TRT/SP 15ª Região 001482-

08.2011.5.15.0146 RO - Ac. 8ª Câmara 78.400/12-PATR. Rel. Desig. Flavio Allegretti de Campos Cooper. DEJT 27 set. 2012, p. 731.

44 - DIFERENÇAS SALARIAIS. APLICAÇÃO DO PISO SALARIAL PAULISTA. EXISTÊNCIA DE PISO SALARIAL NORMATIVO. PREVALÊNCIA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA. VERBA INDEVIDA

Com o escopo de regulamentar o art. 7º, V, da CF, a Lei Complementar n. 103/2000 passou a autorizar os Estados a instituir piso salarial para os empregados que não contam com piso salarial definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho. Portanto, existente piso salarial fixado mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho, não há que falar na aplicação da norma mais favorável, ainda que ela seja uma lei estadual que estabeleça o piso salarial para o Estado de São Paulo. Recurso da autora a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 771-24.2011.5.15.0139 - Ac. 2ª Câmara 56.769/12-PATR. Rel. José Otávio de Souza Ferreira. DEJT 26 jul. 2012, p. 224.

45 - DIFERENÇAS SALARIAIS. BASE DE CÁLCULO. BIÊNIO. MUNICÍPIO DE BOTUCATU

Consoante expressamente previsto na Lei Municipal n. 2.164/1979, são os vencimentos do trabalhador a base de cálculo do biênio, e não o salário básico. TRT/SP 15ª Região 1376-55.2010.5.15.0025 - Ac. 3ª Câmara 66.811/12-PATR. Rel. Desig. Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira Gulla. DEJT 23 ago. 2012, p. 654.

46 - DIREITO MATERIAL DO TRABALHO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE DA TOMADORA. EXISTÊNCIA DE BASE LEGAL

É responsável a tomadora de serviços pelos direitos trabalhistas dos empregados contratados pela prestadora, não havendo qualquer ilegitimidade de parte. Quem se aproveita do trabalho humano se torna responsável pelos seus custos. Inteligência da Súmula n. 331 do TST, que tem respaldo, conforme autorização expressa do art. 8º da CLT, nos princípios protetores do aproveitamento do trabalho humano (art. 7º, *caput* da CF de 1988 e art. 932, III, do CC), da boa-fé objetiva (art. 422 do CC), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF de 1988), da função social dos contratos (art. 421 do CC), da proteção da confiança, da analogia (art. 455 da CLT) e, também, do direito comparado no Mercosul (Chile e Uruguai que preveem responsabilização solidária em alguns casos de terceirização), à míngua de regulamentação legal da terceirização no direito brasileiro. Recurso que se nega provimento para manter a responsabilidade subsidiária da tomadora, conforme deferido pelo MM Juízo de origem. TRT/SP 15ª Região 44000-22.2009.5.15.0004 - Ac. 6ª Câmara 92.248/12-PATR. Rel. Firmino Alves Lima. DEJT 13 nov. 2012, p. 234.

47 - DISPENSA ARBITRÁRIA. DEMISSÃO SEM JUSTA CAUSA E SEM O CUMPRIMENTO DE AVISO PRÉVIO DE TRABALHADOR QUE ACABA DE SE TER NOTÍCIA DE PORTAR GRAVE DOENÇA. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. PRESUNÇÃO DE ATO DISCRIMINATÓRIO. RECONHECIMENTO DO DIREITO DE REINTEGRAÇÃO E DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 7º, I, CF E DO ART. 4º DA LEI N. 9.029/1995

Constitui ato discriminatório a dispensa de trabalhador tendo como real motivo o fato de ser portador de Hepatite C. A discriminação, nos casos de portadores de Hepatite C, HIV, esquizofrenia, cardiopatia, entre outras doenças graves, de conhecimento do empregador, é presumida. Sendo assim, caberia ao empregador a comprovação de que a dispensa não ocorreu em decorrência da enfermidade acometida ao empregado. Demissão de empregado efetivada imediatamente após receber resultado de exame que comprova que está com a saúde debilitada, portando grave doença, não é simples exercício de direito do empregador. É, sim, arbitrariedade e deixando claro o desleixo em relação à saúde de seus trabalhadores. Demonstra, ainda, que esse trabalhador não lhe tem mais serventia e deve ser despedido, abandonado à própria sorte, sem sequer salário e/ou plano de saúde que o permita se cuidar e, por óbvio, sem boas condições para conseguir novo emprego. A CF protege os trabalhadores contra a dispensa arbitrária (art. 7º, I), impondo como dever de todos o cuidado com a saúde (art. 196, CF). Ainda, obsta quaisquer atos discriminatórios a pessoas e a trabalhadores, especialmente em conformidade com o disposto nos seus arts. 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, *caput* e XLI, e 7º, XXX. Além das disposições constitucionais, aplicam-se também, ainda que por analogia, as regras estabelecidas pela Lei n. 9.029/1995, cujo intuito é o de vetar qualquer tipo de prática discriminatória às trabalhadoras. Assim, o autor tem direito à reintegração postulada. Ademais, a dispensa arbitrária de empregado com a saúde debilitada, portando grave doença e, conseqüentemente, necessitando de tratamento médico e da manutenção de seu emprego, caracteriza evidente dano moral, com direito à indenização postulada. Recurso provido, para condenar as reclamadas à reintegração do reclamante, com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, nos termos do art. 4º da Lei n. 9.029/1995 e a responder pelo dano moral causado. TRT/SP 15ª Região 1662-22.2011.5.15.0082 - Ac. 5ª Câmara 83.445/12-PATR. Rel. Samuel Hugo Lima. DEJT 18 out. 2012, p. 857.

48 - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. DOENÇA GRAVE. NULIDADE DA RESCISÃO. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO

Configura atitude discriminatória o ato do empregador que, ciente de que o empregado suporta sequelas físicas importantes, decorrentes de acidente sofrido no ambiente de trabalho, além de estar acometido de graves distúrbios psiquiátricos, dispensa o trabalhador sem a ocorrência de justa causa. Nessas circunstâncias, a reintegração no emprego é medida que se impõe, como

forma de assegurar o respeito à dignidade humana e ao valor social do trabalho, fundamentos da República Federativa do Brasil (arts. 1º, III e IV, e 3º, IV, e 5º, *caput*, da CF/1988). DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. DOENÇA GRAVE. DANO MORAL O tratamento discriminatório dispensado pelo empregador ao empregado, no ato da dispensa, configura ato ilícito (art. 187 do CC), consubstanciado no abuso do direito potestativo do empregador, em rescindir o contrato de trabalho, sem respeitar a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, assim como de observar o objetivo fundamental da República em erradicar todas as formas de discriminação (arts. 1º, III e IV, e 3º, IV, e 5º, *caput*, da CF/1988). Inconteste o abalo moral proporcionado pelo empregador, ao impor ao empregado a perda de seu emprego no momento em que suporta as graves e debilitantes consequências físicas e psicológicas do acidente sofrido no ambiente de trabalho. TRT/SP 15ª Região 00419-02.2010.5.15.0010 RO - Ac. 1ª Câmara 90.687/12-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DEJT 8 nov. 2012, p. 861.

49 - EMPREGADO PÚBLICO MUNICIPAL. PEDIDO DE DEMISSÃO. INVESTIDURA EM NOVO CARGO MEDIANTE CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE DESCONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO LABORAL. FORMAÇÃO DE NOVO VÍNCULO CONTRATUAL ANTE A RUPTURA DO ANTERIOR. INEXISTÊNCIA DE UNICIDADE CONTRATUAL

A investidura em novo cargo por empregado público decorrente de aprovação em concurso público caracteriza a formação de uma nova relação de trabalho, atento a que a ruptura do vínculo contratual anterior é, inclusive, *conditio sine qua non* para assunção da nova função pelo candidato aprovado em virtude da vedação constitucional de acumulação remunerada de cargos públicos. Inexistência de unicidade contratual. TRT/SP 15ª Região 1499-49.2011.5.15.0015 - Ac. 6ª Câmara 68.304/12-PATR. Rel. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani. DEJT 30 ago. 2012, p. 615.

50 - EMPREGADO PÚBLICO. APOSENTADORIA. CONTINUIDADE DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Na ação direta de inconstitucionalidade 1.721-3-DF, o STF decidiu que a aposentadoria espontânea não extingue o contrato de trabalho e declarou a inconstitucionalidade do 1º do art. 453 da CLT. Assim, a concessão de aposentadoria não acarreta o surgimento de um novo contrato, razão pela qual não há necessidade de nova aprovação em concurso público. No caso em tela, o reclamante seria detentor da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição da República, conforme art. 19 do ADCT e Súmula n. 390, I do C. TST. A dispensa imotivada do servidor, nessa hipótese, é nula. Recurso do reclamado não provido. ESTABILIDADE. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. ESPÓLIO. IMPOSSIBILIDADE A conversão da reintegração em indenização substitutiva tem por finalidade solucionar questões nas quais a reintegração é desaconselhável (art. 496,

da CLT) ou, nas garantias provisórias de emprego, quando ultrapassado o limite temporal da estabilidade. Sendo a prestação de serviços de natureza personalíssima, também o é o direito a ela, o que significa dizer que somente o trabalhador tem legitimidade para postular o direito ao emprego. No caso presente, contudo, o *de cujus* não formulou, em vida, tal pretensão, sendo improcedente o pagamento, ao espólio, de indenização substitutiva do período estável. Recurso do autor não provido. TRT/SP 15ª Região 1000-95.2007.5.15.0018 - Ac. 2ª Câmara 91.688/12-PATR. Rel. Thelma Helena Monteiro de Toledo Vieira. DEJT 13 nov. 2012, p. 142.

51 - EMPREGADO PÚBLICO. APOSENTADORIA. EFEITOS NO CONTRATO DE TRABALHO

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.721-3-DF, o STF decidiu que a aposentadoria espontânea não extingue o contrato de trabalho e declarou a inconstitucionalidade do 1º do art. 453 da CLT. Assim, a concessão de aposentadoria não acarreta a rescisão contratual, razão pela qual o trabalhador, quando dispensado sem justa causa, faz jus à multa de 40% sobre o FGTS. Aplicação da OJ n. 361 da SDI I do C. TST. Recurso provido. TRT/SP 15ª Região 689-19.2011.5.15.0098 - Ac. 9ª Câmara 72.732/12-PATR. Rel. Thelma Helena Monteiro de Toledo Vieira. DEJT 13 set. 2012, p. 640.

52 - EMPREGADOR. SOCIEDADE EMPRESÁRIA. CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA. IMPOSSIBILIDADE

Os benefícios atinentes à justiça gratuita podem ser concedidos ao empregador, desde que pessoa física que não possa arcar com as custas do processo. Não é possível a concessão da justiça gratuita ao empregador sociedade limitada, por ausente o estado de miserabilidade do destinatário. Ausente o preparo. Recurso não conhecido. TRT/SP 15ª Região 504- 90.2012.5.15.0018 - Ac. 7ª Câmara 94.507/12-PATR. Rel. Carlos Alberto Bosco. DEJT 29 nov. 2012, p. 1.205.

53 - ENTE PÚBLICO MUNICIPAL. CONTRATAÇÃO PELO REGIME DA CLT. CARGOS EM COMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. AVISO PRÉVIO, MULTA DE 40% DO FGTS E DOS ARTS. 467 E 477 DA CLT

Os cargos de provimento em comissão destinam-se apenas a atribuições de direção, chefia e assessoramento e, ante sua natureza transitória, seus ocupantes são passíveis de livre nomeação e exoneração pelo administrador público, tornando o regime celetista incompatível com o exercente de cargo comissionado. Indevidos, portanto, o aviso prévio, a multa de 40% do FGTS e dos arts. 467 e 477 da CLT. TRT/SP 15ª Região 1013-22.2011.5.15.0126 - Ac. 5ª Câmara 64.928/12-PATR. Rel. Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes. DEJT 16 ago. 2012, p. 450.

54 - ESTABILIDADE DO ART. 118 DA LEI N. 8.213/1991. DOENÇA OCUPACIONAL CARACTERIZADA. ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES DA EMPRESA. IRRELEVÂNCIA

Doença ocupacional configurada e afastamento superior a 15 dias. O reclamante tem direito à estabilidade acidentária, na forma da Súmula n. 378 II do Eg. TST. Irrelevante o encerramento das atividades da empresa. O empregador suporta o ônus da garantia do emprego por doze meses, porque corre os riscos do empreendimento e se favorece da força de trabalho do empregado. Logo, se desfruta dos benefícios, deve responder pelos riscos, dividindo com o empregado os prejuízos experimentados, que, no caso, são presumidos pelo legislador. TRT/SP 15ª Região 131300-17.2008.5.15.0114 - Ac. 4ª Câmara 87.094/12-PATR. Rel. Ana Cláudia Torres Vianna. DEJT 30 out. 2012, p. 383.

55 - ESTABILIDADE PROVISÓRIA GESTANTE. ART. 10, II, "B", DO ADCT. CONCEPÇÃO NO CURSO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. DEVIDA

A condição para a empregada gestante auferir a estabilidade provisória, garantia erigida no texto constitucional, é que a concepção ocorra no curso do contrato de trabalho. Assim, considerando que o aviso prévio indenizado integra o contrato de trabalho, consoante entendimento sedimentado na OJ n. 82 da SBDI-I do C. TST, segundo o qual "a data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado", bem como que o contrato de trabalho encontra-se vigente, mesmo durante o período do aviso prévio indenizado - interpretação que se extrai do art. 487 da CLT -, tem-se que a empregada faz jus à estabilidade provisória de emprego, quando confirmada que a concepção ocorreu no período de projeção do aviso prévio indenizado, logo, na vigência do contrato de trabalho. Recurso da reclamada a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 815-04.2012.5.15.0076 - Ac. 6ª Câmara 96.625/12-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DEJT 29 nov. 2012, p. 1.143.

56 - EXPLORAÇÃO DE TRABALHO INFANTIL. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS. PROTEÇÃO INTEGRAL E PRIORITÁRIA DO EXPLORADO

É vedado o trabalho noturno, insalubre, perigoso e penoso a quem não completou dezoito e qualquer trabalho antes dos dezesseis, exceto na condição de aprendiz, a partir dos catorze anos de idade (CF, art. 7º, XXXIII; arts. 402, 403, 404 e 405 da CLT; art. 67, I e II do ECA). A contratação irregular de adolescente com 15 anos de idade por empresa interposta, para trabalho noturno de coleta de aves, em benefício de frigorífico que as abate e comercializa, é passível de gerar vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços (Súmula 331, I, do C. TST). No caso, sendo patente a inidoneidade econômico-financeira da terceirizada, que nem

sequer formalizou a contratação do adolescente, o mínimo que se pode fazer é manter a responsabilidade solidária do frigorífico que se beneficiou dos serviços prestados, ante a impossibilidade de *reformatio in pejus*. Prestigia-se, assim, a proteção integral e prioritária (princípios consagrados no art. 227 da CF/1988; art. 1º e ss. do ECA) que deve ser devotada a crianças, adolescentes e jovens, uma vez que, neste caso, a família, a sociedade e o Estado já falharam no cumprimento de sua missão. Recurso ordinário a que, no particular, se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 298-18.2010.5.15.0060 - Ac. 10ª Câmara 87.668/12-PATR. Rel. José Roberto Dantas Oliva. DEJT 30 out. 2012, p. 492.

57 - EXPOSIÇÃO AO CHUMBO E RUÍDO. TRABALHO REALIZADO POR DEZESSETE ANOS EXPONDO O EMPREGADO A CONDIÇÕES INSALUBRES. NÃO COMPROVAÇÃO DE USO OU SUBSTITUIÇÃO REGULAR DE EPI'S. DEVER DE INDENIZAR

Provado que o trabalhador laborou em condições inadequadas, exposto, dentre outras substâncias, ao chumbo, e submetido a ruído, patente o dever do empregador de reparar o dano. A Reclamada não se desvencilhou de seu ônus probatório quanto a efetiva entrega e real uso dos EPIs (art. 7º, XXII da CF, art. 168, III da CLT). Exames laboratoriais marcadores de chumbo serico datados de 1996 a 2003 (reclamante admitido em 1987 e aposentado por invalidez em abril/2006) não obstante apontem níveis de contaminação abaixo do recomendado, certo é que na atividade desenvolvida pelo obreiro ele esteve exposto ao chumbo, já que uma das maneiras de inalação é por poeira (trabalhou também no recebimento de matéria prima e no coletor de pó que é uma mistura de sucatas da fábrica, com resíduos do forno que contém ferro, chumbo, alumínio, cal virgem, carvão coque de petróleo). TRT/SP 15ª Região 54700- 57.2007.5.15.0059 - Ac. 11ª Câmara 47.932/12-PATR. Rel. Eder Sivers. DEJT 28 jun. 2012, p. 676.

58 - GARANTIA DE EMPREGO. TRABALHO DOMÉSTICO

Na forma do art. 118 da Lei n. 8.213/1991, é inaplicável ao trabalhador doméstico a respectiva garantia de emprego, uma vez que a Lei faz referência expressa a Empresa e a auxílio-doença acidentário, em que não se enquadra o trabalho doméstico. TRT/SP 15ª Região 979-83.2011.5.15.0114 - Ac. 3ª Câmara 47.731/12-PATR. Rel. José Pitas. DEJT 28 jun. 2012, p. 330.

59 - GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. DEVIDA

A Lei, ao conferir tal benesse à gestante, teve como objetivo primordial a proteção à criança que vai nascer, sua fragilidade e os cuidados que ela, nesse momento, precisa. O art. 10, II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, tem como objetivo resguardar o direito ao emprego para efetiva garantia ao nascituro, daí porque não fixa qualquer

prazo para comunicação ou comprovação do estado gravídico da empregada, bem como não faz qualquer distinção entre contrato por prazo determinado ou indeterminado. Assim sendo, tanto a empregada contratada por prazo indeterminado quanto a empregada contratada por prazo determinado são detentoras do direito à estabilidade provisória da gestante, prevista no art. 10, II, “b”, do ADCT. A responsabilidade da reclamada pelo pagamento da estabilidade provisória da gestante, independentemente do conhecimento do estado de gravidez, é objetiva, sendo também devida, ainda quando se trate de contrato de experiência, modalidade de contrato por prazo determinado. Nesse sentido, a atual jurisprudência do C. TST, através da Súmula n. 244, itens I e III, com a nova redação. TRT/SP 15ª Região 00976-32.2012.5.15.0070 RO - Ac. 5ª Câmara 92.955/12-PATR. Rel. Ana Maria de Vasconcellos. DEJT 22 nov. 2012, p. 348.

60 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ADVOGADO PARTICULAR. IMPOSSIBILIDADE

Nesta Justiça Especializada a verba honorária advocatícia somente é devida se o autor for beneficiário da justiça gratuita e o patrocínio da causa for feito por entidade sindical. Inteligência da Lei n. 5.584/70 (Súmulas n. 219 e 329 do C. TST) e OJ n. 305 da E. SDI-I do C. TST. TRT/SP 15ª Região 158-86.2010.5.15.0123 - Ac. 8ª Câmara 94.145/12-PATR. Rel. Desig. Thomas Malm. DEJT 29 nov. 2012, p. 1.320.

61 - HORAS EXTRAS. HABITUALIDADE. SUPRESSÃO UNILATERAL. SERVIDOR PÚBLICO. SÚMULA N. 291. CABIMENTO

A indenização prevista na Súmula n. 291 é devida ao servidor público que deixa de prestar as horas extras habitualmente laboradas por ato unilateral do empregador. TRT/SP 15ª Região 000774-43.2010.5.15.0129 - Ac. 8ª Câmara 78.393/12-PATR. Rel. Claudinei Zapata Marques. DEJT 27 set. 2012, p. 729.

62 - HORAS *IN ITINERE*. PRINCÍPIO DA REALIDADE

Pelo Princípio da Realidade e pelo disposto, na última parte do art. 7º da CF/1988, não se pode aplicar o instrumento coletivo, nem o art. 7º, XXVI da CF/1988, se, na realidade, o tempo despendido para percurso seja maior do que o previsto na norma coletiva, principalmente, se se tratar do disposto no § 3º do art. 58 da CLT. TRT/SP 15ª Região 892-76.2010.5.15.0110 - Ac. 3ª Câmara 84.649/12-PATR. Rel. José Pitas. DEJT 18 out. 2012, p. 697.

63 - ILEGITIMIDADE E AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA. PRESTADORA QUE RECORRE, PUGNANDO PELA EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA TOMADORA. NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO

Os argumentos recursais da primeira ré, de que a correclamada é parte ilegítima para figurar no presente feito, de que há impossibilidade jurídica

do pedido em face dela e de que esta não foi empregadora do reclamante, mas mera tomadora dos serviços, não comportam conhecimento, uma vez que a recorrente não é parte legítima para pleitear em nome próprio direito alheio, concernente à exclusão da responsabilidade da segunda ré. HORAS EXTRAS. SISTEMA ESPECIAL DE REVEZAMENTO 12X36, AUTORIZADO POR NORMA COLETIVA. LABOR EM PERÍODO NOTURNO, COM VIOLAÇÃO DO INTERVALO INTRAJORNADA. SOBREJORNADA CARACTERIZADA. Incontroverso que o autor, vigilante, se ativava em escala especial de revezamento 12X36, das 18h00 às 6h00, a violação do intervalo intrajornada redonda na ocorrência de sobrejornada, haja vista a redução da hora noturna. INTERVALO INTRAJORNADA. VIGILANTE. DEVER DE PERMANECER COM O RÁDIO LIGADO, PARA EVENTUAL EMERGÊNCIA. TEMPO À DISPOSIÇÃO CONFIGURADO. Ainda que reconhecida pelo obreiro a fruição parcial dos intervalos intrajornada e apesar de a testemunha patronal ter afirmado a infrequência do acionamento de vigilantes durante tais interregnos, a obrigação de manter o rádio ligado no período destinado ao descanso e à alimentação impede sua dedução da jornada, porque configura tempo à disposição. JUSTA CAUSA. IMPUGNAÇÃO ÀS ADVERTÊNCIAS E SUSPENSÕES APENAS EM GRAU RECURSAL. INOVAÇÃO. Considerando-se que, na inicial, o reclamante limitou-se a alegar que as verbas rescisórias não haviam sido quitadas e que, mesmo diante da juntada aos autos dos avisos de advertência e suspensão e do comunicado de dispensa por justa causa, não impugnou oportunamente referidos documentos, lançando mão de “razões finais remissivas”, a impugnação em grau recursal se revela inovatória e, por isso, não pode ser considerada. TRT/SP 15ª Região 347-54.2011.5.15.0018 - Ac. 8ª Câmara 72.442/12-PATR. Rel. Erodite Ribeiro dos Santos De Biasi. DEJT 13 set. 2012, p. 587.

64 - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. BOMBEIROS

Afirmou o reclamante sentir-se constrangido e humilhado por ter de realizar tarefas que não são da sua competência funcional, como limpar locais públicos ou afixar faixas em postes e árvores da cidade, quando da realização de algum evento. Destarte, a descrição do quanto desenvolvido de forma eventual, e por toda a corporação, não permite concluir pela exposição do bombeiro reclamante a situação vexatória ou que macule sua honra, mormente porque da mesma forma está servindo à comunidade e o trabalho é exigido dentro da sua jornada diária e em razão da corporação possuir todo o aparato necessário à realização destes serviços, também de competência do Município empregador. TRT/SP 15ª Região 00141-91.2012.5.15.0022 RO - Ac. 9ª Câmara 93.544/12-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DEJT 22 nov. 2012, p. 387.

65 - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ACIDENTE DE TRABALHO. CULPA DA EMPREGADORA

Não se pode isentar a empregadora de zelar pela segurança do trabalho

executado por seus funcionários em suas dependências, pois o art. 157 da CLT impõe ao empregador a obrigação de cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho, bem como de instruir os empregados quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças de origem ocupacional. Existência de culpa da empregadora para a ocorrência do acidente. TRT/SP 15ª Região 127000-45.2009.5.15.0027 - Ac. 7ª Câmara 60.152/12-PATR. Rel. Luiz Roberto Nunes. DEJT 2 ago. 2012, p. 790.

66 - INDENIZAÇÃO POR DOENÇA OCUPACIONAL. PARCELA ÚNICA. AUSÊNCIA DE JULGAMENTO *EXTRA PETITA*

A substituição de pensão por indenização em parcela única, prevista no art. 950, parágrafo único, do CC, pode ser concedida sem que haja pedido específico na inicial, diante da equivalência monetária entre as duas modalidades de indenização. Tal prática se insere no poder diretivo e no livre convencimento do julgador (arts. 765, da CLT e 131, do CPC), estando, ainda, autorizada pelo art. 461, do CPC, que prevê adoção de “providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”. Preliminar de nulidade do julgado rejeitada. TRT/SP 15ª Região 40600-92.2007.5.15.0093 - Ac. 8ª Câmara 95.502/12-PATR. Rel. Erodite Ribeiro dos Santos De Biasi. DEJT 29 nov. 2012, p. 1.328.

67 - INÉPCIA DA INICIAL. INFORMALIDADE. PRINCÍPIOS DA ECONOMIA E DA CELERIDADE PROCESSUAL

Verificando-se que a petição inicial preencheu os requisitos contidos no § 1º, do art. 840, da CLT, fornecendo elementos suficientes para que a reclamada pudesse impugnar os pedidos ali consignados, não há como manter o reconhecimento de inépcia da inicial, ressaltando que no processo do trabalho imperam a informalidade e a aplicação dos princípios da economia e da celeridade processual. Inépcia da inicial que ora se afasta. TRT/SP 15ª Região 1243-86.2011.5.15.0054 - Ac. 7ª Câmara 78.859/12-PATR. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DEJT 4 out. 2012, p. 602.

68 - INTERVALO INTRAJORNADA. ÔNUS DA PROVA

Considerada a existência de pré-assinalação dos horários referentes ao intervalo para refeição e descanso, ao reclamante competia o ônus de demonstrar a concessão irregular do intervalo intrajornada, vez que se trata de fato constitutivo de seu direito, nos termos dos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC. E, de tal ônus, o autor desvencilhou-se de forma satisfatória, razão pela qual fica mantida a condenação respectiva. Recurso ordinário da reclamada não provido. TRT/SP 15ª Região 16700-46.2007.5.15.0072 - Ac. 5ª Câmara 71.586/12-PATR. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DEJT 5 set. 2012, p. 674.

69 - JUSTA CAUSA. ART. 474, CLT

Embora seja ato faltoso, cometido pelo empregado, dormir no posto de serviço, é razoável entender-se que na punição do ato faltoso o Empregador

agiu com excesso de rigor, ante o disposto no art.474 da CLT. Deve-se aplicar o disposto, no artigo citado, particularmente no caso em que a função do trabalhador não era de vigia e que trabalhou para o empregador por 13 anos e 7 meses. TRT/SP 15ª Região 1318-26.2010.5.15.0066 - Ac. 3ª Câmara 88.540/12-PATR. Rel. José Pitas. DEJT 30 out. 2012, p. 342.

70 - LEI N. 8.987/1995, § 1º DO ART. 25. AUTORIZAÇÃO DE CONTRATAÇÃO DE TERCEIROS PARA DESEMPENHAR ATIVIDADES INERENTES À ATIVIDADE DA CONCESSIONÁRIA. INTERPRETAÇÃO

A autorização prevista no § 1º do art. 25 da Lei n. 8.987/1995, pelo princípio da legalidade, previsto no art. 37 da CF/1988, tem apenas efeito administrativo. Perante o Direito do Trabalho, entende-se haver atividade fim e portanto vínculo direto com o Tomador de Serviços, inclusive por força da lei citada, que não exclui a responsabilidade do terceirizante. TRT/SP 15ª Região 242-09.2011.5.15.0073 - Ac. 3ª Câmara 57.940/12-PATR. Rel. José Pitas. DEJT 26 jul. 2012, p. 347.

71 - LICENÇA-MATERNIDADE. DIREITO FUNDAMENTAL. SERVIDORA PÚBLICA. PRORROGAÇÃO PREVISTA EM LEI MUNICIPAL. DEVIDA

A licença-maternidade constitui direito fundamental, cujo objetivo é tutelar o vínculo afetivo entre mãe e filho. A proteção à infância é o bem maior a ser preservado por ser essencial à formação de um cidadão sadio física e psicologicamente. Deste modo, a interpretação da lei municipal, que instituiu a prorrogação da licença-maternidade pelo prazo de 60 dias, deve se pautar pela diretriz da efetividade dos direitos fundamentais. Assim sendo, insustentável a concessão do benefício apenas às servidoras estatutárias, notadamente porque a legislação municipal em nenhum momento estabeleceu distinção neste sentido. TRT/SP 15ª Região 1048-90.2010.5.15.0069 - Ac. 1ª Câmara 58.096/12-PATR. Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DEJT 26 jul. 2012, p. 164.

72 - MORTE DE TRABALHADOR. CHOQUE ELÉTRICO. CULPA DA RECLAMADA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ATIVIDADE DE RISCO

Presente o risco na atividade da reclamada e nas tarefas atribuídas ao trabalhador morto, de modo que aplicável o comando insculpido no parágrafo único do art. 927, do CC. Referido risco é decorrente de um mister exercido sob condições que imponham um ônus maior do que aqueles exercidos pelo homem mediano em uma situação normal de labor, o que inclui o ambiente ruinoso de trabalho propiciado ao empregado, ensejando, a caracterização da responsabilidade objetiva do empregador. O laudo do Instituto de Criminalística da Superintendência da Polícia Técnico-Científica do Estado de São Paulo asseverou sobre a não desenergização do local onde ocorreu o infortúnio, levando o obreiro à morte por choque elétrico. TRT/SP 15ª Região 00787-83.2012.5.15.0028 RO - Ac. 11ª Câmara 90.093/12-PATR. Rel. Eder Sivers. DEJT 8 nov. 2012, p. 1.364.

73 - MUNICÍPIO DE IRACEMÁPOLIS. ALTERAÇÃO DE LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. INTERPRETAÇÃO CONTROVERTIDA. CONFISSÃO. VALIDADE
As controvérsias na interpretação da legislação municipal pelas partes se mostra irrelevante quando provado que o reclamado, em processos diversos mas com o mesmo objeto que o presente, firmou acordo explicitando o objetivo da lei, em consonância com o quanto pretendido pelo reclamante, eis que equivale a uma confissão do direito de receber o objeto da ação. No caso, a Lei n. 1.877/1910 transformou os empregos públicos de Oficial I, II e III em Oficial Administrativo, o município reconheceu que deve pagar as diferenças salariais à partir da sua publicação e, como corolário, houve a redução da jornada de trabalho, de 220 para 180 horas mensais. TRT/SP 15ª Região 1463-56.2011.5.15.0128 - Ac. 9ª Câmara 94.739/12-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DEJT 29 nov. 2012, p. 1.352.

74 - MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS. GRATIFICAÇÃO SUS. REAJUSTE PREVISTO NA LEI MUNICIPAL N. 10.343/1990. DEVIDO
Tratando-se de legislação municipal que instituiu a parcela Gratificação SUS e atrelou o reajuste da parcela ao percentual de reajuste dos repasses efetuados pelo governo federal à municipalidade (PAB FIXO), faz jus a trabalhadora aos reajustes decorrentes de referida variação de repasse, nos exatos termos da legislação municipal. MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS. GRATIFICAÇÃO SUS. INCORPORAÇÃO DA PARCELA. DEVIDA Não obstante a lei municipal que criou a gratificação preveja inexistência de incorporação, observa-se que o município não pode legislar em afronta à disposição do art. 457 da CLT. Tratando-se de parcela paga habitualmente, com nítido caráter salarial, faz jus o empregado público à incorporação da parcela, para todos os efeitos legais. ASSÉDIO MORAL. PERSEGUIÇÃO NÃO COMPROVADA. INDENIZAÇÃO INDEVIDA A análise da prova oral evidencia que existiram desentendimentos ante o fato de a reclamante, com fulcro nas normas do COREN, se recusar a efetuar procedimentos nos pacientes e a superior hierárquica priorizar o atendimento das necessidades dos usuários, não havendo, como quer fazer crer a reclamante, qualquer tratamento desonroso ou vexatório. Decisão que se mantém. TRT/SP 15ª Região 175100-25.2008.5.15.0008 - Ac. 8ª Câmara 74.470/12-PATR. Rel. Eliana dos Santos Alves Nogueira. DEJT 13 set. 2012, p. 549.

75 - MUNICÍPIO. REAJUSTE SALARIAL LINEAR. AJUSTE AO MÍNIMO LEGAL. AFRONTA AO ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NÃO CARACTERIZAÇÃO
O município demandado, através de leis complementares promulgadas nos anos de 2007 a 2010, reviu os valores da tabela numérica de referência salarial, concedendo aumentos lineares para todos os servidores, com o intuito de adequar as referências mais baixas à vedação constitucional de pagamento de salário inferior ao mínimo nacional. É verdade que a

alteração de todas as referências salariais com o acréscimo de idêntico valor, indistintamente, imprimiu maior percentual de reajuste aos servidores que percebiam menor remuneração, porém, esse acréscimo é verba distinta do reajuste anual de que trata o art. 37, X, da Constituição da República, com ele não se confundindo. O município exerceu uma faculdade permitida pela ordem jurídica, qual seja, a majoração de vencimentos mediante lei. Se tal prática desagradou os quadros de carreira do Município recorrente, deveriam os interessados discuti-la junto ao Poder Executivo e Legislativo do município reclamado, para que nova solução política fosse encontrada. Todavia, não cabe ao Poder Judiciário transformar em reajuste salarial a alteração decorrente do ajuste das referências menores para se atingir valor superior ao salário mínimo nacional. A pretensão do autor encontra óbice, ainda, na Súmula 339 do C. STF. Recurso do município a que se dá provimento, para afastar a condenação de origem. TRT/SP 15ª Região 1514-82.2011.5.15.0026 - Ac. 2ª Câmara 65.976/12-PATR. Rel. José Otávio de Souza Ferreira. DEJT 23 ago. 2012, p. 598.

76 - NULIDADE DO CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. ULTRAPASSADO PRAZO DE 90 DIAS. DIA DE INTEGRAÇÃO NA EMPRESA. TEMPO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

Considerado que o dia de integração na empresa consiste em convite ao candidato, que não tem direito potestativo a aceitar ou não o convite, sendo intuitivo que o mesmo ostenta cláusula implícita de não recusa, há incidência do art. 4º da CLT, o qual considera como tempo de efetivo serviço aquele em que o empregado esteja à disposição do seu empregador, aguardando ou executando ordens. Assim, se o trabalhador se colocou à disposição do empregador, terá cumprido sua obrigação fundamental e, mesmo que não haja prestação de serviços, o período deverá ser computado como de efetivo serviço. TRT/SP 15ª Região 1020-11.2010.5.15.0009 - Ac. 9ª Câmara 49.311/12-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DEJT 5 jul. 2012, p. 572.

77 - OPERADOR DE COBRANÇA. ADICIONAL DE DUPLA FUNÇÃO DEVIDO APENAS AOS EMPREGADOS QUE UTILIZAM FONE DE OUVIDO (HEAD FONE). OFENSA AO ART. 9º DA CLT. USO DE TELEFONE CONVENCIONAL. ADICIONAL DEVIDO

A função de operador de cobrança impõe a utilização simultânea de aparelhos de telefonia e terminal de computador, uma vez que a comunicação entre clientes e usuários é realizada a distância. Destarte, não há distinção entre o trabalho realizado por meio de telefone convencional daquele realizado com fone de ouvido, pois inexistente diferença na função exercida com um ou com outro aparelho de comunicação. TRT/SP 15ª Região 69600-81.2009.5.15.0089 RO - Ac. 6ª Câmara 89.611/12-PATR. Rel. Antonia Regina Tancini Pestana. DEJT 8 nov. 2012, p. 1.049.

78 - PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. CATEGORIA DIFERENCIADA. AJUDANTE DE MOTORISTA. EMPREGADOR ATUANTE NA ÁREA DO COMÉRCIO NÃO REPRESENTADO POR SEU ÓRGÃO DE CLASSE. IMPROCEDÊNCIA. SÚMULA N. 374 DO TST

Tratando-se de empresa do ramo varejista que tenha por trabalhador ajudante de motorista, este não fará jus à PLR prevista no instrumento coletivo da categoria diferenciada porque a empresa não foi representada por seu órgão de classe na elaboração da norma coletiva. Entendimento da Súmula n. 374 do TST. TRT/SP 15ª Região 1767-17.2011.5.15.0076 - Ac. 3ª Câmara 56.951/12-PATR. Rel. Edmundo Fraga Lopes. DEJT 26 jul. 2012, p. 298.

79 - PLANO DE CARREIRA, CARGOS E SALÁRIOS. FUNDAÇÃO CASA. PRESCRIÇÃO PARCIAL

A prescrição a ser aplicada aos pedidos de diferenças salariais baseados na inobservância de critérios de evolução salarial definidos por Plano de Carreira, Cargos e Salários, é a parcial. Inaplicável a prescrição total em razão da lesão não se configurar ato único, mas ser renovável mensalmente. Aplicação da OJ n. 404 da SDI-1 do TST. CONTATO COM AGENTES BIOLÓGICOS. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. ENQUADRAMENTO NAS ATIVIDADES DESCRITAS PELA NR-15. NECESSIDADE Para que o contato com agentes biológicos seja enquadrado como risco ambiental ensejador de pagamento de adicional de insalubridade faz-se necessária sua previsão no Anexo 14 da NR-15 do Ministério do Trabalho e Emprego. TRT/SP 15ª Região 439- 63.2010.5.15.0019 - Ac. 7ª Câmara 95.021/12-PATR. Rel. Carlos Alberto Bosco. DEJT 29 nov. 2012, p. 1.270.

80 - PLANO DE CARREIRA. PROGRESSÕES HORIZONTAIS POR ANTIGUIDADE. DIFERENÇAS SALARIAIS

A deliberação da Diretoria da ECT, prevista no PCCS como requisito necessário para a concessão de progressão por antiguidade, por se tratar de condição puramente potestativa, não constitui óbice ao deferimento da progressão horizontal por antiguidade aos empregados, quando preenchidas as demais condições dispostas no aludido plano conforme OJ Transitória n. 71 da SDI-1 do TST. Recurso ordinário da reclamada a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 1195-30.2011.5.15.0054 RO - Ac. 8ª Câmara 88.680/12-PATR. Rel. Claudinei Zapata Marques. DEJT 8 nov. 2012, p. 1.135.

81 - PORTEIRO. DESEMPENHO DE FUNÇÕES TÍPICAS SEM FORMAÇÃO EM CURSO DE VIGILANTE. CONTRATO REALIDADE. PROVIMENTO

A profissão de vigilante depende, entre outros requisitos previstos na Lei n. 7.102/1983, de aprovação em curso de formação em vigilantes. Tendo o autor desempenhado funções típicas dessa categoria profissional, afigura-se razoável o deferimento de vencimentos diferenciados com base no contrato realidade sem, contudo, correção da anotação na CTPS, com base analógica na

OJ n. 125, da SBDI-1 do C. TST. Do contrário, haveria manifesta vantagem para a empresa utilizar os serviços de vigilante mediante remuneração de porteiro. TRT/SP 15ª Região 915-03.2010.5.15.0084 - Ac. 8ª Câmara 53.527/12-PATR. Rel. Flavio Allegretti de Campos Cooper. DEJT 19 jul. 2012, p. 507.

82 - PRÉ-CONTRATO. NULIDADE DO CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO

O conceito de “contrato”, traduz-se em uma manifestação de vontades entre dois ou mais agentes, e pode ser definido como acordo feito com base na vontade das partes e na autorização jurídica, capaz de criar, regular, modificar ou extinguir relações jurídicas de conteúdo patrimonial. O instituto do contrato preliminar, ou pré-contrato, foi formalmente disciplinado pelo CC de 2002, nos arts. 462, 463, 464, 465 e 466. Quando um contrato preliminar é firmado, com a observância das devidas formalidades, estabelecem as partes a obrigatoriedade do cumprimento do seu objeto, que é a elaboração do contrato definitivo. Sendo assim, qualquer uma delas, pode exigir o cumprimento de tal obrigação. Isso, só não ocorrerá na hipótese de existência de uma Cláusula de arrependimento, que permite que qualquer dos contraentes volte atrás e postule o desfazimento da avença preliminar. De acordo com o art. 442 da CLT, os contratos de trabalho podem ser expressos ou tácitos. Nesse sentido, a manifestação da vontade, como elemento essencial dos contratos em geral, se revela pelo mero comportamento das partes contratantes, que, presentes, inclusive com observância da boa-fé objetiva, não gera apenas a expectativa de contratação, mas, sim, direitos. Nesse mesmo sentido, o contrato de experiência tem por finalidade a verificação de aspectos objetivos e subjetivos relacionados ao labor e às partes para que a contratação ou extinção sejam efetivadas em momento posterior. Portanto, verificando-se que a contratação de trabalhador para período de treinamento teve, na verdade, a finalidade de verificar a sua capacidade, inclusive pela submissão a teste admissional, a natureza jurídica da vinculação é a mesma dos contratos de experiência e havendo a extrapolação do período máximo para a vinculação experimental, deve ser declarado nulo e reconhecido o vínculo de emprego por todo o período. Recurso não provido. TRT/SP 15ª Região 00680-92.2011.5.15.0151 RO - Ac. 3ª Câmara 89.263/12-PATR. Rel. Helcio Dantas Lobo Junior. DEJT 8 nov. 2012, p. 977.

83 - PRESCRIÇÃO E NATUREZA JURÍDICA DO AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO PAGO PELA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL AOS ATIVOS E INATIVOS

O Auxílio Alimentação foi instituído por decisão da Diretoria na forma da Ata n. 23, de 22.12.1970, sendo que naquele momento nada dispunha sobre a natureza da verba. Logo, é inaplicável o disposto na Súmula n. 241 do C. TST. Aliás, corrobora tal conclusão o fato de que a posterior Norma de Serviço n. 59/1971, que veio para uniformizar o fornecimento, estabeleceu que o auxílio-alimentação “poderá ser, a critério de cada empregado, em gêneros alimentícios ou em fornecimento de refeições”. Tratando-se de

verdadeira prestação *in natura*, a integração ao salário é de rigor, nos termos do art. 458 da CLT. Nesse mesmo sentido, pela Ata n. 402, de 24.10.1978, a Diretoria explicitou o cunho remuneratório de salário *in natura*. Portanto, tal benefício, de caráter salarial, passou a integrar o contrato de trabalho e não poderia sofrer alterações prejudiciais posteriores, segundo o comando do art. 468 da CLT. Irrelevante, assim, que tempos depois de suas admissões o auxílio-alimentação tenha sido objeto de negociação coletiva, que alterou a natureza da verba para indenizatória a partir de 1987, ou que, a partir de 1991 tenha a CEF aderido ao PAT. Dessa forma, segundo a regra do art. 468 da CLT e o entendimento da Súmula n. 51 do C. TST e, para se evitar violação dos princípios da inalterabilidade contratual da condição mais benéfica e o direito adquirido, a alterações ocorridas a partir de 1987 e 1991, pela negociação coletiva ou pela adesão ao PAT apenas poderiam atingir os empregados admitidos depois dessas alterações. Portanto, a transmutação de parcela salarial para natureza diversa da contratada é inadmissível, sob pena de violar-se o disposto no art. 5º, inciso XXXVI da CF/1988. Nesse ensejo, diante da impossibilidade de se convalidar a alteração contratual pretendida pela tentativa de transmutação, resta configurada mera hipótese de descumprimento contratual reiterado com a supressão da natureza salarial do auxílio alimentação. Assim, a prescrição que se aplica ao pleito das repercussões salariais do auxílio alimentação é a parcial, por força do art. 37, XXIX da CF/1988, salvo quanto a prescrição dos recolhimentos do FGTS sobre o auxílio-alimentação que é trintenária, e não quinquenal, na esteira da Súmula n. 362 do C. TST. Em relação ao pagamento do auxílio alimentação dos inativos, o pleito também está preservado do alcance prescricional. Sabendo que ao menos desde fevereiro de 2008 (rescisão) os reclamantes deixaram de receber o auxílio alimentação, desde então tinham ciência de que foi adotado o regulamento de 1997, razão pela qual teve início o prazo prescricional bienal para discutir os critérios então utilizados. Dessa forma, cabe a aplicação do entendimento da Súmula n. 326 do C. TST, pois não se trata de mero pedido de diferenças, mas de alteração do critério até hoje respeitado. Portanto, considerando-se que ainda não ultrapassado o prazo bienal subsequente às rescisões contratuais, o pleito para pagamento do auxílio alimentação aos inativos deve ser analisado, restando mantida o afastamento da prescrição nuclear. Com efeito, seguindo as diretrizes supra, assevero que a reclamada não poderia suprimir o direito ao auxílio-alimentação dos inativos e sua integração à complementação de aposentadoria, na forma da OJ Transitória n. 51. Nesses termos, a supressão ocorrida em 1995 não atinge os reclamantes, por ser alteração menos favorável, vedada segundo o comando do art. 468 da CLT. Portanto, para fins de aposentadoria, mostram-se irrelevantes as discussões relativas à natureza da verba. TRT/SP 15ª Região 270-07.2010.5.15.0042 - Ac. 5ª Câmara 65.722/12-PATR. Rel. Samuel Hugo Lima. DEJT 23 ago. 2012, p. 751.

84 - PRESCRIÇÃO. AÇÃO ACIDENTÁRIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. REGÊNCIA PELA LEI CIVIL. INAPLICABILIDADE DO ART. 7º, XXIX, CF

Embora existam argumentos doutrinários ponderáveis em sentido contrário, a posição mais acertada é a que reconhece que a prescrição da pretensão indenizatória decorrente de acidente laboral é aquela disciplinada pela lei civil, mesmo para as causas ajuizadas ou remetidas à Justiça do Trabalho após a vigência da Emenda n. 45/2004. A transposição da competência para julgar as causas acidentárias não alterou a natureza jurídica da questão fática conflituosa, tratando-se, ainda, de pretensão indenizatória por ato ilícito, praticado com dolo ou culpa pelo empregador. O bem da vida perseguido pelo reclamante, em ações de infortúnio, não pertence à categoria de créditos resultantes das relações de trabalho (art. 7º, XXIX, CF); ao revés, constitui indenização por reparação civil, não havendo que se falar em crédito laboral *stricto sensu*. Na seara trabalhista, a incidência de prazo prescricional diverso daquele fixado pelo art. 7º, XXIX, da Lei Maior não é novidade, como sempre ocorreu, exemplificativamente, com o interregno trintenário para a cobrança das parcelas do FGTS, observadas, para tanto, as disposições legais de regência (art. 23, § 5º, Lei n. 8.036/1990). Exata, portanto, a correspondência da pretensão indenizatório-acidentária à figura modulada no art. 206, § 3º, V, do Diploma Comum vigente (ou no art. 177 do CC/1916), tratando-se, em última e definitiva análise, de reparação civil por ato faltoso do empregador. São, assim, os da lei civil os prazos de prescrição da pretensão indenizatória decorrente de acidente do trabalho. TRT/SP 15ª Região 00403-76.2011.5.15.0151 RO - Ac. 8ª Câmara 88.726/12-PATR. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DEJT 8 nov. 2012, p. 1.147.

85 - PRESCRIÇÃO. DISTRIBUIÇÃO DA AÇÃO DURANTE O RECESSO. NÃO OCORRÊNCIA

O lapso prescricional de 2 anos encontra-se suspenso durante o recesso trabalhista compreendido entre os dias 20/12 e 6/1 do ano seguinte. Portanto, não há se falar em prescrição se a ação for distribuída no primeiro dia útil subsequente a esse período. TRT/SP 15ª Região 023-98.2010.5.15.0018 - Ac. 8ª Câmara 53.543/12-PATR. Rel. Flavio Allegretti de Campos Cooper. DEJT 19 jul. 2012, p. 510.

86 - PRESCRIÇÃO. FGTS. PARCELAS REMUNERATÓRIAS PLEITEADAS NA INICIAL

Obedecido o biênio para ajuizar a ação, o direito aos valores dos depósitos do FGTS não efetuados durante a contratualidade prescreve em 30 anos, *ex vi* do art. 23, § 5º da Lei n. 8.036/1990. de outra parte, em se tratando da incidência sobre as verbas de natureza salarial deferidas na Reclamação Trabalhista, aplica-se a prescrição quinquenal, eis que o acessório segue a sorte do principal. Inteligência das Súmulas ns. 206 e 362 do C. TST. GUELTAS. NATUREZA JURÍDICA. INTEGRAÇÃO E REFLEXOS. As

gueltas - valores pagos por terceiro, em razão de produtos comercializados pela empregadora e por esta repassadas a seus empregados - possuem natureza salarial e integram o salário do obreiro, semelhantemente às gorjetas, também pagas por terceiros e que têm seu caráter salarial expressamente determinado no art. 457 da CLT. Contudo, conforme preleciona a Súmula n. 354 do C. TST, aplicada por analogia, as gueltas não compõem a base de cálculo das parcelas de aviso prévio, horas extras, intervalo intrajornada, descanso semanal e feriados. TRT/SP 15ª Região 922-49.2010.5.15.0066 - Ac. 6ª Câmara 67.707/12-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DEJT 30 ago. 2012, p. 557.

87 - PROTESTO JUDICIAL. CAUSA INTERRUPTIVA DE PRESCRIÇÃO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. EFEITOS DO PROCEDIMENTO AJUIZADO POR SINDICATO COM BASE TERRITORIAL DISTINTA DO AUTOR DA AÇÃO. REPRESENTAÇÃO SINDICAL. APLICAÇÃO

Apesar de a representação sindical autorizar o manejo das formas processuais em substituição processual (8º, III, da CF/1988 e arts. 91 e seguintes do CDC), não que ser observadas, na seara processual trabalhista, as regras de direito material que regulam a própria representatividade do ente sindical, sendo que esta está diretamente relacionada à sua base territorial. Não se estende a representação processual do Sindicato dos Bancários de Brasília a todo o território nacional, incidindo sobre todas as ações ajuizadas por empregados bancários que não se ativam em sua base territorial específica e delimitada. A decisão obtida por aquela entidade sindical no procedimento próprio por ela ajuizado não tem, lado outro, eficácia *erga omnes* por não se revestir o respectivo procedimento de ação própria com tal efeito em âmbito nacional e nem possuir tal entidade representatividade e abrangência de atuação fora de sua base territorial. Tratou-se, na espécie, de mero protesto judicial para obter efeito interruptivo da prescrição para os substituídos processuais pela própria entidade, ou seja, os bancários da sua base territorial. O limite dado para a atuação espacial do ente sindical advém do art. 8º, parágrafo único, II, da CF e do art. 516 da CLT. Não há como se dar interpretação ampliativa a tais preceitos. Recurso ordinário do reclamante a que se nega provimento quanto ao ponto. TRT/SP 15ª Região 1173-46.2010.5.15.0073 - Ac. 8ª Câmara 62.841/12-PATR. Rel. Thomas Malm. DEJT 9 ago. 2012, p. 622.

88 - REAJUSTES SALARIAIS. ÍNDICES DEFINIDOS PELO CONSELHO DE REITORES DAS UNIVERSIDADES ESTADUAIS PAULISTAS - CRUESP. SERVIDORES DA FUNDAÇÃO MUNICIPAL DE ENSINO SUPERIOR DE MARÍLIA QUE ATUAM EM PROL DA FACULDADE DE MEDICINA DE MARÍLIA. CABIMENTO

Cabíveis os reajustes pretendidos, pois havia leis os autorizando - Decreto Estadual n. 41.554/1997 (fls. 144/145) e Lei Estadual n. 8.889/1994 (fls. 151vº) - de

modo que não subsiste o argumento de ofensa ao art. 37, X, da CF. Não bastasse, a Faculdade de Medicina de Marília, por se tratar de autarquia estadual criada pelo Decreto n. 41.554/1997, não está sujeita às regras constitucionais dispostas no art. 37, inciso X, da CF, pois goza de autonomia financeira, prevista no art. 207, do mesmo diploma legal, podendo gerir seus recursos, advindos não só da alegada dotação orçamentária, mas também das diversas fontes relacionadas no art. 8º, do mencionado Decreto. Não poderia o reclamante ser preterido em relação aos reajustes devidos às demais Universidades vinculadas ao CRUESP, sob pena de configurar violação ao princípio constitucional da isonomia, pois a equivalência aqui pretendida está amparada pelos arts. 5º, *caput*, e 7º, inciso XXXII, da CF, que proíbem “distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos”. Portanto, se a Faculdade se serviu da mão de obra de empregados da Fundação Municipal, é imperioso que aplique a estes os mesmos critérios de reajustes salariais que aplicaria a seus empregados. Esta a diretriz traçada pelo C. TST, que, em situação análoga, firmou entendimento em prol da isonomia (OJ n. 383, da SDI-I).

SOLIDARIEDADE. RESPONSABILIDADE. SERVIDORES DA FUNDAÇÃO MUNICIPAL DE ENSINO SUPERIOR DE MARÍLIA QUE ATUAM NA ATIVIDADE- FIM DA FACULDADE DE MEDICINA DE MARÍLIA Embora não caracterizada a sucessão, na forma dos arts. 10 e 448, da CLT, é incontroverso que a autarquia estadual utilizou-se de servidores pertencentes ao quadro da fundação municipal, até que fosse dotada de quadro próprio, o que permite entrever a prestação de serviços em sua atividade-fim. e não havendo possibilidade de reconhecer o vínculo direto com a autarquia estadual, a solidariedade entre as rés é medida que se impõe. Corroborá esta convicção o quanto alegado pela primeira reclamada, no sentido de que, “por determinação legal, foi atribuída à FAMEMA a **responsabilidade de assunção de todos os direitos e obrigações trabalhistas** referentes aos empregados que se afastassem, mediante autorização do Município ou da Fundação, para nela prestar serviços, iniciando-se tal dever a partir do mencionado afastamento” (grifo nosso).

SUCESÃO TRABALHISTA. SERVIDORES DA FUNDAÇÃO MUNICIPAL DE ENSINO SUPERIOR DE MARÍLIA QUE ATUAM EM PROL DA FACULDADE DE MEDICINA DE MARÍLIA. NÃO CONFIGURAÇÃO Não procede a tese obreira de que teria havido sucessão trabalhista, ao argumento de que, à vista do art. 3º, da Lei Estadual n. 8.898/1994, o quadro funcional da fundação municipal teria sido absorvido pela primeira, com a transferência de atividade econômica, o que configuraria a hipótese prevista nos arts. 10 e 448, da CLT. A hipótese é clara no sentido de que autarquia estadual utilizar-se-ia de servidores pertencentes ao quadro da segunda, autarquia municipal, até que fosse dotada de quadro próprio, o que, por si só, não configura a sucessão trabalhista (art. 1º e 3º, das Disposições Transitórias), mas apenas permite entrever a prestação de serviços em sua atividade fim, o que já redundou em responsabilização solidária das reclamadas. TRT/SP 15ª Região 795-79.2011.5.15.0033 - Ac. 8ª Câmara 94.078/12-PATR. Rel. Erodite Ribeiro dos Santos De Biasi. DEJT 29 nov. 2012, p. 1.310.

89 - RECURSO ORDINÁRIO. DANOS MORAIS. OFENSAS PROFERIDAS PELO PREPOSTO DO EMPREGADOR A TÍTULO DE ESTÍMULO PARA DESEMPENHO. ABUSO DO PODER DE DIREÇÃO. LESÃO À HONRA CONFIGURADA. INDENIZAÇÃO DEVIDA

Na administração do empreendimento, não se nega ao empregador a possibilidade de estabelecer metas de vendas, resultados mínimos por período, rankings entre as filiais e afins, já que é ele que assume os riscos da atividade econômica (CLT, art. 2º). Esse poder, porém, não é ilimitado, pois, por disposição constitucional o empregado tem o direito de ver preservada a sua dignidade. Assim, desborda dos limites legais e pratica abuso de direito, o empregador (ou seus prepostos) que, no afã de obter resultados, estabelece estratagemas contestáveis para sua consecução, ofendendo a honra de seus empregados. A ofensa aos atributos personalíssimos da reclamante, nos seus aspectos de honra e integridade psicológica, enseja a reparação pelo dano moral causado. Recurso obreiro acolhido quanto ao tema. TRT/SP 15ª Região 208100-28.2008.5.15.0004 - Ac. 4ª Câmara 49.787/12-PATR. Rel. Luiz José Dezena da Silva. DEJT 5 jul. 2012, p. 335.

90 - RECURSO ORDINÁRIO. EMPREGADO CUJOS EXAMES SINALIZAVAM A POSSIBILIDADE DE NEOPLASIA MALIGNA. TERMINAÇÃO DO CONTRATO LOGO APÓS O CONHECIMENTO, PELO EMPREGADOR, DO RESULTADO DOS EXAMES. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. QUEBRA DOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA ERRADICAÇÃO DAS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO, DA CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE SOLIDÁRIA E DA ISONOMIA. ARTS. 1º, III, 3º, I E IV, E 5º DA CF. CONVENÇÃO N. 111 DA OIT. REINTEGRAÇÃO

A dispensa de empregado que informa ao empregador o resultado de exames que sinalizam a possibilidade de diagnóstico de neoplasia maligna, desacompanhada de um justo motivo, é suficiente para estabelecer, por si só, uma relação de causa e efeito entre a informação prestada e a dispensa perpetrada, evidenciando, assim, a nota discriminatória inserida no ato patronal, em verdadeiro atentado aos postulados contidos nos arts. 1º, III, 3º, I e IV, e 5º, *caput*, da CF/1988, e à Convenção n. 111 da OIT, devidamente inserida no ordenamento jurídico vigente. Deve-se ter em mente que a dignidade da pessoa humana constitui fundamento do próprio Estado de Direito, conforme assentado na Carta Constitucional, ao passo que a erradicação de todas as formas de discriminação consiste em objetivo fundamental da República. Assim, a dispensa do trabalhador, fundada unicamente no seu estado de saúde, conflita com esses dois princípios essenciais, pois, de uma só vez, atenta contra a dignidade do trabalhador, que se vê privado da fonte de subsistência de sua família exatamente no momento em que ela mais se tornava necessária, para efeito de sua própria sobrevivência inclusive, e incentiva a possibilidade

de discriminação fundada em aspectos pessoais, inerentes à estrutura de cada indivíduo, cuja motivação nada mais é do que uma prevenção contra eventuais afastamentos que o obreiro possa obter, no tratamento de sua morbidade. Essa conduta viola, ainda, o preceito contido no art. 3º, I, da Carta Magna, atentando contra a edificação de uma sociedade solidária, cujo espírito deve ser perseguido em todos os setores sociais, por meio de ações, realizadas dentro da alçada de competências própria a cada um, que visem ao amparo daqueles que se encontram em posição de hipossuficiência nas relações às quais estão jungidos, incluindo-se aí as relações de emprego. Em outros dizeres, a sociedade solidária, objetivo fundamental da República, se apresenta como um instrumento de concreção da igualdade, pois, como ensina Hannah Arendt, os homens não nascem iguais, mas se tornam iguais, precisamente por passarem a integrar uma coletividade em que lhes sejam garantidos direitos iguais. Essa garantia, por sua vez, tem como finalidade maior a proteção da dignidade da pessoa humana. e o atingimento tanto dessa igualdade de direitos quanto da proteção da dignidade da pessoa humana passa necessariamente pela solidariedade social. Portanto, de acordo com as diretrizes traçadas pela Constituição da República, o empregado, portador de doença grave, mas na posse plena de sua capacidade laborativa, deve ter protegida a sua dignidade, através de atos de solidariedade que, no caso em tela, reverberariam na preservação do vínculo empregatício, e não vê-lo cessado, de forma injustificada e discriminatória, exatamente quando sua condição pessoal mais exigia a sua manutenção. Recurso ordinário do reclamante a que se dá provimento. TRT/SP 15ª Região 63000-58.2009.5.15.0052 - Ac. 4ª Câmara 53.072/12-PATR. Rel. Luiz José Dezena da Silva. DEJT 12 jul. 2012, p. 416.

91 - RECURSO ORDINÁRIO. INCAPACIDADE LABORATIVA ORIUNDA DE ACIDENTE. ART. 950 DO CC. PENSÃO MENSAL X INDENIZAÇÃO EM PARCELA ÚNICA. NÃO EQUIVALÊNCIA

A indenização por incapacidade laboral em parcela única, prevista no art. 950, parágrafo único, do CC, não é monetariamente equivalente à soma de todas as parcelas futuras da pensão mensal prevista no *caput* do dispositivo. Isso não só pela menção, no texto legal, à fixação da indenização unitária por arbitramento, mas também pela visível distinção entre os institutos: diferentemente da pensão mensal, de caráter alimentar, a indenização em parcela única visa proporcionar ao trabalhador incapacitado o imediato investimento em nova carreira profissional, com potencial de melhores ganhos futuros. Não se trata, pois, de mero adiantamento das parcelas de pensão futuras. Recurso obreiro não provido quanto ao tema. TRT/SP 15ª Região 179500-89.2009.5.15.0156 - Ac. 4ª Câmara 49.728/12-PATR. Rel. Luiz José Dezena da Silva. DEJT 5 jul. 2012, p. 322.

92 - REINTEGRAÇÃO DETERMINADA EM SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. A SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO DEVE SER LIQUIDADADA NOS SEUS EXATOS LIMITES (ART. 879, § 1º, DA CLT). RECUSA DA EMPRESA EM CUMPRIR A REINTEGRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA REINTEGRAÇÃO PELA SIMPLES INDENIZAÇÃO DO PERÍODO DE DOZE MESES EM SE TRATANDO DE DOENÇA OCUPACIONAL, NOS TERMOS DO ART. 118 DA LEI N. 8.213/1991

A sentença transitada em julgado há de ser liquidada nos seus exatos limites, sem ampliações ou restrições, nos termos do art. 879, § 1º, da CLT. Assim sendo, não é possível a substituição da reintegração determinada na sentença pela simples indenização do período de doze meses após a alta médica, notadamente quando se trata de doença ocupacional, dada a possibilidade de retorno da doença após a volta ao trabalho. Por isso, o art. 118 da Lei n. 8.213/1991 garante a estabilidade de no mínimo doze meses após a alta médica e não de apenas doze meses. Agravo de petição a que se dá provimento. TRT/SP 15ª Região 000492-50.2010.5.15.0114 AP - Ac. 8ª Câmara 78.376/12-PATR. Rel. Desig. Thomas Malm. DEJT 27 set. 2012, p. 655.

93 - REPARAÇÃO CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. AJUDANTE DE CAMINHÃO. ATIVIDADE DE RISCO

Para que haja o direito à reparação civil, mister se faz uma análise comparativa do risco da atividade que gerou o dano ao empregado com o nível de sua exposição, e isso frente ao que se costumou denominar de “homem médio”. É óbvio que um motorista profissional ou seu ajudante estão expostos potencialmente a risco de acidente de trânsito. Assim, se o risco a que estiver exposto o trabalhador se posicionar em nível superior ao risco imposto a um “homem médio” de uma determinada coletividade, entende-se que pertinente se faz o deferimento de indenização, no caso de ocorrência de um dano. Tem-se, pois, que a função de motorista profissional ou o seu ajudante, que laboram diariamente no trânsito, deve ser considerada atividade de risco e, com isso, em caso de malefício, deve ser aplicada a teoria da responsabilidade objetiva do seu empregador, sendo despicienda a prova de sua culpa. TRT/SP 15ª Região 73100-23.2007.5.15.0091 - Ac. 5ª Câmara 52.988/12-PATR. Rel. Ana Maria de Vasconcellos. DEJT 12 jul. 2012, p. 458.

94 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CLIENTE OU CONSUMIDOR DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS. INEXISTÊNCIA

Hodiernamente, as peculiaridades e as exigências da atividade empresarial moderna têm implicado múltiplas relações civis e mercantis entre pessoas jurídicas, segundo o grau de especialização que o mercado lhes confere. Nesse contexto, diversas sociedades empresariais têm se constituído com o objetivo de produzir ou comercializar produtos - ou mesmo prestar serviços - que acabam por ser utilizados (direta ou indiretamente) por outras empresas, durante seus complexos processos de industrialização

ou de desenvolvimento societário. Urge esclarecer, todavia, que a absorção de produtos ou serviços por terceiros, no desempenho de seus sociais fins, não se reveste, por si, do manto da ilicitude, nem autoriza a declaração de vínculo empregatício entre o trabalhador e aquele, na medida em que somente haverá de se falar em terceirização ilícita - nos termos da Súmula 331, I, TST, com o deslocamento do liame contratual para o tomador de serviços - se estiver caracterizada a contratação dissimulada de mão-de-obra por empresa interposta. de outro turno, também não é caso de responsabilidade subsidiária dos terceiros que simplesmente adquirem, de outras empresas, bens ou serviços, para os quais concorreu o labor do reclamante. Sendo o co-reclamado mero consumidor (e não tomador de serviços, segundo a filosofia pretoriana), é incabível sua responsabilização pelos créditos obreiros, ainda que de forma subsidiária. TRT/SP 15ª Região 1835-26.2010.5.15.0003 - Ac. 8ª Câmara 48.767/12-PATR. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DEJT 5 jul. 2012, p. 440.

95 - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO CONSUBSTANCIADO NA OJ N. 191 DA SDI-1 DO TST. ALCANCE

As obrigações trabalhistas oriundas da contratação de empresa interposta, para atuação na atividade-fim da sociedade constituída, devem ser suportadas de forma solidária pela empresa tomadora dos serviços, em face da ilegalidade da contratação, que promoveu a precarização dos direitos trabalhistas. Inteligência do art. 455 da CLT e do entendimento consubstanciado na OJ n. 191 da SDI-1 do TST. TRT/SP 15ª Região 01905-30.2011.5.15.0093 RO - Ac. 1ª Câmara 89.400/12-PATR. Rel. Oséas Pereira Lopes Junior. DEJT 8 nov. 2012, p. 900.

96 - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO. SERVIÇOS VINCULADOS DIRETAMENTE À ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA TOMADORA. INTERFERÊNCIA DIRETA NA ATIVIDADE DA EMPRESA DISTRIBUIDORA. FRAUDE DEMONSTRADA

A prestação de serviços por parte do representante comercial integralmente direcionada à atividade fim da fabricante dos produtos, com estrita observância às diretrizes por ela estabelecidas, afasta a natureza meramente comercial da relação entre a fabricante e a distribuidora, restando evidente a finalidade de afastar a responsabilidade da fabricante dos produtos pelos créditos devidos aos representantes comerciais contratados pela distribuidora. Como ambas as reclamadas se beneficiaram diretamente dos serviços prestados pelo autor e diante da fraude configurada, para a qual as duas empresas concorreram, devem mesmo responder solidariamente pelo valor devido ao reclamante, a teor do disposto no art.942 do CC, de aplicação subsidiária ao Direito do Trabalho (arts. 8º e 9º da CLT). Recurso provido. TRT/SP 15ª Região 707-75.2011.5.15.0151 - Ac. 10ª Câmara 88.444/12-PATR. Rel. Fernando da Silva Borges. DEJT 30 out. 2012, p. 534.

97 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. FISCALIZAÇÃO COMPROVADA

Ainda que não haja controvérsia quanto ao fato de que o reclamante, na qualidade de empregado da 1ª reclamada, prestou serviços em benefício da 2ª reclamada, ora recorrente, inaplicável ao presente caso a responsabilidade subsidiária preconizada na Súmula n. 331 do C. TST. Restou comprovado que a recorrente exercia efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada, tomando as providências necessárias quanto às irregularidades verificadas, o que afasta a omissão fiscalizadora que ensejaria a responsabilidade do ente público terceirizante, nos moldes da já citada Súmula n. 331 do C. TST. Recurso a que se dá provimento, para julgar improcedentes os pedidos formulados em relação à 2ª reclamada. TRT/SP 15ª Região 1342-35.2010.5.15.0137 - Ac. 5ª Câmara 64.994/12-PATR. Rel. Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes. DEJT 16 ago. 2012, p. 462.

98 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE. SÚMULA N. 331, ITEM IV, DO C. TST. NÃO APLICÁVEL. Destacamos o seguinte precedente do C. TST: "RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATAÇÃO DE TRANSPORTADORA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 331, ITEM IV, DO C. TST." A contratação de serviço de empresa transportadora, não determina a responsabilidade subsidiária, quando resta delineado que a contratante não explorava serviço de transporte ou coordenava os motoristas, não havendo que se falar em culpa *in eligendo* e *in vigilando*. A existência de diversas empresas contratadas para o serviço de transporte de produto alimentício não demanda responsabilidade subsidiária, em respeito, inclusive, ao princípio da legalidade, já que sequer há alegação de que houve intuito de fraudar a relação de trabalho. Recurso de revista conhecido e provido. (DJ 9.3.2007 N. TST RR-9720/2002-016-09-40. 6ª Turma Min. Rel. Aloysio Corrêa da Veiga). TRT/SP 15ª Região 131000-41.2007.5.15.0130 - Ac. 11ª Câmara 52.529/12-PATR. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DEJT 12 jul. 2012, p. 655.

99 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. DONO DA OBRA. ENTE PÚBLICO

A condição de dono da obra do ente público não afasta a aplicação do inciso V da Súmula n. 331 do E. TST quando o empreendimento a ser executado viabiliza a consecução de atividade inerente à Administração Pública, como a prestação de serviços educacionais. A hipótese não é de empreitada de construção civil, mas de terceirização de atividade-meio, que atrai a responsabilidade subsidiária do ente público quanto aos créditos trabalhistas inadimplidos pela prestadora dos serviços, se caracterizada a sua culpa *in vigilando*, conforme preconiza o citado verbete de jurisprudência. TRT/SP 15ª Região 1547- 78.2010.5.15.0100 - Ac. 2ª Câmara 79.037/12-PATR. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DEJT 4 out. 2012, p. 391.

100 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. RESTAURANTE. COMODATO
Tendo uma das reclamadas apenas cedido espaço e equipamentos dentro de seu estabelecimento fabril para que a empregadora da reclamante desenvolvesse sua atividade econômica própria (de comercialização e fornecimento de alimentação aos trabalhadores das diversas empresas), não há como a responsabilizar, vez que a mão de obra da empregada em momento algum foi utilizada no processo produtivo daquela ou se tratou de terceirização de atividade-fim. TRT/SP 15ª Região 034-10.2012.5.15.0099 - Ac. 7ª Câmara 86.974/12-PATR. Rel. Luiz Roberto Nunes. DEJT 30 out. 2012, p. 451.

101 - RETENÇÃO INJUSTIFICADA DA CARTEIRA DE TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL DO TRABALHADOR PELA EMPRESA. DANO MORAL CONFIGURADO

A retenção injustificada da CTPS do trabalhador pela empresa, bem como outros documentos, caracteriza dano moral, na medida em que se trata da própria identidade funcional do laborista, que fica impedido de fazer prova de sua vida profissional, podendo, ainda, sofrer prejuízos na busca de outros empregos. Saliente-se, por fim, que a retenção de qualquer documento de identificação pessoal, incluída aqui a carteira profissional, configura contravenção penal, consoante se extrai dos arts. 1º e 3º, ambos da Lei n. 5.553/1968. Evidente, portanto, a lesão sofrida. TRT/SP 15ª Região 1193-87.2011.5.15.0045 - Ac. 10ª Câmara 79.805/12-PATR. Rel. João Alberto Alves Machado. DEJT 4 out. 2012, p. 709.

102 - SERVIDOR PÚBLICO. INCORPORAÇÃO AO SALÁRIO DE TODOS OS SERVIDORES DO MUNICÍPIO DE ABONO CONCEDIDO EM VALOR FIXO, GERANDO REAJUSTE SALARIAL COM ÍNDICES DIFERENCIADOS. VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ART. 37, INCISO X, DA CF. DIFERENÇAS SALARIAIS DEVIDAS

O Município reclamado, ao efetivar a incorporação no salário de todos os seus servidores de um abono concedido em valor fixo, acabou por provocar reajuste salarial diferenciado, na medida em que os detentores de salários maiores auferiram um reajuste com índice inferior àqueles que percebem salários menores. Com a incorporação, o ente público alterou a natureza jurídica do abono, cuja característica é a provisoriedade, passou a integrar de forma definitiva os salários dos servidores. Tal procedimento, ao gerar reajuste salarial com índices diferenciados, violou o dispositivo constitucional supramencionado. Recurso do reclamante provido. TRT/SP 15ª Região 1051-40.2011.5.15.0124 - Ac. 10ª Câmara 75.886/12-PATR. Rel. Fernando da Silva Borges. DEJT 20 set. 2012, p. 744.

103 - TERCEIRIZAÇÃO. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO COMO TOMADORA E BENEFICIÁRIA DOS SERVIÇOS PRESTADOS.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 1º E 37 DA CF/1988, ARTS. 186 E 187 DO CC, ART. 67 E 71, §2º DA LEI N. 8.666/1993, SÚMULA N. 331, V E VI DO C. TST E ADC 16 DO STF

Nas terceirizações cabe ao tomador e real beneficiário dos serviços prestados exigir, acompanhar e fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pela empregadora contratada, sob pena de ser chamado a responder pelo comportamento omissivo por culpa *in vigilando* (arts. 186 e 187 do CC), conforme diretriz da jurisprudência dominante (Súmula n. 331, V do C. TST). Mesmo em se tratando de pessoa jurídica de direito público deve ser mantido referido entendimento, com supedâneo no art.37 da CF/1988, pois o fato de ter ocorrido um processo de licitação não a desonera do encargo legal de fiscalizar a atuação da contratada. A Lei n. 8.666/1993 estabelece normas para licitações e contratos administrativos no âmbito dos poderes da União, Estados e Municípios, que devem ser interpretadas em conformidade com os preceitos constitucionais, notadamente a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, instituídos como fundantes da República, de modo que o disposto em seu art.71 não pode ser utilizado incorretamente como escudo de isenção de responsabilidade pela prática de atos lesivos aos direitos do trabalhador, entendimento que está em consonância com o julgamento proferido pelo E. STF na ADC n. 16. Acrescente-se que cabe ao tomador o ônus de comprovar o cumprimento dos requisitos da Lei n. 8.666/1993, não só quanto às questões documentais, mas do fato como um conjunto, pois é a parte que expressamente detém a aptidão para a prova, ou seja, as melhores condições para demonstrar a fiscalização da atuação da empresa quanto ao cumprimento das obrigações legais trabalhistas (carga probatória dinâmica). Ressalte-se que o reconhecimento da subsidiariedade não implica em transferência de responsabilidade, face à necessária observância do benefício de ordem, de sorte que não se restringe apenas aos casos de irregularidade ou fraude na terceirização, abrangendo todas as situações em que o tomador se beneficiou da força de trabalho e deixou de fiscalizar e acompanhar a atuação da contratada (Súmula 331, VI, C. TST). TRT/SP 15ª Região 001209-68.2011.5.15.0133 RO - Ac. 1ª Câmara 77.047/12-PATR. Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DEJT 27 set. 2012, p. 513.

104 - TESTEMUNHA. DEPOIMENTOS RECÍPROCOS COM O AUTOR. AUSÊNCIA DE SUSPEIÇÃO

O exercício do direito de ação, constitucionalmente garantido, não torna a testemunha suspeita ou impedida, posto que a lei não arrola este fato como mácula à imparcialidade. O mesmo se aplica ao fato do reclamante prestar depoimento em processo movido pela testemunha, pois a presunção constitucional é sempre de inocência, não se podendo ter como suspeito qualquer pessoa, sem que contra ela tenha-se demonstrado tendenciosidade.

Ofende a cidadania a presunção de culpa, como ocorreu no caso, no qual se apresentou como único fato gerador de suspeição a propositura de ação judicial contra a mesma empregadora por dois trabalhadores, considerando-se, ambos, suspeitos. Sem prova de favorecimento do contraditado, ao seu depoimento deve-se atribuir higidez probatória, igualando-o aos demais depoimentos do mesmo jaez. TRT/SP 15ª Região 151600-43.2009.5.15.0153 - Ac. 4ª Câmara 58.733/12-PATR. Rel. Dagoberto Nishina de Azevedo. DEJT 2 ago. 2012, p. 617.

105 - TESTEMUNHA ÚNICA. VALOR PROBANTE

Cumpra afastar o argumento de que a testemunha única não tem força probante bastante para infirmar o conteúdo de uma prova documental, tese coberta pelo pó dos séculos, por ser de uma época em que as normas processuais se achavam envoltas em sombras, longe das luzes da ciência, tal como se dava com o entendimento de que o testemunho de um “nobre” valia mais do que aquele que não era fidalgo. TRT/SP 15ª Região 271-29.2010.5.15.006 - Ac. 6ª Câmara 58.948/12-PATR. Rel. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani. DEJT 2 ago. 2012, p. 656.

106 - VARREDOR DE RUA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CONTATO COM LIXO URBANO

A Norma Regulamentadora n. 15, em seu Anexo 14, Portaria n. 3.214/1978, exige, apenas, o contato com o lixo urbano, não fazendo distinção entre o trabalho dos varredores das vias públicas e o dos que efetuam a coleta de lixo domiciliar, hospitalar e especial. A prova pericial comprovou que a atividade de gari englobava a coleta do lixo para deixá-lo em sacolas, inclusive o lixo domiciliar encontrado em péssimas condições de acondicionamento nas calçadas. de fato, além do demonstrado nos autos, como é público e notório, os varredores, no exercício de suas funções, não raramente encontram águas paradas, objetos de uso pessoal como fraldas, absorventes, preservativos, entre outros. É nítido, portanto, o contato permanente com o agente biológico patogênico, não se podendo acolher a tese de que o reclamante não manteve qualquer contato direto muito menos permanente com lixo urbano, nem mesmo para afastar o grau máximo da insalubridade. TRT/SP 15ª Região 000506-21.2010.5.15.0086 RO - Ac. 3ª Câmara 77.312/12-PATR. Rel. Eleonora Bordini Coca. DEJT 27 set. 2012, p. 549.

107 - VÍNCULO DE EMPREGO. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. TERCEIRIZAÇÃO. ATIVIDADE-FIM. IMPOSSIBILIDADE

O disposto no § 1º do art. 25 da Lei n. 8.987/1995, não impede o reconhecimento do vínculo com a Concessionária de Serviço Público, pois em patente confronto com o Direito do Trabalho, a dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho. Trata-se de norma de direito administrativo e que, portanto, jamais poderia violar normas trabalhistas, tendo em vista a sua função social. TRT/SP 15ª Região 722-17.2010.5.15.0042 - Ac. 3ª Câmara 54.977/12-PATR. Rel. Helcio Dantas Lobo Junior. DEJT 19 jul. 2012, p. 302.

108 - VÍNCULO DE EMPREGO. SUBORDINAÇÃO. TRABALHO EXECUTADO NO DOMICÍLIO

Se no exercício das funções, o trabalhador executa tarefas inseridas no contexto das atividades essenciais ao processo produtivo da empresa, não se exige, para análise do elemento subordinação, prova de expedição de ordens e fiscalização direta, bastando que se passe a ordenar a produção, o que traduz numa forma de organização produtiva. O fato de o serviço ser prestado na casa do trabalhador não exclui a relação de emprego, pois não há distinção entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado (art. 6º, da CLT). O trabalhador em domicílio integra, embora à distância, a organização empresarial sob comando do titular desta, que assume, na realidade prática, todo o risco do negócio. Não se trata de trabalho por conta própria, mas por conta alheia, estando evidente, a subordinação jurídica, principal elemento caracterizador da relação de emprego, bem como a onerosidade, a pessoalidade e a não eventualidade do serviço prestado. TRT/SP 15ª Região 340-08.2011.5.15.0133 - Ac. 4ª Câmara 52.766/12-PATR. Rel. Dagoberto Nishina de Azevedo. DEJT 12 jul. 2012, p. 384.

DIREITO PROCESSUAL

109 - AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA COM INTUITO SATISFATIVO. NÃO CABIMENTO

É incabível ação cautelar preparatória visando a satisfação de direito material de modo definitivo, porquanto a sentença do processo principal serviria apenas para homologar a decisão proferida na demanda acautelatória. TRT/SP 15ª Região 00129-02.2012.5.15.0047 RO - Ac. 6ª Câmara 89.556/12-PATR. Rel. Antonia Regina Tancini Pestana. DEJT 8 nov. 2012, p. 1.037.

110 - AÇÃO DE COBRANÇA AJUIZADA PELO EMPREGADOR. CONTRATO DE MÚTUO. NULIDADE DE CLÁUSULA ACESSÓRIA AO CONTRATO DE TRABALHO, INSERIDA APÓS A ADMISSÃO, IMPLICANDO EM ALTERAÇÃO CONTRATUAL LESIVA AO EMPREGADO. OBRIGAÇÃO INEXIGÍVEL

É nulo o contrato de mútuo pactuado entre as partes para viabilizar compra de veículo novo, em nome do empregado, destinado à execução de atividades externas, exercidas desde a contratação com a utilização de veículo da frota da empresa. Isso porque, a validade do mencionado negócio jurídico deve ser apreciada na condição de cláusula acessória ao próprio contrato de trabalho. Assim, a nulidade decorre da transferência ao trabalhador dos riscos e dos encargos inerentes à propriedade e utilização do veículo, o que configura inadmissível alteração de cláusula contratual em prejuízo ao empregado, por constituir evidente afronta ao disposto nos arts. 2º, *caput*, 9º e 468, da CLT. Recurso provido para absolver o trabalhador da condenação ao pagamento do saldo devedor do contrato de mútuo. TRT/SP 15ª Região 913-87.2010.5.15.006 - Ac. 10ª Câmara 47.439/12-PATR. Rel. Fernando da Silva Borges. DEJT 28 jun. 2012, p. 601.

111 - ACORDO JUDICIAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

Na hipótese de composição entre as partes, a atuação do juiz restringe-se a fiscalizar a compatibilidade do ajuste com o rol de pedidos constante da petição inicial, a fim de evitar que, por meio da transação, seja alcançado fim vedado em lei. Não se configura ato fraudulento uma vez que o título transigido era um dos postulados na exordial. TRT/SP 15ª Região 1558-44.2010.5.15.0121 - Ac. 11ª Câmara 73.831/12-PATR. Rel. Dora Rossi Góes Sanches. DEJT 13 set. 2012, p. 767.

112 - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO ORDINÁRIO. RECOLHIMENTO DE CUSTAS EM GUIA DARF E NÃO PELA GRU. DESERÇÃO. ATO CONJUNTO N. 21/2010 (TST/CSJT/GP/SG). NÃO PROVIMENTO

O apelo não deve ser regularmente processado, posto que o comprovante de recolhimento das custas processuais é inválido, por não estar em conformidade com o art. 1º do Ato Conjunto n. TST.CSJT.GP.SG 21//2010. TRT/SP 15ª Região 090-48.2011.5.15.0141 - Ac. 10ª Câmara 71.160/12-PATR. Rel. Antonio Francisco Montanagna. DEJT 5 set. 2012, p. 770.

113 - AGRAVO DE PETIÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. ALIENAÇÃO REALIZADA ANTES DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO TRABALHISTA. ESCRITURA PÚBLICA. DESNECESSIDADE DE INSCRIÇÃO NO CRI. FRAUDE DE EXECUÇÃO NÃO CARACTERIZADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 84 DO C. STJ

Já está ultrapassado o entendimento de que seria necessária a inscrição da doação no CRI. A Súmula n. 621 do E. STF está superada pela de n. 84 do C. STJ. Esta prevalece sobre aquela, uma vez que a CF de 1988 cometeu ao E. STJ dizer a última palavra sobre a interpretação da lei federal (art. 105, III, letra a). Irrelevante, portanto, o fato de a escritura de alienação ter sido levada a registro após o aforamento da reclamação trabalhista. Recurso provido. TRT/SP 15ª Região 413-21.2012.5.15.0011 - Ac. 4ª Câmara 95.910/12-PATR. Rel. Luiz José Dezena da Silva. DEJT 29 nov. 2012, p. 1.062.

114 - AGRAVO DE PETIÇÃO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE GARANTIA DO JUÍZO

É cediço que o instituto da recuperação judicial tem por escopo garantir o funcionamento da empresa, que continua em pleno gozo de suas faculdades no gerenciamento dos seus recursos, daí porque não há que se dar por prescindível a garantia do Juízo, na forma como determinada pelo art. 884, da CLT. Agravo não conhecido. TRT/SP 15ª Região 32200-82.2009.5.15.0105 - Ac. 5ª Câmara 64.903/12-PATR. Rel. Ana Maria de Vasconcellos. DEJT 16 ago. 2012, p. 446.

115 - CAUTELAR INOMINADA PREPARATÓRIA. NATUREZA INSTRUMENTAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Não pode ser objeto de ação cautelar eventual declaração de inconstitucionalidade de ato do Poder Público, em vista de tal instrumento ter como objetivo apenas a preservação do resultado útil da postulação que venha a ser veiculada pelo processo principal. TRT/SP 15ª Região 159700-16.2008.5.15.0090 - Ac. SDC230/12-PADC. Rel. Henrique Damiano. DEJT 19 jul. 2012, p. 17.

116 - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. DEPOIMENTO PESSOAL. MATÉRIA DE FATO CONTROVERTIDA. DIREITO DA PARTE. IMPOSSIBILIDADE DE INDEFERIMENTO PELO MAGISTRADO

Não se pode olvidar que o Juiz é quem dirige o processo, podendo indeferir as provas que entender desnecessárias, bem como, analisá-las livremente. Entretanto, deverá indicar os motivos que lhe convenceram. Nesse sentido, no indeferimento da prova, o Julgador tem que observar, não somente o seu convencimento pessoal, mas, sim, se na Instância Superior haverá elementos suficientes à análise dos fatos narrados pelas partes nos autos, sob pena de verdadeiro cerceio do direito de defesa. Tal imposição, decorre dos fatos componentes da causa de pedir, pois vinculam o Julgador, devendo dar às partes a oportunidade de produzir as provas efetivamente necessárias, que serão objeto de livre apreciação, sob pena de violação ao Princípio Dispositivo. Nesse sentido, o depoimento pessoal das partes, no processo trabalhista, possui a finalidade de extração de fatos relevantes ao deslinde das questões trazidas à apreciação do Judiciário. Quando a parte admite fato contrário ao seu interesse, espontaneamente, ou de forma provocada, ocorre a confissão real, que se sobrepõe a todos os demais elementos de prova dos autos, inclusive, vinculando o Julgador aos seus termos para a solução da lide. Entretanto, entendo que em raros casos o magistrado pode dispensar o depoimento pessoal, não deixando de lado que se trata de um direito das partes e não mera faculdade do Juiz, como ocorre quando a matéria é exclusivamente de direito ou as provas dos autos são suficientes ao deslinde da questão e não somente ao convencimento do magistrado. Na hipótese de matérias de fato controvertidas e não infirmadas por outros elementos de prova dos autos, entendo que o magistrado não pode indeferir o pedido de depoimento pessoal formulado pela parte adversa, sob pena de cerceamento do seu direito à ampla defesa. Preliminar acolhida. TRT/SP 15ª Região 00512-77.2011.5.15.0123 RO - Ac. 3ª Câmara 93.500/12-PATR. Rel. Helcio Dantas Lobo Junior. DEJT 22 nov. 2012, p. 218.

117 - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA FIRMADO PELA EMPREGADORA EM FAVOR DE SEUS EMPREGADOS. OBRIGAÇÃO DECORRENTE DA RELAÇÃO DE TRABALHO

Com a ampliação da competência da Justiça do Trabalho pela Emenda Constitucional n 45/2004, passou a Justiça laboral a ser competente para julgar quaisquer controvérsias atinentes à relação de trabalho, independentemente da natureza do direito material a ser examinado, na medida em que pouco importa o fundamento jurídico da pretensão, se civil ou trabalhista, sendo suficiente que o fundamento fático tenha se originado do contrato de trabalho, o qual ocupa, em relação ao contrato de seguro, a condição de relação principal, porque foi

através dele que a seguradora obrigou-se a pagar aos trabalhadores ou herdeiros destes a indenização contratada conforme o sinistro, atraindo para esta Especializada a competência material. Recurso acolhido para afastar a preliminar de incompetência material e determinar que se proceda ao julgamento da demanda. TRT/SP 15ª Região 135-22.2010.5.15.0130 - Ac. 4ª Câmara 73.297/12-PATR. Rel. Manoel Carlos Toledo Filho. DEJT 13 set. 2012, p. 393.

118 - CONTRATAÇÃO MEDIANTE PROGRAMA DE CAPACITAÇÃO PARA O TRABALHO. PREFEITURA DE ARARAS. COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO

A situação da reclamante é análoga a daqueles que são contratados pela administração pública sem concurso público e de forma irregular, cuja competência para dirimir as questões é desta Especializada. Com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, a competência da Justiça do Trabalho não mais se limitou “aos dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores”, ou seja, aos litígios decorrentes da relação de emprego, conforme se infere da nova redação dada ao art. 114, inciso I, da Constituição Federal, de modo que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, bem como toda e qualquer controvérsia decorrente da relação de trabalho. A análise da competência da Justiça do Trabalho em razão da matéria decorre da natureza da pretensão formulada na petição inicial. *In casu*, a natureza do pedido da autora fixa a competência material desta Justiça Especializada, na medida em que o rol deduzido às fls. 07/08 é composto de verbas de natureza trabalhista, além de declaração de nulidade da contratação sem concurso público. Declara-se a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar o presente feito. Apelo provido. TRT/SP 15ª Região 150-78.2012.5.15.0046 - Ac. 11ª Câmara 86.290/12-PATR. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DEJT 25 out. 2012, p. 980.

119 - CONTRATO DE TRABALHO TEMPORÁRIO. VALIDADE. ÔNUS DA PROVA

O contrato de trabalho temporário caracteriza-se por extrema excepcionalidade, quer por restringir-se no tempo, quer por constituir hipótese, embora lícita, de terceirização. Por isso, para sua validade, devem ser cabalmente provados seus requisitos legais, não apenas os formais, mas também os materiais, correspondentes às hipóteses legais que o justificam, e de modo específico. O ônus dessa prova cabe às empresas, por força do princípio da continuidade. Recurso do reclamante a que se dá provimento, para reconhecer que o contrato vigorou por prazo indeterminado. TRT/SP 15ª Região 771-83.2011.5.15.0087 - Ac. 2ª Câmara 52.710/12-PATR. Rel. Wellington César Paterlini. DEJT 12 jul. 2012, p. 213.

120 - CONTRIBUIÇÃO SINDICAL PATRONAL RURAL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONFEDERAÇÃO DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO BRASIL - CNA. DESNECESSIDADE DE CERTIDÃO EMITIDA PELO MINISTÉRIO DO TRABALHO

A Confederação Nacional da Agricultura tem legitimidade para cobrar em juízo a Contribuição Sindical Rural prevista no art. 578 da CLT daqueles que integram a respectiva categoria econômica, e as guias de recolhimento por ela emitidas são suficientes para a configuração do débito da contribuição sindical, restando desnecessária a apresentação de certidão de dívida ativa para o ajuizamento da ação de cobrança. TRT/SP 15ª Região 1894-60.2011.5.15.0041 - Ac. 7ª Câmara 75.036/12-PATR. Rel. Luiz Roberto Nunes. DEJT 20 set. 2012, p. 681.

121 - CUSTAS. RECOLHIMENTO E COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO APÓS EXPIRADO O PRAZO RECURSAL. DESERÇÃO CONFIGURADA

Ainda que a reclamada tenha interposto recurso ordinário, acompanhado da guia de depósito recursal, no prazo de 8 dias previsto legalmente, apresentando em data posterior a GRU comprovando o pagamento das custas processuais, o apelo deve ser considerado deserto, em face do quanto disposto pelo § 1º do art. 789 da CLT. É ônus da parte zelar pelo preenchimento dos requisitos exigidos para o conhecimento do recurso ordinário, dentre eles o pagamento das custas processuais, comprovando o recolhimento no prazo do recurso ordinário. TRT/SP 15ª Região 814-62.2011.5.15.0073 - Ac. 5ª Câmara 70.584/12-PATR. Rel. Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes. DEJT 5 set. 2012, p. 640.

122 - DENUNCIAÇÃO DA LIDE. CABIMENTO. UTILIDADE

O princípio da economia e instrumentalidade das formas torna compatível com o processo do trabalho o instituto da intervenção de terceiros, desde que a sua aplicação seja considerada útil e necessária do ponto de vista processual. Cabe ao julgador, como condutor do processo, rejeitar os pedidos impertinentes. ACIDENTE DO TRABALHO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ATIVIDADE DE RISCO. TRABALHO EM RODOVIA A responsabilidade do empregador por infortúnios decorrentes de acidentes de trabalho está lastreada - ordinariamente - na existência de culpa e dolo. O sistema legislativo pátrio adotou expressamente e em várias passagens a responsabilidade objetiva e somente com o advento do novo CC é que se passou a adotar mais largamente a teoria do risco (parágrafo único do art. 927 do CC), presumindo-se que o trabalho em rodovia é atividade que, por si mesma, implica riscos para os trabalhadores que se ativam na sua manutenção. TRT/SP 15ª Região 599-07.2011.5.15.0067 - Ac. 7ª Câmara 85.968/12-PATR. Rel. Maria de Fátima Vianna Coelho. DEJT 25 out. 2012, p. 802.

123 - EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUTADO NO FEITO PRINCIPAL. ILEGITIMIDADE DE PARTE. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO

Considerando que os embargos de terceiro dirigem-se àqueles estranhos à lide, ou seja, os que, mesmo não fazendo parte do processo, venham a sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial (CPC, art. 1046), o seu manejo por quem figura no polo passivo do processo principal leva à extinção dos embargos de terceiro, sem resolução do mérito, por ausência de legitimidade de parte, nos moldes do art. 267, inciso VI, do CPC. TRT/SP 15ª Região 911-88.2011.5.15.0032 - Ac. 11ª Câmara 81.944/12-PATR. Rel. Hélio Grasselli. DEJT 10 out. 2012, p. 875.

124 - EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO ADVOGADO E MAGISTRADO

A eventual falta de urbanidade no trato geral não caracteriza relações de desafeto em relação à figura do Juiz e um ou mais jurisdicionado e/ou advogado. Os arts. 801 da CLT e 135 do CPC, assim como o antigo art.185 do revogado CPC de 1939, não cogitam da hipótese de suspeição de parcialidade do Juiz em relação ao advogado. Em razão do disposto no parágrafo único do art. 135 do CPC somente ao Juiz faculta-se declarar sua suspeição em relação à pessoa do advogado e por motivo de foro íntimo. O fato do advogado constar como testemunha em representação dirigida em face do Magistrado não encontra nem cria hipótese de suspeição deste. Exceção de suspeição à qual se nega provimento para rejeitar a arguição de suspeição proposta no primeiro grau. TRT/SP 15ª Região 208-42.2012.5.15.0156 - Ac. 11ª Câmara 62.421/12-PATR. Rel. Luiz Felipe Paim da Luz Bruno Lobo. DEJT 9 ago. 2012, p. 793.

125 - FÉRIAS EM DOBRO. RECURSO DESFUNDAMENTADO

Um dos princípios recursais abordados pela doutrina trata da dialeticidade ou discursividade dos recursos, o que impõe à parte recorrente a necessária explanação das razões de seu inconformismo, atacando diretamente os fundamentos adotados na decisão que formaram o convencimento do Juízo de origem. Neste passo, deve a parte interessada atacar os referidos fundamentos, nos termos do art. 514 do CPC, com amparo no art. 769 da CLT, a fim de permitir ao Juízo ad quem cotejar as argumentos lançados na decisão judicial de origem. Verificando-se que o recorrente apresenta, aleatoriamente sua irrisignação, sem contudo atacar os fundamentos que formaram o viés de convicção do Magistrado de primeiro grau, deixo de conhecer o recurso, neste particular. TRT/SP 15ª Região 259-86.2010.5.15.0006 - Ac. 11ª Câmara 57.766/12- PATR. Rel. Eder Sivers. DEJT 26 jul. 2012, p. 679.

126 - HORAS EXTRAS. MINUTOS QUE ANTECEDEM E SUCEDEM A JORNADA. ÔNUS DA PROVA DO EMPREGADOR

Considera-se tempo à disposição do empregador os minutos que antecedem e sucedem a jornada diária, quando confessada pela reclamada

a presença do obreiro em suas dependências, inclusive com registro do horário em cartão de ponto, sem comprovar como esse tempo era gasto. Aplicação dos arts. 818 da CLT e 333, inciso II, do CPC. TRT/SP 15ª Região 375-38.2011.5.15.0045 - Ac. 3ª Câmara 70.710/12-PATR. Rel. Edmundo Fraga Lopes. DEJT 5 set. 2012, p. 569.

127 - INÉPCIA DA INICIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO

O art. 840 da CLT não exige o mesmo formalismo do art. 282 do CPC, devendo a análise da petição inicial ser efetuada sob esse prisma. A exordial atende aos requisitos mínimos previstos no art. 840, §1º, da CLT, com a explanação da causa de pedir e respectivos pedidos, possibilitando à parte contrária o oferecimento de ampla defesa. TRT/SP 15ª Região 157700-38.2006.5.15.0082 - Ac. 7ª Câmara 80.427/12-PATR. Rel. Fabio Grasselli. DEJT 4 out. 2012, p. 637.

128 - INTERPRETAÇÃO. DIFERENÇAS. EQUÍVOCOS NÃO NECESSARIAMENTE EXISTENTES. ADEQUAÇÃO. OTIMIZAÇÃO. COMPORTAMENTO DA PARTE. LHANEZA DE TRATO

Interpretações e posições diferentes não levam a que se tenha como certa e necessariamente equivocadas as que não se esposa, mesmo porque é difícil falar, sem outras considerações e ângulos de abordagem, em interpretação e posição equivocada, sendo mais acertado, ao que parece, falar em interpretação e/ou posição mais adequada, que otimize a aplicação de uma norma, atento aos fins que justificam sua existência. De notar, destarte, que as rudes colocações feitas pela recorrente, contra o r. *decisum*, não se justificam, porquanto a lhaneza de trato não enfraquece aquele que tem razão. TRT/SP 15ª Região 1422-15.2010.5.15.0067 - Ac. 6ª Câmara 68.076/12-PATR. Rel. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani. DEJT 30 ago. 2012, p. 584.

129 - LAUDO PERICIAL A QUE A RECLAMADA TEVE ACESSO ANTES DO RECLAMANTE. CERCEAMENTO DE DEFESA ACOLHIDO

O cerceamento de defesa é gerado por qualquer obstáculo que impeça uma das partes de se defender da forma plena e legalmente amparada, causando a nulidade do ato e dos que se seguirem, ante a violação dos princípios constitucionais da Ampla Defesa e do Devido Processo Legal. Percebe-se, *in casu*, que o laudo pericial de fls. 307/318 foi juntado aos autos no dia 26.1.2010 e a reclamada apresentou a sua manifestação sobre o mesmo no dia 14.1.2010, ou seja, antes mesmo da sua efetiva juntada aos autos. Neste contexto, indagada como teve acesso ao laudo pericial, a reclamada afirmou que o laudo foi protocolado no dia 7.1.2010 e que, através de carga rápida, teria providenciado cópia reprográfica do mesmo. Entretanto, tal situação foi repudiada pela diretora da secretaria da vara de origem, que constatou inexistir carga rápida deste processo na época indicada pela reclamada. Ora, a tese da reclamada não é convincente, visto que, apesar do laudo pericial ter sido protocolado no dia

7.1.2010, somente foi juntado aos autos em 26.1.2010. Por outro lado, inexistente a documentação da citada carga rápida. Então, como admitir a existência da carga rápida se na data apontada pela reclamada (dia 13.1.2010) o laudo nem mesmo havia sido juntado aos autos e inexistente a documentação da citada carga? E mais. Ainda que entendêssemos pela existência de tal carga, a partir do momento em que a secretaria tivesse deixado de documentar tal intimação nos autos, a posição do reclamante continuaria sendo desfavorável, visto que teria tido um tempo menor para estudar e se manifestar sobre o laudo pericial apresentado. Lembremo-nos, ainda, que o funcionário público tem fé pública e presunção de veracidade dos atos por si praticados, até prova em contrário, o que, *in casu*, não ocorreu. Nesse sentido, a reclamada permaneceu silente sobre a certidão apresentada pela diretoria da vara originária e sobre a manifestação do reclamante de fls. 428/430, onde foi apontado um privilégio seu perante o perito nomeado. Todos esses fatos demonstram, infelizmente, que houve uma promiscuidade envolvendo o perito judicial e a reclamada. Ora, sabemos que o Poder Judiciário e todos os seus auxiliares, inclusive os peritos judiciais (vide art. 145 e seguintes do CPC), são norteados pela imparcialidade, aplicando-se a estes últimos, inclusive, as regras de impedimento e de suspeição (vide art. 138, III, do CPC). Tal imparcialidade é objetiva, não dependendo da existência de dolo ou culpa. Assim, a r. sentença combatida foi baseada em um trabalho pericial defeituoso na sua forma - não se está analisando a sua legalidade material -, o que, por si só, dá ensejo a sua anulação. Por conseguinte, deve ser declarada a existência do cerceamento de defesa do reclamante, com a realização de nova perícia médica por outro profissional escolhido pelo juízo de origem. Acolho. TRT/SP 15ª Região 117500-65.2008.5.15.0034 - Ac. 11ª Câmara 84.370/12-PATR. Rel. Flavio Nunes Campos. DEJT 18 out. 2012, p. 1.046.

130 - LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. VERIFICAÇÃO EM ABSTRATO. TEORIA DA ASSERTÃO

Pela teoria da asserção, a legitimidade passiva *ad causam* é aferida em abstrato. A indicação do reclamado na petição inicial como devedor na relação jurídica de direito material já é suficiente para mantê-lo no polo passivo da demanda. O acerto ou não dessa indicação deve ser dirimido em juízo meritório. TRT/SP 15ª Região 00144-73.2012.5.15.0013 RO - Ac. 10ª Câmara 90.476/12-PATR. Rel. Fabio Grasselli. DEJT 8 nov. 2012, p. 1.292.

131 - LIDE SIMULADA. EXISTÊNCIA DE PROVA INDICIÁRIA. PRESUNÇÃO DO JUÍZ. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA

Havendo provas indiciárias de que as partes estão se utilizando do processo de forma anormal e gerando no julgador a presunção de sua veracidade, ou seja, juízo de valor alcançado através de um processo mental, conforme o art. 129 do CPC, tal circunstância atrai o seu dever - poder de obstar os seus objetivos. Nesse sentido, não se pode falar em cerceamento do direito de defesa, já que cabe ao juiz a livre direção do processo, bem como,

possui o dever - poder de prevenir ou reprimir qualquer ato atentatório à dignidade da justiça. Portanto, conforme o previsto nos arts. 125, 129, 130 e 598, todos do CPC, quando o julgador verificar a existência de indícios de que as partes estão utilizando o processo com objetivos de fraude, deve tomar as providências que entender necessárias para obstá-las, mesmo sem a sua ciência prévia, sem que isso se revele em cerceamento dos seus direitos de defesa. Some-se a isso, que em razão da carga subjetiva que se revela nos indícios de lide simulada, não se pode falar em cerceamento do direito de defesa, pois seria impor às partes a prova de fato negativo, ou seja, daquilo que nunca aconteceu, o que não se mostra viável na hipótese. Preliminar não acolhida. LIDE SIMULADA. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. POSSIBILIDADE O uso anormal do processo, ou seja, a lide simulada, acarreta a sua nulidade absoluta, já que a formação da relação jurídica processual é prejudicada pela vontade convergente das partes, ou seja, não existe qualquer pretensão resistida, mas, tão somente, o desejo de praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, não tornando, portanto, a decisão imutável (*res judicata*). No mesmo sentido, o dever do juiz é coibir os atos das partes que sejam atentatórios à dignidade da justiça, bem como, tenham como finalidade utilizar o processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por Lei. Não se trata de mera verificação do binômio Justiça x Segurança Jurídica, mas, sim, de Decisão que visa manter a integridade ética da ordem jurídica e da dignidade da justiça, bem como, de preservação da justiça em um contexto, não individual, mas, coletivo, pois a lide simulada extrapola os seus limites subjetivos. Sendo assim, a medida corretiva é dever - poder judicial que se verifica necessária à manutenção dos propósitos sociais e éticos da Lei, não se podendo falar em violação da coisa julgada. Recurso não provido. TRT/SP 15ª Região 605-87.2010.5.15.0151 - Ac. 3ª Câmara 70.856/12-PATR. Rel. Helcio Dantas Lobo Junior. DEJT 5 set. 2012, p. 596.

132 - NULIDADE PROCESSUAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PERÍCIA OBRIGATÓRIA. ANTECIPAÇÃO DE HONORÁRIOS PRÉVIOS. ILEGAL. APLICAÇÃO DO ART. 790 B DA CLT E DA OJ 98 DA SDI II DO C. TST. CONFIGURADO

Não há preceito legal, no Direito Processual do Trabalho, que obrigue a parte a antecipar o depósito dos honorários periciais. A matéria encontra-se pacificada pela OJ 98 da Eg. SDI-II, do C. TST: "Mandado de segurança. Cabível para atacar exigência de depósito prévio de honorários periciais. - É ilegal a exigência de depósito prévio para custeio dos honorários periciais, dada a incompatibilidade com o processo do trabalho e com o Enunciado n. 236 do TST, sendo cabível o mandado de segurança visando à realização da perícia independentemente do depósito." Nesta Justiça Especializada a responsabilidade pelo pagamento dos honorários define-se somente com a prolação da sentença, quando se decide qual a parte sucumbente no objeto

da perícia, conforme art.790-B da CLT. Recurso a que se dá provimento para anular a sentença e determinar o retorno dos autos à origem para que seja realizada a perícia. TRT/SP 15ª Região 001719-10.2011.5.15.0092 RO - Ac. 10ª Câmara 76.973/12-PATR. Rel. Antonio Francisco Montanagna. DEJT 27 set. 2012, p. 807.

133 - PROCESSO COLETIVO. CUMULAÇÃO SUBJETIVA. ART. 842 DA CLT. INAPLICABILIDADE

O processo coletivo deve ser apto a resolver questões metaindividuais em um único processo, sempre tendo em vista a ideia da efetividade da tutela jurisdicional, um dos principais escopo sociais do processo. A efetividade, em casos tais, em que ainda vigentes os contratos de trabalhadores das empresas, estaria comprometida caso não houvesse a previsão da tutela coletiva, posto que dificilmente os empregados proporiam ações individuais pleiteando seus direitos ante o temor do desemprego, comprometendo até uma atuação mais eficaz da própria Justiça do Trabalho. Assim, no que tange ao processo coletivo, o sistema processual individual já não serve às suas finalidades, devendo ser aplicado o chamado “microsistema” processual coletivo formado pela parte processual do CDC e pela Lei de Ação Civil Pública, sistema capaz de propiciar a adequada e efetiva tutela judicial dos interesses metaindividuais. Portanto, inaplicável ao caso o art. 842 da CLT. TRT/SP 15ª Região 1330-02.2010.5.15.0014 - Ac. 6ª Câmara 68.235/12-PATR. Rel. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani. DEJT 30 ago. 2012, p. 602.

134 - RECURSO DE AMBAS AS PARTES. CONTRARRAZÕES PEDINDO A MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. CONTRADIÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO

A parte que interpõe recurso pleiteando a reforma de decisão prolatada em primeira instância deve atentar para, em caso de interposição de recurso pela outra parte, não pleitear a manutenção do julgado em sede de contrarrazões, sob pena de incorrer em ausência de interesse recursal. Como é cediço, deve o interesse de agir, no qual se insere o de recorrer, ser perquirido em sintonia com as demais manifestações do postulante nos autos, para que não incorra em contradição passível de perda do interesse recursal, com o conseqüente não conhecimento do apelo. TRT/SP 15ª Região 156-61.2011.5.15.0130 - Ac. 1ª Câmara 72.288/12-PATR. Rel. André Augusto Ulpiano Rizzardo. DEJT 13 set. 2012, p. 253.

135 - RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE IDENTIFICAÇÃO DO SIGNATÁRIO DA PROCURAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO DO APELO

Conforme exegese do art. 654, § 1º, do CC, e consoante entendimento sedimentado na OJ n. 373 da SDI-1 do C. TST, o instrumento de mandato

deve conter a identificação da entidade outorgante e do signatário da procuração, por se tratar de dados de individualização imprescindíveis, sob pena de invalidade. No caso dos autos, a procuração outorgada pela reclamada não contém a identificação de quem subscreveu o mandato como representante da recorrente, o que implica em irregularidade de representação processual e, conseqüentemente, na inexistência jurídica do apelo. Recurso ordinário da reclamada a que se nega conhecimento. TRT/SP 15ª Região 42700-14.2008.5.15.0116 - Ac. 6ª Câmara 96.466/12-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DEJT 29 nov. 2012, p. 1.114.

136 - SENTENÇA. CONTRADIÇÃO ENTRE A FUNDAMENTAÇÃO E O *DECISUM*. FALTA DE COERÊNCIA LÓGICA NO ATENDIMENTO DOS REQUISITOS ESSENCIAIS DO ART. 458, DO CPC. NULIDADE

É nula a sentença que apresenta contradição entre a fundamentação e o dispositivo por não respeitar a norma processual que descreve os requisitos essenciais do julgado, na sua interrelação lógica. TRT/SP 15ª Região 024-11.2012.5.15.0084 - Ac. 10ª Câmara 91.240/12-PATR. Rel. Antonio Francisco Montanagna. DEJT 13 nov. 2012, p. 316.

DIREITO RURAL

137 - ACIDENTE DO TRABALHO. TRABALHADOR RURAL. MÁQUINA COLHEDORA DE FORRAGENS DE CANA

A máquina colhedora de forragens de cana é notoriamente perigosa. No seu manual, o fabricante posiciona como primeiro item as precauções de segurança, com alerta de que falta de atenção e de obediência às normas durante a operação poderão causar acidentes graves ou fatais. Ao empregador cabe cumprir as normas de segurança do equipamento e instruir seus empregados quanto à forma de sua operação e acerca das precauções para evitar acidentes (art. 157, da CLT). O uso inadequado do equipamento por preposto do empregador, inclusive contra a recomendação do próprio fabricante para não colher cana tombada, e a falta de treinamento do trabalhador para o serviço caracterizam descuido da segurança, implicando na culpa grave do empregador, a quem a lei atribui responsabilidade pelos danos causados. Comprovada a negligência patronal quanto ao dever de propiciar segurança no meio ambiente de trabalho, obrigação que lhe é atribuída pelo art. 7º, inciso XXII, da Constituição e art. 157, da CLT, impõem-se as indenizações lastreadas pelo art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição e artigos 186 e 927, do CC. TRT/SP 15ª Região 163-06.2010.5.15.0060 - Ac. 4ª Câmara 58.723/12-PATR. Rel. Dagoberto Nishina de Azevedo. DEJT 2 ago. 2012, p. 615.

138 - CONTRIBUIÇÃO SINDICAL RURAL. CONDIÇÕES DA AÇÃO

Para a cobrança da contribuição sindical rural, necessária a propositura de ação, cuja petição inicial deve ser instruída com prova da publicação dos editais mencionados no art. 605 da CLT, além da certidão de dívida expedida pelas autoridades regionais do Ministério do Trabalho e Emprego. A ausência de qualquer destes requisitos dá ensejo à extinção do feito sem resolução do mérito. Inteligência dos arts. 605 e 606, § 2º, da CLT. TRT/SP 15ª Região 2877- 10.2011.5.15.0025 - Ac. 7ª Câmara 94.607/12-PATR. Rel. Carlos Alberto Bosco. DEJT 29 nov. 2012, p. 1.227.

139 - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. RURAL

O novo texto da Emenda Constitucional n. 28/2000, eis que a CF/1988 protege o direito adquirido (inciso XXXVI, art. 5º da CF/1988). No entanto, o marco inicial para que a alteração do inciso XXIX do art. 7º da CF/1988 produza efeitos é 29.5.2005. Ou seja, não se aplica o prazo prescricional de 5 anos somente ao direito de ação que vier a ser exercido por empregado rural até 28.5.2005. TRT/SP 15ª Região 835-40.2010.5.15.0019 - Ac. 7ª Câmara 86.986/12-PATR. Rel. Luiz Roberto Nunes. DEJT 30 out. 2012, p. 454.

EXECUÇÃO

140 - AGRAVO DE PETIÇÃO. DECISÃO ORDENATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO

Não se conhece de agravo de petição interposto contra decisão que seja ordenatória da execução, por falta de pressuposto recursal definido pela recorribilidade do ato judicial. TRT/SP 15ª Região 176900-03.2004.5.15.0114 AP - Ac. 8ª Câmara 77.505/12-PATR. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DEJT 27 set. 2012, p. 704.

141 - AGRAVO DE PETIÇÃO. EXECUÇÃO DE DEVEDORA SUBSIDIÁRIA. NECESSIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO DEVEDOR PRINCIPAL

Antes de se executar devedora subsidiária, é necessário, primeiramente, esgotar todos os meios jurídicos cabíveis visando cobrar a dívida do devedor principal. Assim, no caso de não ser encontrado nenhum bem do primeiro reclamado, resta ainda ser decretada a desconsideração da sua personalidade jurídica e executar os seus sócios. Somente depois disso, caso não seja obtido êxito na cobrança, a execução deverá voltar-se contra a responsável subsidiária. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INAPLICÁVEL NESTA JUSTIÇA DO TRABALHO. A regra estabelecida no art. 475-J do CPC é incompatível com o Processo do Trabalho, que tem normas próprias para a fase de execução, fato que inviabiliza sua aplicação, conforme inteligência dos arts. 880 e seguintes da CLT, art. 5º, LIV, da CF e Lei n. 6.830/1980 (Lei de Execuções Fiscais). Agravo de Petição ao qual se dá provimento. TRT/SP 15ª Região 158400-57.2009.5.15.0066 - Ac. 7ª Câmara 95.061/12-PATR. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DEJT 29 nov. 2012, p. 1.278.

142 - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. FATO GERADOR. MULTA SELIC. JUROS

Não se pode penalizar a parte devedora, com aplicação de juros e multa, antes da constituição do seu dever de recolhimento. Embora o art. 34 da Lei n. 8.212/1991, c/c os arts. 510 e 511 da IN n. 100/2004 determine a incidência da Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC) quando houver atraso no pagamento da contribuição previdenciária, em nenhuma hipótese deve-se confundir o fato gerador das contribuições previdenciárias com o momento em que se constitui em mora o devedor, uma vez que trata-se de situações com naturezas jurídicas distintas e, por isso, não se confundem. Assim, quando houver título executivo judicial (sentença ou acordo homologado), somente a

partir do pagamento do crédito ao reclamante é que passam a ser devidas as contribuições previdenciárias, não havendo que se falar em fato gerador antes disso, estando o entendimento assente desta Câmara em consonância com o comando da CF. Portanto, somente a partir do pagamento do crédito ao reclamante passam a ser devidas as contribuições previdenciárias, sendo o termo inicial, para efeito de incidência de juros e multa, o dia seguinte ao do pagamento do crédito deferido em sentença, nos termos do § 3º do art. 43 da Lei n. 8.212/1991. TRT/SP 15ª Região 124600-49.2004.5.15.0022 - Ac. 7ª Câmara 83.716/12-PATR. Rel. Fabio Allegretti Cooper. DEJT 18 out. 2012, p. 896.

143 - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. RECURSO INCABÍVEL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

Somente se admite exceção de pré-executividade no processo do trabalho para atender as situações especialíssimas, eis que não depende de garantia do juízo. A decisão que a analisa, por se referir a incidente no curso do processo, tem natureza interlocutória e somente poderá ser discutida em embargos à execução, com a regular garantia do juízo, e não agravo de petição. TRT/SP 15ª Região 112700-04.2006.5.15.0118 - Ac. 5ª Câmara 64.942/12-PATR. Rel. Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes. DEJT 16 ago. 2012, p. 452.

144 - EXCESSO DE PENHORA. NÃO CONFIGURAÇÃO

O fato do bem penhorado estar avaliado acima do montante da execução, por si só, não configura excesso de penhora, pois vai sofrer depreciação, enquanto o crédito trabalhista será atualizado. Ademais, a executada poderá, a qualquer momento antes da arrematação, remir a execução (art. 651 do CPC e art. 15, I, da Lei n. 6.830/1980) e pedir a consequente liberação do bem penhorado ou, na hipótese de a arrematação do bem se dar por valor superior ao crédito do agravado, o excedente será revertido à agravante. No mais, o art. 620 do CPC, ao estabelecer que a execução será realizada do modo menos gravoso para a executada, também é expresso ao dispor que tal norma se aplica quando o credor puder promover a execução por vários meios. Agravo da executada não provido. TRT/SP 15ª Região 164800-24.2008.5.15.0066 - Ac. 7ª Câmara 60.231/12-PATR. Rel. Marcelo Magalhães Rufino. DEJT 2 ago. 2012, p. 806.

145 - EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ESGOTAMENTO PRÉVIO DOS BENS DO DEVEDOR PRINCIPAL EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL OU FALÊNCIA. DESNECESSIDADE

A responsabilidade subsidiária trabalhista não exige que o credor aguarde, indefinidamente, o término de um processo de recuperação judicial ou falimentar, para responsabilizar o devedor subsidiário. A natureza alimentar do crédito trabalhista e a premência de sua satisfação acabam

por atribuir ao devedor subsidiário uma responsabilidade sucessiva e imediata ao inadimplemento do devedor principal, especialmente quando comprovado o seu estado de insolvência. Recurso da segunda reclamada a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 24000-93.2008.5.15.0017 - Ac. 2ª Câmara 84.390/12-PATR. Rel. José Otávio de Souza Ferreira. DEJT 18 out. 2012, p. 616.

146 - HONORÁRIOS PERICIAIS CONTÁBEIS NA LIQUIDAÇÃO. DEVIDOS SEMPRE PELA EXECUTADA

Sendo o reclamado sucumbente, a ele devem ser imputados os honorários periciais contábeis, uma vez que, ao contrário do que deseja, o exequente não sucumbiu no objeto da perícia. Não se pode imputar ao trabalhador, o ônus de demandar em Juízo, quando quem deu causa à ação tenha sido seu empregador, que não o remunerou corretamente durante o pacto. TRT/SP 15ª Região 194400-14.1999.5.15.0064 AP - Ac. 8ª Câmara 76.377/12-PATR. Rel. Claudinei Zapata Marques. DEJT 27 set. 2012, p. 663.

147 - PENHORA DE RECURSOS PÚBLICOS RECEBIDOS PELA SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE JARDINÓPOLIS PARA APLICAÇÃO COMPULSÓRIA EM SAÚDE. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO INCISO IX, DO ART. 649, DO CPC

A teor do que dispõe o inciso IX, do art. 649, do CPC, são absolutamente impenhoráveis “os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social”. Desse modo, comprovada a origem pública do recurso e sua obrigatória aplicação em saúde, como ocorre no caso dos autos, imperiosa a desconstituição da penhora e a consequente liberação, à agravante/executada, da importância bloqueada. Agravo de petição conhecido e provido. TRT/SP 15ª Região 054-71.2010.5.15.0066 - Ac. 11ª Câmara 69.557/12-PATR. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DEJT 30 ago. 2012, p. 929.

148 - PRESCRIÇÃO. GRUPO ECONÔMICO. INTERRUÇÃO POR AÇÃO ANTERIOR PROMOVIDA CONTRA EMPRESA DISTINTA. OCORRÊNCIA

Se até mesmo em execução pode o integrante de grupo econômico empresarial ser chamado a quitar um débito a cujo pagamento fora judicialmente condenada pessoa distinta, com mais razão haverá de se admitir a interrupção da prescrição por conta de demanda promovida contra outro integrante do grupo. Ambas circunstâncias são consequências naturais da condição jurídica de empregador real ou material assumida pelo grupo de empresas (CLT, art. 2º, § 2º). Recurso patronal desprovido. TRT/SP 15ª Região 797-89.2011.5.15.0052 - Ac. 4ª Câmara 75.464/12-PATR. Rel. Manoel Carlos Toledo Filho. DEJT 20 set. 2012, p. 553.



ATOS NORMATIVOS

ATOS NORMATIVOS

Assento Regimental n. 07, 27 nov. 2012, DEJT 28 nov. 2012, p. 2

Acrescenta os §§ 3º ao art. 8º, 3º ao art. 121 e 6º e 7º ao art. 127 do Regimento Interno deste Tribunal.

Assento Regimental n. 08, 27 nov. 2012, DEJT 28 nov. 2012, p. 3

Acrescenta o § 1º-A e altera a redação do § 3º do art. 193 do Regimento Interno deste Tribunal.

Assento Regimental n. 09, 27 nov. 2012, DEJT 29 nov. 2012, p. 1

Altera a redação do Regimento Interno do Tribunal para adequá-la ao disposto na Resolução n. 104, do CSJT.

Ato Regulamentar GP-EJ n. 02, 3 dez. 2012, DEJT 4 dez. 2012, p. 1

Republicado no DEJT 6 dez. 2012, p. 1

Regulamenta a orientação e o acompanhamento, pela Escola Judicial, dos Juízes do Trabalho Substitutos em processo de vitaliciamento.

Ato Regulamentar n. 17, 26 out. 2012, DEJT 26 out. 2012, p. 1

Republicado no DEJT 19 nov. 2012, p. 1

Altera o teor do Ato Regulamentar n. 1/2012, que criou o Núcleo de Cooperação Judiciária e dispôs sobre a indicação e competência do Juiz de Cooperação Judiciária no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região e dá outras providências.

Ato Regulamentar GP n. 21, 8 nov. 2012, DEJT 9 nov. 2012, p. 1

Dispõe sobre as atribuições da Comissão Gestora da Agenda Ambiental da Administração Pública - A3P no âmbito deste Tribunal.

Ato Regulamentar GP n. 22, 30 nov. 2012, DEJT 30 nov. 2012, p. 1

Estabelece as diretrizes e regulamenta os procedimentos envolvendo: 1) a movimentação dos cargos de Juiz do Trabalho Substituto entre as circunscrições da 15ª Região; 2) a definição do calendário, a solicitação, a concessão, a alteração, a suspensão e o cancelamento das férias dos Magistrados de 1ª Instância, e, ainda, 3) a elaboração do rodízio periódico de designações dos Juízes do Trabalho Substitutos, assim como o gerenciamento das escolhas e outorgas dessas designações, nas Unidades Trabalhistas de 1ª Instância do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Ato Regulamentar GP n. 04, 5 fev. 2013, DEJT 6 fev. 2013, p. 1
Cria Grupo Móvel da Presidência de Atenção às Unidades de Primeira Instância, estabelece suas diretrizes e regulamenta sua atuação nas unidades de primeira instância do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Ato Regulamentar GP-VPJ n. 01, 11 jan. 2013, DEJT 16 jan. 2013, p. 1
Regulamenta a apresentação de medidas incidentais pelo Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho - PJe-JT - módulo 2º Grau, no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, e dá outras providências.

Comunicado GP n. 02, 8 jan. 2013, DEJT 10 jan. 2013, p. 2
Republicado no DEJT 14 jan. 2013, p. 1
Referente a honorários periciais.

Comunicado GP-CR n. 06, 13 fev. 2013, DEJT 18 fev. 2013, p. 1
Republicado no DEJT 22 fev. 2013, p. 1
Recuperação Judicial.

Portaria GP-CR n. 25, 18 set. 2012, DEJT 21 set. 2012, p. 1
Estabelece a expansão do PJe na 15ª Região e dá outras providências.

Portaria GP n. 33, 26 out. 2012, DEJT 30 out. 2012, p. 2
Indica Juiz Titular de Vara do Trabalho para exercer função de Juiz de Cooperação Judiciária no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região e dá outras providências.

Portaria GP n. 03, 18 fev. 2013, DEJT 20 fev. 2013, p. 1
Designa Juiz para atuar como Gestor da Execução, no âmbito deste Regional.

Portaria n. 04, 18 fev. 2013, DEJT 21 fev. 2013, p. 1
Designa o Desembargador do Trabalho Diretor da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região como ordenador de despesas.

Portaria GP n. 12, 14 mar. 2013, DEJT 20 mar. 2013, p. 1
Designa Magistrado para auxiliar na condução dos processos relacionados aos precatórios e requisições de pequeno valor.

Provimento GP-VPJ-CR n. 05, 8 out. 2012, DEJT 29 out. 2012, p. 2
Regulamenta o Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho (PJe-JT), módulo de 1º grau, no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, e dá outras providências.

Provimento GP-CR n. 08, 2 out. 2012, DEJT 5 out. 2012, p. 1
Altera a redação do art. 4º e inclui o § 3º, assim como acrescenta os arts.

5º ao 10, do Capítulo ALV (das Guias e Alvarás), da Consolidação das Normas da Corregedoria, no que se refere à adequação ao Convênio celebrado com os Bancos Oficiais.

Provimento GP-VPJ n. 01, 10 out. 2012, DEJT 18 out. 2012, p. 2

Regulamenta o Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho (PJe-JT), módulo 2º Grau, e sua expansão, no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, e dá outras providências.

Provimento GP-VPJ n. 02, 6 dez. 2012, DEJT 7 dez. 2012, p. 1

Regulamenta a apresentação de defesa/contestação no Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho (PJe-JT), módulo de 2º grau, no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, e dá outras providências.

Provimento GP n. 10, 12 dez. 2012, DEJT 13 dez. 2012, p. 2

Regulamenta a distribuição de saldo de processos pendentes em segundo grau.

Provimento GP-CR n. 01, 19 fev. 2013, DEJT 20 fev. 2013, p. 2

Republicado no DEJT 22 fev. 2013, p. 1

Disciplina o procedimento relativo ao encaminhamento de precatórios federais, parametriza a liquidação de sentenças que darão origem a precatórios e disponibiliza acesso, para o público em geral, das informações referentes a eles no âmbito da 15ª Região, entre outras providências.

Provimento GP n. 02, 27 fev. 2013, DEJT 28 fev. 2013, p. 2

Cria Núcleos de Gestão de Processos e de Execução e dá outras providências.

Provimento GP-CR n. 03, 7 mar. 2013, DEJT 14 mar. 2013, p. 1

Regulamenta as atividades exercidas pela equipe de apoio às unidades judiciárias de primeira instância e dá outras providências.

Recomendação GP-CR n. 06, 2 out. 2012, DEJT 3 out. 2012, p. 1

Recomenda aos Juízes do Trabalho Titulares e Substitutos que, periodicamente, designem pautas específicas de audiência de tentativa de conciliação de processos na fase de execução.

Recomendação CR n. 01, 10 jan. 2013, DEJT 22 jan. 2013, p. 1

Dispensa de expedição de carta precatória para notificação, intimação e citação.

Recomendação CR n. 02, 7 fev. 2013, DEJT 13 fev. 2013, p. 2

Recomenda procedimentos para preservar o sigilo fiscal das informações dos contribuintes obtidas pelo convênio com a Receita Federal do Brasil – INFOJUD.

Recomendação GP-CR n. 01, 14 fev. 2013, DEJT 20 fev. 2013, p. 4

Não liberação de valores a devedores trabalhistas, sem prévia verificação da existência de outros débitos de responsabilidade do mesmo devedor, relativos a processos que tramitam em outras Varas.

Resolução Administrativa n. 10, 5 out. 2012, DEJT 8 out. 2012, p. 1

Aprova o Regulamento Geral de Secretaria do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Resolução Administrativa n. 11, 1º out. 2012, DEJT 3 out. 2012, p. 1

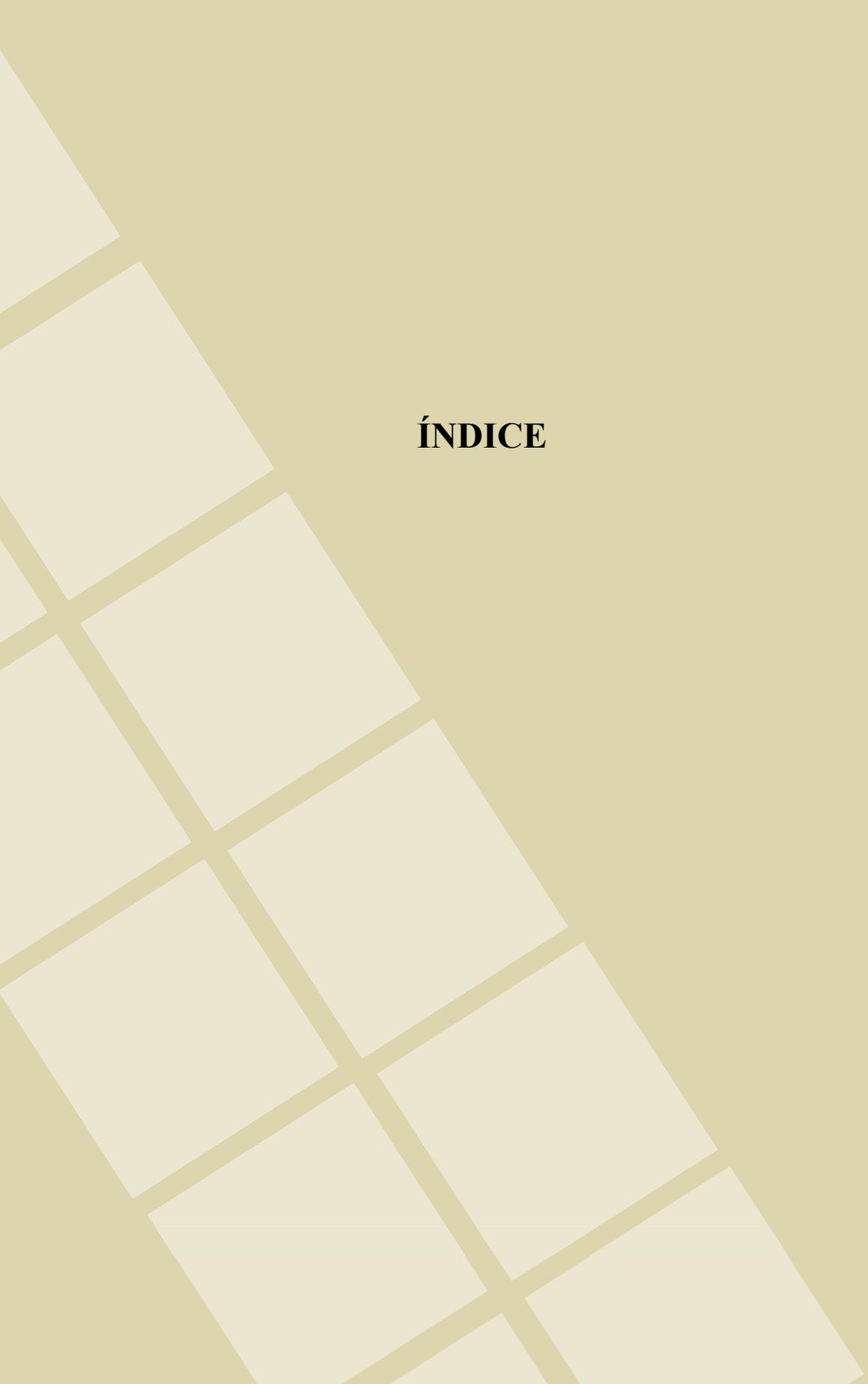
2ª Publicação no DEJT 4 out. 2012, p. 1

3ª Publicação no DEJT 5 out. 2012, p. 2

Aprova a Súmula n. 30 da Jurisprudência dominante do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Resolução Administrativa n. 12, 22 out. 2012, DEJT 23 out. 2012, p. 1

Altera a Resolução Administrativa n. 07/2011.



ÍNDICE

ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA*

Ação

- cautelar preparatória com intuito satisfativo. Não cabimento (DP, **109**).....291
- civil pública. Ministério Público do Trabalho. Proibição de inserção de normas futuras. Competência. Local do dano. Lei n. 7.347/1985, art. 2º (SDC, **07**).....247
- de cobrança ajuizada pelo empregador. Contrato de mútuo. Nulidade de cláusula acessória ao contrato de trabalho, inserida após a admissão, implicando em alteração contratual lesiva ao empregado. Obrigação inexigível (DP, **110**).....291
- rescisória. Art.485, II CPC. Sentença proferida por Juízo absolutamente incompetente. Relação de caráter jurídico administrativo, entre servidor e poder público. Procedência do corte. Remessa do feito à justiça comum estadual (3ª SDI, **03**).....245
- rescisória. Dolo da parte vencedora sobre a parte vencida. Fraude à lei. Art. 485, III, do CPC (3ª SDI, **04**).....245
- rescisória. Falso testemunho. Art 485, inciso VI, do CPC. Configuração (2ªSDI, **01**).....243
- rescisória. Erro de fato. Não caracterização (3ª SDI, **02**).....245
- rescisória. Prova falsa apurada em processo criminal. Art. 485, inciso VI, do CPC. Configuração (2ª SDI, **01**).....243
- rescisória. Responsabilidade subsidiária do tomador de serviços. Cláusula de reserva de plenário. Ausência de violação direta aos arts. 97 e 103-A da CF e à Súmula vinculante n. 10 do C. STF (3ª SDI, **05**).....246
- rescisória. Violação literal de disposição de lei. Prescrição trabalhista ou civil aplicável ao pedido rescindendo. Matéria controvertida infraconstitucional. Improcedência. Súmula n. 83, I, do TST (3ª SDI, **06**).....246

Acidente

- do trabalho ou doença ocupacional. Violação do dever imposto pelo art. 157, I, da CLT. Culpa presumida (DM, **11**).....251
- do trabalho. Pensão mensal. Limitação no tempo. Trabalhador que sobrevive ao acidente com sequelas permanentes e irreversíveis (DM, **12**).....251
- do trabalho. Responsabilidade civil. Atividade de risco. Trabalho em rodovia (DP, **122**).....295
- do trabalho. Trabalhador rural. Máquina colhedora de forragens de cana (DR, **137**).....303

*Abreviaturas utilizadas: 2ª SDI = 2ª Seção de Dissídios Individuais; 3ª SDI = 3ª Seção de Dissídios Individuais; SDC = Seção de Dissídios Coletivos; DM = Direito Material; DP = Direito Processual; DR = Direito Rural; EX = Execução.

Exemplo: “Acidente do trabalho. Trabalhador rural. Máquina colhedora de forragens de cana” está na página 303, na Subseção Direito Rural e é a ementa número 137.

- no percurso causado por terceiro. Ausência denexo causal. Equiparação a acidente de trabalho apenas para fins de infortunistica. Indenização por danos morais e materiais indevida (DM, 13).....251

Acordo

- em dissídio coletivo em face de entidade de direito público. Cláusulas sociais e econômicas (SDC, 08).....247
- judicial. Contribuições previdenciárias (DP, 111).....291

Adicional

- de insalubridade. Contato com agentes biológicos. Adicional de insalubridade. Enquadramento nas atividades descritas pela NR-15. Necessidade (DM, 79).....275
- de insalubridade. Base de cálculo (DM, 16).....252
- de insalubridade. Convenção coletiva. Percentual diferenciado. Condição mais benéfica (DM, 14).....252
- de insalubridade. Manuseio de produtos de limpeza (DM, 15).....252
- de insalubridade. Radiação não-ionizante. Ultravioleta. Anexo n. 7 da NR 15 da Portaria n. 3.214/1978 do MTE (DM, 16).....252
- por acúmulo de função (DM, 17).....253

Administração Pública

- Ausência de concurso. Contrato nulo. Registro da CTPS (DM, 18).....254

Agente comunitário de saúde

- Contratação por prazo determinado. Invalidez nos casos abrangidos pelo parágrafo único do art. 2º da EC n. 51/2006 (DM, 19).....254

Agravo

- de instrumento em recurso ordinário. Recolhimento de custas em guia DARF e não pela GRU. Deserção. Ato Conjunto n. 21/2010 (TST/CSJT/GP/SG). Não provimento (DP, 112).....292
- de petição. Decisão ordenatória. Impossibilidade. Não conhecimento (EX, 140).....305
- de petição. Embargos de terceiro. Alienação realizada antes do ajuizamento da ação trabalhista. Escritura pública. Desnecessidade de inscrição no CRI. Fraude de execução não caracterizada. Incidência da Súmula n. 84 do C. STJ (DP, 113).....292
- de petição. Empresa em recuperação judicial. Ausência de garantia do Juízo (DP, 114).....292
- de petição. Execução de devedora subsidiária. Necessidade de desconsideração da personalidade jurídica do devedor principal (EX, 141).....305

Aliciamento de trabalhadores

- por meio de migração ilegal de mão de obra. Dano moral coletivo caracterizado (DM, 20).....255

Alteração do regime jurídico

- Levantamento do FGTS. Possibilidade (DM, 21).....255

Aposentadoria especial

- Extinção do contrato. Dispensa imotivada desconfigurada. Verbas rescisórias indevidas (DM, 22).....255

Assédio

- moral organizacional. Indenização. Pertinência (DM, 23).....256
- moral. Perseguição não comprovada. Indenização indevida (DM,74)....273

Aviso prévio

- proporcional. Lei n. 12.506/2011. Aplicação imediata (DM, 24) (DM, 25)....256

Bancário

- Cargo de confiança. Art. 224, § 2º, da CLT. Enquadramento. Divisor 200 (DM, 26).....256

Banco

- do Brasil S.A. Sucessor de Banco Nossa Caixa S.A. Gratificação de função. Empregado que não optou pelo plano de cargos e salários do sucessor. Manutenção do pagamento (DM, 27).....257

Bem de família

- Impenhorabilidade. Preclusão para arguição (DM, 28).....257

Cautelar

- inominada preparatória. Natureza instrumental. Declaração de inconstitucionalidade. Impossibilidade jurídica do pedido (DP, 115).....292

Cerceamento

- do direito de defesa. Depoimento pessoal. Matéria de fato controvertida. Direito da parte. Impossibilidade de indeferimento pelo magistrado (DP, 116).....293

Competência da Justiça do Trabalho

- Contrato de seguro de vida firmado pela empregadora em favor de seus empregados. Obrigação decorrente da relação de trabalho (DP, 117).....293

Complementação

- de aposentadoria. Funcionário do Banespa. Banco Santander. Plano Pré-75. Não adesão. Princípio da isonomia. Violação (DM, 29).....257
- de aposentadoria. Previ. IPC (DM, 30).....258
- de pensão. Empregado da Fepasa. Aplicação do piso salarial de 2,5 salários mínimos e do reajuste das classes subsequentes. Diferenças. Inexistência (DM, 31).....258

Concausa

- Prova das excludentes (DM,11).....251

Contratação

- mediante programa de capacitação para o trabalho. Prefeitura de Araras. Competência material da Justiça do Trabalho (DP, 118).....294

Contrato

- de experiência. Prorrogação automática. Validade (DM, 32).....258
- de trabalho temporário. Validade. Ônus da prova (DP, 119).....294
- de trabalho. Administração pública. Cargo em comissão. Nomeação estribada em lei. Ofensa ao princípio da moralidade. Nulidade (DM, 33).....259
- de safra. Unicidade contratual. Não configuração (DM, 16).....253

Contribuição

- confederativa. Restituição (DM, 16).....253
- previdenciária. Decisão anterior à Medida Provisória n. 449/2008 e à Lei n. 11.941/2009. Devidos juros pela taxa SELIC e multa moratória após o dia 2 do mês seguinte ao da liquidação da sentença. Inteligência do art. 43 da Lei n. 8.212/1991 e art. 276 do Dec. n. 3.048/1999. Princípios da segurança jurídica e legalidade estrita (DM, 34).....259
- sindical patronal rural. Ação de cobrança. Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil - CNA. Desnecessidade de certidão emitida pelo Ministério do Trabalho (DP, 120).....295
- sindical rural. Condições da ação (DR, 138).....303

Contribuições previdenciárias

- fato gerador. Multa SELIC. Juros (EX, 142).....305

Correios

- Anistia. Lei n. 8.878/1994 (DM, 35).....260

Custas

- Recolhimento e comprovação do pagamento após expirado o prazo recursal. Deserção configurada (DP, 121).....295

Dano

- moral. Caracterização (DM, 17).....253
- moral caracterizado. Dispensa abusiva e discriminatória. Dirigente sindical (DM, 36).....260
- moral e material. Ausência denexo causal. Neurocisticercose (DM, 37).....260
- moral. Falta de anotação da CTPS. Verdadeira *capitis diminutio* do empregado (DM, 38).....261

Danos

- morais. Descumprimento de obrigação contratual. Indenização (DM, 39).....261
- morais. Justiça do Trabalho. Inobservância de obrigações contratuais. Não ocorrência (DM, 40).....261

Denúnciação da lide

- Cabimento. Utilidade (DP, 122).....295

Depoimento

- pessoal e prova testemunhal. Indeferimento. Cerceamento de defesa configurado (DM, 41).....262

Depósitos do FGTS

- Parcelamento perante a CEF. Falta de interesse de agir (DM, 42).....262

Descansos especiais

- para lactantes. Creche fornecida pela empresa. Observância dos requisitos mínimos legais (DM, 43).....262

Diferenças salariais

- Aplicação do piso salarial paulista. Existência de piso salarial normativo. Prevalência da negociação coletiva. Verba indevida (DM, 44).....263
- Base de cálculo. Biênio. Município de Botucatu (DM, 45).....263

Direito material

- do trabalho. Contrato de prestação de serviços. Responsabilidade da tomadora. Existência de base legal (DM, 46).....263

Dispensa

- arbitrária. Demissão sem justa causa e sem o cumprimento de aviso prévio de trabalhador que acaba de se ter notícia de portar grave doença. Vedação constitucional. Presunção de ato discriminatório. Reconhecimento do direito de reintegração e de indenização por danos morais. Inteligência do art. 7º, I, CF e do art. 4º da Lei n. 9.029/1995 (DM, 47).....264
- coletiva ou em massa. Caracterização (SDC, 09).....248
- discriminatória. Doença grave. Dano moral (DM, 48).....265
- discriminatória. Doença grave. Nulidade da rescisão. Reintegração no emprego (DM, 48).....264
- do dirigente sindical do cumprimento das suas atividades laborais pelo ente público sem prejuízo de salário. Necessidade de autorização legal, ainda que haja anuência entre as partes litigantes (SDC, 08).....247

Embargos

- de terceiro. Executado no feito principal. Ilegitimidade de parte. Extinção do feito sem resolução do mérito (DP, 123).....296

Empregado

- público municipal. Pedido de demissão. Investidura em novo cargo mediante concurso público. Ausência de descontinuidade da prestação laboral. Formação de novo vínculo contratual ante a ruptura do anterior. Inexistência de unicidade contratual (DM, 49).....265
- público. Aposentadoria. continuidade da relação de emprego (DM, 50).....265
- público. Aposentadoria. Efeitos no contrato de trabalho (DM, 51).....266

Empregador

- Sociedade empresária. Concessão dos benefícios da justiça gratuita. Impossibilidade (DM, 52).....266

Ente público

- municipal. Contratação pelo regime da CLT. Cargos em comissão. Impossibilidade. Aviso prévio, multa de 40% do FGTS e dos arts. 467 e 477 da CLT (DM, 53).....266

Estabilidade

- do art. 118 da Lei nº 8.213/1991. Doença ocupacional caracterizada. Encerramento das atividades da empresa. Irrelevância (DM, 54).....267
- Indenização substitutiva. Espólio. Impossibilidade (DM, 50).....265
- provisória gestante. Art. 10, II, "b", do ADCT. Concepção no curso do aviso prévio indenizado. Devida (DM, 55).....267

Exceção

- de pré-executividade. Recurso incabível. Decisão interlocutória (EX, 143)...306
- de suspeição entre advogado e magistrado (DP, 124).....296

Excesso de penhora

- Não configuração (EX, 144).....306

Execução

- Responsabilidade subsidiária. Esgotamento prévio dos bens do devedor principal em recuperação Judicial ou falência. Desnecessidade (EX, 145).....306

Exploração

- de trabalho infantil. Terceirização ilícita. Responsabilidade solidária do tomador de serviços. Proteção integral e prioritária do explorado (DM, 56).....267

Exposição

- ao chumbo e ruído. Trabalho realizado por dezessete anos expondo o empregado a condições insalubres. Não comprovação de uso ou substituição regular de EPI's. Dever de indenizar (DM, 57).....268

Fato gerador

- da contribuição previdenciária (DM, 17).....254

Fazenda pública

- Contrato de trabalho. Inexistência de prévio concurso público. Nulidade, resguardando, exclusivamente, a contraprestação mínima (DM, 33).....259

Férias

- em dobro. Recurso desfundamentado (DP, 125).....296

Garantia

- de emprego. Trabalho doméstico (DM, 58).....268

Gestante

- Estabilidade provisória. Contrato de experiência. Devida (DM, 59).....268

Gueltas

- natureza jurídica. Integração e reflexos (DM, 86).....278

Honorários

- advocatícios (DM, 16).....253
- advocatícios. Advogado particular. Impossibilidade (DM, 60).....269
- periciais contábeis na liquidação. Devidos sempre pela executada (EX, 146).....307

Horas

- extras. Habitualidade. Supressão unilateral. Servidor público. Súmula n. 291. Cabimento (DM, 61).....269
- extras. Minutos que antecedem e sucedem a jornada. Ônus da prova do empregador (DP, 126).....296
- extras. Sistema especial de revezamento 12 x 36, autorizado por norma coletiva. Labor em período noturno, com violação do intervalo intrajornada. Sobrejornada caracterizada (DM 63).....270
- *in itinere*. Princípio da realidade (DM, 62).....269

Ilegitimidade

- e ausência de interesse recursal. Terceirização de serviços de vigilância. Prestadora que recorre, pugnano pela exclusão da responsabilidade subsidiária da tomadora. Não conhecimento do pedido (DM, 63).....269

Indenização

- por dano moral. Bombeiros (DM, 64).....270
- por danos morais. Acidente de trabalho. Culpa da empregadora (DM, 65).....270
- por doença ocupacional. Parcela única. Ausência de julgamento *extra petita* (DM, 66).....271

Inépcia da inicial

- Informalidade. Princípios da economia e da celeridade processual (DM, 67).....271
- Não configuração (DP, 127).....297

Interdito proibitório

- Greve. Impossibilidade (SDC, 10).....248

Interpretação

- Diferenças. Equívocos não necessariamente existentes. Adequação. Otimização. Comportamento da parte. Lhaneza de trato (DP, 128).....297

Intervalo

- intrajornada. Ônus da prova (DM, 68).....271
- intrajornada. Vigilante. Dever de permanecer com o rádio ligado, para eventual emergência. Tempo à disposição configurado (DM 63).....270

Justa causa

- Art. 474, CLT (DM, 69).....271
- Impugnação às advertências e suspensões apenas em grau recursal. Inovação (DM, 63).....270

Laudo pericial

- a que a reclamada teve acesso antes do reclamante. Cerceamento de defesa acolhido (DP, 129).....297

Legitimidade

- passiva *ad causam*. Verificação em abstrato. Teoria da asserção (DP, 130).....298

Lei

- n. 8.987/1995, § 1º do art. 25. Autorização de contratação de terceiros para desempenhar atividades inerentes à atividade da concessionária. Interpretação (DM, 70).....272

Licença-maternidade

- Direito fundamental. Servidora pública. Prorrogação prevista em lei municipal. Devida (DM, 71).....272

Lide simulada

- Existência de prova indiciária. Presunção do Juiz. Cerceamento do direito de defesa. Inexistência (DP, 131).....298
- Relativização da coisa julgada. Possibilidade (DP, 131).....299

Morte de trabalhador

- Choque elétrico. Culpa da reclamada. Responsabilidade objetiva. Atividade de risco (DM, 72).....272

Multa

- do art. 475 - J do CPC. Inaplicável nesta Justiça do Trabalho (EX, 141).....305

Município

- de Iracemápolis. Alteração de legislação municipal. Interpretação controversa. Confissão. Validade (DM, 73).....273
- de São Carlos. Gratificação SUS. Incorporação da parcela. Devida (DM, 74).....273
- de São Carlos. Gratificação SUS. Reajuste previsto na Lei Municipal n. 10.343/1990. Devido (DM, 74).....273
- Reajuste salarial linear. Ajuste ao mínimo legal. Afronta ao art. 37, X, da Constituição da República. Não caracterização (DM, 75).....273

Nulidade

- do contrato de experiência. Ultrapassado prazo de 90 dias. Dia de integração na empresa. Tempo à disposição do empregador. Responsabilidade pré-contratual (DM, 76).....274
- processual. Cerceamento de defesa. Adicional de insalubridade. Perícia obrigatória. Antecipação de honorários prévios. Ilegal. Aplicação do art. 790 B da CLT e da OJ 98 da SDI II do C. TST. Configurado (DP, 132).....299

Operador de cobrança

- Adicional de dupla função devido apenas aos empregados que utilizam fone de ouvido (*head fone*). Ofensa ao art. 9º da CLT. Uso de telefone convencional. Adicional devido (DM, 77).....274

Participação nos lucros e resultados

- Categoria diferenciada. Ajudante de motorista. Empregador atuante na área do comércio não representado por seu órgão de classe. Improcedência. Súmula n. 374 do TST (DM, 78).....275

Penhora

- de recursos públicos recebidos pela Santa Casa de Misericórdia de Jardinópolis para aplicação compulsória em saúde. Impossibilidade. Inteligência do inciso IX, do art. 649, do CPC (EX, 147).....307

Plano

- de carreira, cargos e salários. Fundação CASA. Prescrição parcial (DM, 79).....275
- de carreira. Progressões horizontais por antiguidade. Diferenças salariais (DM, 80).....275

Porteiro

- Desempenho de funções típicas sem formação em curso de vigilante. Contrato realidade. Provimento (DM, 81).....275

Pré-contrato

- Nulidade do contrato de experiência. Reconhecimento de vínculo de emprego (DM, 82).....276

Prescrição

- e natureza jurídica do auxílio alimentação pago pela Caixa Econômica Federal aos ativos e inativos (DM, 83).....276
- quinquenal. Rural (DR, 139).....303
- Ação acidentária. Competência da Justiça do Trabalho. Regência pela lei civil. Inaplicabilidade do art. 7º, XXIX, CF (DM, 84).....278
- Distribuição da ação durante o recesso. Não ocorrência (DM, 85).....278
- FGTS. Parcelas remuneratórias pleiteadas na inicial (DM, 86).....278
- Grupo econômico. Interrupção por ação anterior promovida contra empresa distinta. Ocorrência (EX, 148).....307

Processo

- coletivo. Cumulação subjetiva. Art. 842 da CLT. Inaplicabilidade (DP, 133).....300

Protesto judicial

- Causa interruptiva de prescrição. Substituição processual. Efeitos do procedimento ajuizado por sindicato com base territorial distinta do autor da ação. Representação sindical. Aplicação (DM, 87).....279

Reajustes salariais

- Índices definidos pelo Conselho de Reitores das Universidades Estaduais Paulistas - CRUESP. Servidores da Fundação Municipal de Ensino Superior de Marília que atuam em prol da Faculdade de Medicina de Marília. Cabimento (DM, 88).....279

Recurso

- de ambas as partes. Contrarrazões pedindo a manutenção da sentença. Contradição. Ausência de interesse recursal. Não conhecimento (DP, 134)...300
- ordinário da reclamada. Irregularidade de representação processual. Ausência de identificação do signatário da procuração. Não conhecimento do apelo (DP, 135).....300
- ordinário. Danos morais. Ofensas proferidas pelo preposto do empregador a título de estímulo para desempenho. Abuso do poder de direção. Lesão à honra configurada. Indenização devida (DM, 89).....281
- ordinário. Empregado cujos exames sinalizavam a possibilidade de neoplasia maligna. Terminação do contrato logo após o conhecimento, pelo empregador, do resultado dos exames. Dispensa discriminatória. Quebra dos postulados constitucionais da dignidade da pessoa humana, da erradicação das formas de discriminação, da construção de uma sociedade solidária e da isonomia. Arts. 1º, III, 3º, I e IV, e 5º da CF. Convenção n. 111 da OIT. Reintegração (DM, 90).....281
- ordinário. Incapacidade laborativa oriunda de acidente. Art. 950 do CC. Pensão mensal X indenização em parcela única. Não equivalência (DM, 91).....282

Reintegração

- determinada em sentença transitada em julgado. A sentença transitada em julgado deve ser liquidada nos seus exatos limites (art. 879, § 1º, da CLT). Recusa da empresa em cumprir a reintegração. Impossibilidade de substituição da reintegração pela simples indenização do período de doze meses em se tratando de doença ocupacional, nos termos do art. 118 da Lei n. 8.213/1991 (DM, 92).....283

Reparação civil

- Acidente de trânsito. Ajudante de caminhão. Atividade de risco (DM, 93)...283

Rescisão

- contratual. Justa causa. Ato de improbidade. Desvio de combustível (DM, 16)...253

Responsabilidade

- solidária. Aplicação do entendimento consubstanciado na OJ n. 191 da SDI-1 do TST. Alcance (DM, 95).....284
- solidária. Contrato de distribuição. Serviços vinculados diretamente à atividade-fim da empresa tomadora. Interferência direta na atividade da empresa distribuidora. Fraude demonstrada (DM, 96).....284
- subsidiária. Administração pública. Fiscalização comprovada (DM, 97)....285
- subsidiária. Cliente ou consumidor da empresa prestadora de serviços. Inexistência (DM, 94).....283
- subsidiária. Contratação de serviço de transporte. Súmula n. 331, item IV, do C. TST. Não aplicável (DM, 98).....285
- subsidiária. Dono da obra. Ente público (DM, 99).....285
- subsidiária. Restaurante. Comodato (DM, 100).....286

Retenção

- injustificada da Carteira de Trabalho e Previdência Social do trabalhador pela empresa. Dano moral configurado (DM, 101).....286

Sentença

- Contradição entre a fundamentação e o *decisum*. Falta de coerência lógica no atendimento dos requisitos essenciais do art. 458, do CPC. Nulidade (DP, 136).....301

Servidor público

- Incorporação ao salário de todos os servidores do município de abono concedido em valor fixo, gerando reajuste salarial com índices diferenciados. Violação ao disposto no art. 37, inciso X, da CF. Diferenças salariais devidas (DM, 102).....286

Solidariedade

- Responsabilidade. Servidores da Fundação Municipal de Ensino Superior de Marília que atuam na atividade-fim da Faculdade de Medicina de Marília (DM, 88).....280

Sucessão Trabalhista

- Servidores da Fundação Municipal de Ensino Superior de Marília que atuam em prol da Faculdade de Medicina de Marília. Não configuração (DM, 88).....280

Terceirização

- Pessoa jurídica de direito público como tomadora e beneficiária dos serviços prestados. Responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas. Inteligência dos arts. 1º e 37 da CF/1988, arts. 186 e 187 do CC, art. 67 e 71, §2º da Lei n. 8.666/1993, Súmula n. 331, V e VI do C. TST e ADC 16 do STF (DM, 103).....286

Testemunha

- Depoimentos recíprocos com o autor. Ausência de suspeição (DM, 104)...287
- única. Valor probante (DM, 105).....288

Varredor de rua

- Adicional de insalubridade. Contato com lixo urbano (DM, 106).....288

Vínculo

- de emprego. Concessionária de serviço público. Terceirização. Atividade-fim. Impossibilidade (DM, 107).....288
- de emprego. Subordinação. Trabalho executado no domicílio (DM, 108)....289

ÍNDICE ONOMÁSTICO*

ALMEIDA, Renato Rua de

- O modelo brasileiro é corporativista, pós-corporativista ou semicorporativista.....41

AZEVEDO, Dagoberto Nishina de

- Acidente do trabalho.....303
- Dano moral.....260
- Testemunha.....287
- Vínculo de emprego.....289

BIASI, Erodite Ribeiro dos Santos De

- Complementação de pensão.....258
- Doença ocupacional.....271
- Horas Extras.....270
- Ilegitimidade.....269
- Intervalo intrajornada.....270
- Justa causa.....270
- Reajustes salariais.....279
- Responsabilidade.....280
- Sucessão Trabalhista.....280

BORGES, Fernando da Silva

- Ação de cobrança.....291
- Dispensa coletiva.....248
- Responsabilidade solidária.....284
- Servidor público.....286

BOSCO, Carlos Alberto

- Adicional de insalubridade.....275
- Contribuição Sindical Rural.....303
- Danos morais.....261
- Empregador.....266
- Plano de carreira.....275

CAMPOS, Flavio Nunes

- Aliciamento de trabalhadores.....255
- Interdito proibitório.....248
- Laudo pericial.....297

*Para facilitar e enriquecer a consulta, optou-se pelo índice onomástico acrescido do título em relação aos artigos, identificados como tais e dos assuntos em relação às demais seções.

CARRADITA, Manuel Soares Ferreira

- Adicional por acúmulo de função.....	253
- Agravo de petição.....	305
- Aviso prévio proporcional.....	256
- Contribuição previdenciária.....	254
- Dano moral.....	253
- Inépcia da inicial.....	271
- Multa.....	305

COCA, Eleonora Bordini

- Depósitos do FGTS.....	262
- Varredor de rua.....	288

COELHO, Maria de Fátima Vianna

- Acidente do trabalho.....	295
- Denúnciação da lide.....	295

COOPER, Fabio Allegretti

- Contribuições previdenciárias.....	305
--------------------------------------	-----

COOPER, Flavio Allegretti de Campos

- Adicional de insalubridade.....	252
- Descansos especiais para lactantes.....	262
- Discurso de posse do Exmo. Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.....	25
- Porteiro.....	275
- Prescrição.....	278

DAMIANO, Henrique

- Cautelar inominada preparatória.....	292
--	-----

DANTAS, Adriano Mesquita

- Independência judicial <i>versus</i> poder disciplinar (artigo).....	117
--	-----

FELICIANO, Guilherme Guimarães

- Independência judicial <i>versus</i> poder disciplinar (artigo).....	117
--	-----

FERREIRA, Adelina Maria do Prado

- Banco do Brasil.....	257
------------------------	-----

FERREIRA, José Otávio de Souza

- Aposentadoria especial.....	255
- Diferenças salariais.....	263
- Execução.....	306
- Município.....	273

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da

- A reforma constitucional entendida pela ratificação da convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência aprovada pela Organização das Nações Unidas (artigo).....	93
--	----

GEMIGNANI, Daniel

- Os desafios contemporâneos e a necessária releitura dos princípios de direito do trabalho: princípios da irrenunciabilidade, da primazia da realidade e da continuidade (artigo).....215

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta

- A jurisdição trabalhista constitucional no Século XXI: novas tutelas (artigo).....65
- Agente comunitário.....254
- Contribuição previdenciária.....259
- Licença-maternidade.....272
- Terceirização.....286

GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto

- Empregado público.....265
- Interpretação.....297
- Processo coletivo.....300
- Testemunha.....288

GOMIERI, Olga Aida Joaquim

- Ação rescisória.....243
- Contratação.....294
- Penhora.....307
- Responsabilidade subsidiária.....285

GRASSELLI, Fabio

- Aviso prévio.....256
- Depoimento pessoal.....262
- Inépcia da inicial.....297
- Legitimidade passiva.....298

GRASSELLI, Hélio

- Embargos de terceiro.....296

GULLA, Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira

- Diferenças salariais.....263

KHAYAT, Mariane

- Correios.....260

LANDI, Flavio

- Acidente do trabalho.....251

LAZARIM, Luiz Antonio

- Adicional de insalubridade.....252
- Contrato de safra.....253
- Contribuição confederativa.....253
- Dispensa discriminatória.....264,265
- Honorários advocatícios.....253
- Justa causa.....253

LEITE, Maria Cecília Fernandes Álvares	
- Ação rescisória.....	245
- Complementação de aposentadoria.....	257
LIMA, Firmino Alves	
- Direito material do trabalho.....	263
LIMA, Samuel Hugo	
- Ação civil pública.....	247
- Auxílio alimentação.....	276
- Dispensa arbitrária.....	247,264
- Dissídio coletivo.....	247
LOBO JUNIOR, Helcio Dantas	
- Cerceamento do direito de defesa.....	293
- Lide simulada.....	298,299
- Pré-contrato.....	276
- Vínculo de emprego.....	288
LOBO, Luiz Felipe Paim da Luz Bruno	
- Exceção de suspeição.....	296
LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina	
- Bancário.....	256
- Gestante.....	267
- Gueltas.....	278
- Prescrição.....	278
- Recurso ordinário.....	300
LOPES JUNIOR, Oséas Pereira	
- Responsabilidade solidária.....	284
LOPES, Edmundo Fraga	
- Ação rescisória.....	245,246
- Horas extras.....	296
- Participação nos lucros e resultados.....	278
MACHADO, João Alberto Alves	
- Acidente no percurso.....	251
- Administração pública.....	254
- Bem de família.....	257
- Retenção da CTPS.....	286
MALM, Thomas	
- Honorários advocatícios.....	269
- Protesto judicial.....	279
- Reintegração.....	283
MARQUES, Claudinei Zapata	
- Danos morais.....	261
- Honorários periciais.....	307
- Horas extras.....	269
- Plano de carreira.....	275

MATTIOLI, Maria Cristina

- O comportamento do Juiz diante das novas tecnologias: impactos e desafios numa gestão de mudanças (artigo).....81

MONTANAGNA, Antonio Francisco

- Agravo de instrumento.....292
- Nulidade processual.....299
- Sentença.....301

MORAES, Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e

- Custas.....295
- Ente público.....266
- Exceção de pré-executividade.....306
- Responsabilidade subsidiária.....285

NEVES, Elency Pereira

- Adicional de insalubridade.....252
- Indenização por dano moral.....270
- Município.....273
- Nulidade do contrato.....274

NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves

- Assédio moral.....273
- Município.....273

NUNES, Luiz Roberto

- Contribuição sindical.....295
- Danos morais.....270
- Prescrição.....303
- Responsabilidade subsidiária.....286

OLIVA, José Roberto Dantas

- Competência para (des)autorização de trabalho infantil, inclusive artístico, é do Juiz do Trabalho.....29
- Trabalho infantil.....267

PATERLINI, Wellington César

- Contrato de trabalho temporário.....294

PESTANA, Antonia Regina Tancini

- Ação cautelar.....291
- Operador de cobrança.....274

PILEGIS, Olga Regiane

- Ação rescisória.....245

PITAS, José

- Garantia de emprego.....268
- Horas *in itinere*.....269
- Justa causa.....271
- Lei n. 8.987/1995.....272

RIZZARDO, André Augusto Ulpiano	
- Recurso.....	300
RUFINO, Marcelo Magalhães	
- Excesso de penhora.....	306
SANCHES, Dora Rossi Góes	
- Acordo judicial.....	291
SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro A.	
- Relaciones laborales, teletrabajo y protección de datos personales: una aproximación desde el derecho europeo (artigo).....	195
SANTOS, Lorival Ferreira dos	
- Complementação de aposentadoria.....	258
- Intervalo intrajornada.....	271
SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira	
- A flexibilização da jornada de trabalho e seus reflexos na saúde do trabalhador (artigo).....	127
- Dano moral.....	261
SILVA, Luís Carlos Cândido Martins Sotero da	
- Agravo de petição.....	305
- Contrato de trabalho.....	259
- Prescrição.....	278
- Responsabilidade subsidiária.....	284
SILVA, Luiz José Dezena da	
- Agravo de petição.....	292
- Recurso ordinário.....	281,282
SIVERS, Eder	
- Dano moral e material.....	260
- Exposição ao chumbo e ruído.....	268
- Férias em dobro.....	296
- Morte de trabalhador.....	272
TOLEDO FILHO, Manoel Carlos	
- Competência da Justiça do Trabalho.....	293
- Prescrição.....	307
TOSELLI, Carlos Alberto	
- La congruencia en el proceso laboral (artigo).....	175
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO	
- Assento Regimental n. 07.....	311
- Assento Regimental n. 08.....	311
- Assento Regimental n. 09.....	311
- Ato Regulamentar n. 17.....	311
- Ato Regulamentar GP n. 04.....	312

- Ato Regulamentar GP n. 21.....	311
- Ato Regulamentar GP n. 22.....	311
- Ato Regulamentar GP-EJ n. 02.....	311
- Ato Regulamentar GP-VPJ n. 01.....	312
- Comunicado GP n. 02.....	312
- Comunicado GP-CR n. 06.....	312
- Portaria n. 04.....	312
- Portaria GP n. 03.....	312
- Portaria GP n. 12.....	312
- Portaria GP n. 33.....	312
- Portaria GP-CR n. 25.....	312
- Provimento GP n. 02.....	313
- Provimento GP n. 10.....	313
- Provimento GP-CR n. 01.....	313
- Provimento GP-CR n. 03.....	313
- Provimento GP-CR n. 08.....	312
- Provimento GP-VPJ n. 01.....	313
- Provimento GP-VPJ n. 02.....	313
- Provimento GP-VPJ-CR n. 05.....	312
- Recomendação CR n. 01.....	313
- Recomendação CR n. 02.....	313
- Recomendação GP-CR n. 01.....	314
- Recomendação GP-CR n. 06.....	313
- Resolução Administrativa n. 10.....	314
- Resolução Administrativa n. 11.....	314
- Resolução Administrativa n. 12.....	314

VASCONCELLOS, Ana Maria de

- Agravo de petição.....	292
- Assédio moral.....	256
- Gestante.....	268
- Reparação civil.....	283

VIANNA, Ana Cláudia Torres

- Estabilidade.....	267
---------------------	-----

VIEIRA, Thelma Helena Monteiro de Toledo

- Alteração do regime jurídico.....	255
- Empregado público.....	265,266
- Estabilidade.....	265

WAMBIER, Luciane

- A função social da empresa e o princípio da solidariedade: instrumentos de cristalização dos valores sociais na estrutura jurídico-trabalhista (artigo).....	157
--	-----

ZANELLA, Eduardo Benedito de Oliveira

- Ação rescisória.....	246
- Acidente do trabalho.....	251
- Contrato de experiência.....	258
- Responsabilidade subsidiária.....	285

NORMAS PARA SUBMISSÃO E PUBLICAÇÃO DE ARTIGOS

A Revista do Tribunal tem periodicidade semestral, sendo composta de uma abertura e de um corpo principal formado pelas seções: **Seção Especial**; **Artigos**, que é subdividida nas subseções Doutrina Nacional, Doutrina Internacional e Trabalhos do Meio Científico; **Jurisprudência**, que contém seleção de ementas do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, dividida por matérias (Direito Material, Direito Processual, Direito Rural, Execução, Matéria Nova e ementas das Seções do Tribunal); e **Atos Normativos**, que destaca as principais normas editadas pelo Tribunal no período da revista.

A Seção **Artigos** compõe-se de artigos técnicos, de reflexão teórica, ou relatos de pesquisas e experiências profissionais. A subseção Trabalhos do Meio Científico destina-se à publicação de resenhas de pesquisas em andamento ou recém-concluídas no meio acadêmico, dissertações e teses, contendo descrição do tema de estudo, objetivos, métodos e técnicas de investigação, resultados, principais conclusões e outras informações pertinentes.

A seleção de trabalhos para publicação é de competência do Conselho Editorial da Revista. Os artigos encaminhados à Revista serão enviados, sem identificação do autor, para exame de pareceristas, que recomendarão ou não a sua publicação. A publicação dos artigos ocorre conforme a aprovação e priorização dos textos pelo Conselho Editorial. Eventualmente, os trabalhos com sugestões de alterações, de acordo com as recomendações do seu Conselho Editorial ou dos pareceristas, poderão ser submetidos ao autor, que delas terá ciência para manifestação, e, caso não haja nenhuma objeção, serão consideradas aprovadas dentro do prazo de dez dias. Não será informada a identidade dos responsáveis pela análise do Conteúdo Editorial. Serão priorizados os artigos inéditos. Não serão devolvidos aos seus autores os originais dos trabalhos, quer tenham sido publicados ou não.

As opiniões emitidas pelo autor em seu trabalho são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento do TRT da 15ª Região.

O envio de conteúdo editorial para publicação na Revista do Tribunal implica automaticamente em autorização do autor para futura e eventual publicação ou distribuição em meio impresso ou eletrônico. A remessa ou publicação dos trabalhos não acarretará direitos autorais ou qualquer remuneração a seus autores. Como contrapartida pela cessão, o autor receberá dois exemplares da Revista impressa onde publicado o Conteúdo Editorial de sua autoria. A Revista fica autorizada a proceder modificações e correções para a adequação do texto às normas de publicação.

ELABORAÇÃO DOS TRABALHOS

Pela natureza da publicação, os artigos deverão ter um mínimo de sete laudas (cada lauda deve ter 2.100 toques) e não deverão exceder vinte laudas, incluindo notas de rodapé e referências bibliográficas, ser redigidos em português, observando a ortografia oficial. Os parágrafos devem ser justificados, com recuo de 2,0 cm na primeira linha, com títulos e subtítulos em caixa alta e centralizados,

e devem ter entrelinha 1,5 cm. As margens superior e inferior devem ser configuradas com 2,0 cm e as laterais com 3,0 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4 e a fonte a ser utilizada: Times New Roman, corpo 12. Notas de rodapé de referência deverão ser numeradas sequencialmente, ficando na página em que aparece a citação. Tabelas, figuras e quadros deverão ser elaborados e enviados em arquivo próprio e inseridos, no devido local, no corpo do texto.

Os artigos deverão conter, com destaque, no início do texto: resumo de até cem palavras e palavras-chave (de três a cinco palavras).

Visando ampliar a divulgação, os artigos conterão título, resumo e palavras-chave em inglês, elaborados preferencialmente pelo autor. Caso necessário, a Revista providenciará a inserção.

Para detalhes sobre a elaboração de citações e referências, ver Normas para confecção da Revista (<http://portal.trt15.jus.br/documents/15601/120192/Normas+par+a+confec%C3%A7%C3%A3o+da+Revista/263f6083-a323-4d5e-bffc-216e182e7a0f>)

O envio do material deve ser feito por correio eletrônico para o endereço: revistadotribunal@trt15.jus.br. De modo alternativo, recebemos arquivos em CD-ROM. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word. Caso seja usado outro processador, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).

Para que os artigos possam ser enviados para apreciação sem a identificação do autor, deverão ser precedidos por uma página, da qual se fará constar: título do trabalho e nome do autor. Ao lado do nome do autor, deverá constar o símbolo “*” e, no rodapé da página, após o símbolo “*”, breve *curriculum* com nome do autor, situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida, endereço completo para correspondência, telefone, *e-mail* e relação da produção intelectual. Esta lauda será separada do artigo antes de ser enviada ao parecerista.

Caso o artigo tenha sido divulgado anteriormente em eventos públicos (congressos, seminários etc.) ou se se tratar de trabalho acadêmico de conclusão de um curso ou pesquisa, também deverá ser feita referência ao evento, curso ou pesquisa no rodapé da primeira lauda. Se o artigo for referente a resultados de pesquisa, ou envolver seres humanos, deverá ser acompanhado das devidas autorizações.

Trabalhos do Meio Científico: o texto deve estar redigido com, no mínimo, três laudas (cerca de 4.500 caracteres) e, no máximo, sete laudas (cerca de 10.500 caracteres). Deve ser indicado, na primeira lauda, além do solicitado no parágrafo anterior, qual o tipo de trabalho, área de conhecimento, instituição de ensino e o nome do professor orientador.

Os setores de Biblioteca e de Publicações Técnicas e a Secretaria da Escola Judicial, que assessoram o Conselho Editorial da Revista do Tribunal, procederão às necessárias revisões gramaticais e alterações de ordem editorial (normalização bibliográfica), e à adequação dos trabalhos a serem publicados às normas disciplinadas pela ABNT, caso necessário.

Agradecimentos e auxílios recebidos pelo autor podem ser mencionados ao final do artigo, antes das referências.

Endereço para correspondência:

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região
Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região
Rua Barão de Jaguara, 901 - 3º andar - Centro
Campinas/SP - CEP 13015-927
Fones: (19) 3731-1683 e 3236-0585 (fax)
e-mail: revistadotribunal@trt15.jus.br